

SABINO CASSESE

I BENI PUBBLICI

CIRCOLAZIONE E TUTELA

— XXIV —

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma Tre Press
2024



Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

1. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (I). Problemi generali del diritto e del processo* (a cura di M. Cappelletti), 2019
2. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (II). Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto* (a cura di M. Cappelletti), 2019
3. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (III). Diritto e processo costituzionale* (a cura di M. Cappelletti), 2019
4. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IV). Istituzioni di diritto processuale civile. In Appendice: Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
5. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (V). La chiamata in garanzia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove* (a cura di M. Cappelletti), 2019
6. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VI). La Cassazione civile, Primo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
7. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VII). La Cassazione civile, Secondo volume* (a cura di M. Cappelletti), 2019
8. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (VIII). Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni* (a cura di M. Cappelletti), 2019
9. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (IX). Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri* (a cura di M. Cappelletti), 2019
10. P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche (X). Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa. In Appendice: Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958)* (a cura di M. Cappelletti), 2019
11. L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (a cura di G. Pino), 2021
12. G. GORLA, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol I) e *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico* (vol II) (Introduzione di M. Lupoi), 2023
13. S. CHIARLONI, *Introduzione allo studio del Diritto Processuale Civile* (Introduzione di A. Proto Pisani, Premessa di A. Carratta), 2023
14. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano* (Presentazione di P. Chiassoni), 2023
15. A.E. CAMMARATA, *Scritti sul formalismo giuridico* (Raccolti e curati da F. Modugno e L. Pace), 2023
16. V. FROSINI, *Cibernetica, diritto e società* (Introduzione di G. Sartor), 2023
17. G. TARELLO, *La disciplina costituzionale della proprietà. Lezioni introduttive, corso di diritto civile 1972-73* (Introduzioni di P. Chiassoni e M. Grondona), 2023
18. M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova* (Introduzione di A. Dondi, Premessa di A. Carratta), 2023
19. C. CARDIA, *Ateismo e libertà religiosa* (Presentazione di R. Benigni), 2023
20. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (Presentazione di G. Alpa), 2024
21. F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale* (Introduzione di G. Insolera), 2024
22. G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici* (Introduzione di G. Tarli Barbieri), 2024
23. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Introduzione di C. Luzzati), 2024

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

SABINO CASSESE

I BENI PUBBLICI

CIRCOLAZIONE E TUTELA

Introduzione di
BRUNO TONOLETTI

XXIV

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO



Roma TrE-Press

2024

Direttori della Collana La Memoria del Diritto
Luca Loschiavo, *Università di Teramo*
Giorgio Pino, *Università Roma Tre*
Vincenzo Zeno-Zencovich, *Università Roma Tre*

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
Brandon Grotisque, Cocogoose, Courier (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond Pro (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, luglio 2024
ISBN: 979-12-5977-344-9
<http://romatrepress.uniroma3.it>

La presente riedizione riproduce anastaticamente l'opera pubblicata nel 1969 dalla Casa Editrice A. Giuffrè, che si ringrazia per l'autorizzazione.

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana “*La Memoria del Diritto*”

Il diritto e la cultura giuridica, come tutte le discipline e le arti, si nutrono del loro passato segnando continuità, evoluzioni, cesure. E questo è particolarmente vero per gli studi giuridici che, in Italia, godono dello straordinario privilegio di poggiare su una tradizione bimillenaria.

Questa posizione impone anche una responsabilità: quella di osservare con occhi attenti la realtà presente, ben consapevoli però che *nihil sub sole novi*.

La collana “*La Memoria del Diritto*” intende contribuire alla conservazione, viva, di questa tradizione mettendo a disposizione degli studiosi – ed in particolare di quelli più giovani – testi classici della cultura giuridica italiana del Novecento, non più disponibili in commercio e reperibili solo, con difficoltà, nelle biblioteche.

La *Collana* è stata aperta, significativamente, dalla ripubblicazione, in accesso libero, dei dieci volumi delle “*Opere Giuridiche*” di Piero Calamandrei che in poco tempo sono stati “scaricati” decine di migliaia di volte in tutto il mondo.

La *Collana* intende proseguire su questa strada, non limitandosi alla semplice ‘riedizione’, ma mettendo a disposizione in forma digitale, accessibile *gratuitamente, sempre e ovunque*, opere di rilievo che pensiamo continuino a costituire un fondamento per gli studi giuridici, orientandoli nella consapevolezza di quanto siamo debitori di chi ci ha preceduto.

Promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli studi Roma Tre nel quadro delle sue iniziative quale Dipartimento di Eccellenza la *Collana* intende essere un punto di riferimento per tutta l’accademia italiana, stimolando e raccogliendo le proposte che da quest’ultima perverranno, dando a questa iniziativa uno spirito ed una sostanza corali.

LUCA LOSCHIAVO

GIORGIO PINO

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA

MONOGRAFIE DELL'ISTITUTO DI DIRITTO PUBBLICO DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

NUOVA SERIE

40

SABINO CASSESE

I BENI PUBBLICI

CIRCOLAZIONE E TUTELA



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1969

Indice

Premessa di BRUNO TONOLETTI

I beni pubblici nella lingua della Costituzione

XIX

PARTE PRIMA

I BENI PUBBLICI COME COSE NON SUSCETTIBILI DI PROPRIETÀ PRIVATA

CAPITOLO I

INAPPROPRIABILITÀ DEI BENI PUBBLICI E RISERVA

1. I beni pubblici come cose non suscettibili di proprietà privata. Necessità di prendere le mosse dalla disciplina pubblicistica dell'appropriazione dei beni 3
2. La proprietà nell'art. 42, primo comma, della Costituzione: 8
 - A)* se garantisca i singoli proprietari; *B)* se garantisca l'istituto della proprietà: *a)* per una estensione e un «contenuto minimo». Sviluppo dell'idea di garanzia dell'istituto nella dottrina tedesca; *b)* indipendentemente da una estensione e un «contenuto minimo»; *C)* se attribuisca a tutti i soggetti capacità di diritto in ordine alla proprietà (cosiddetto diritto alla proprietà). Disciplina dell'appropriazione e disciplina della proprietà; *D)* la disciplina della proprietà è riservata alla legge; *E)* se vi sia garanzia della proprietà in altri articoli della Costituzione (in nota: l'art. 41 della Cost.: nozione di iniziativa economica; l'utilità sociale nel secondo comma; programmi e controlli e loro limiti; l'attività economica pubblica) ; *F)* se vi sia garanzia costituzionale della proprietà funzione.
3. Ricerca della norma costituzionale che impedisce l'appropriazione privata di beni pubblici e sulla quale si fonda la teoria della «demanialità». *A)* Esclusione dell'art. 42, terzo comma, che riguarda l'espropriazione (e dell'art. 43, per ciò che riguarda il trasferimento mediante espropriazione). - *B)* La determinazione dei modi di godimento e la funzione sociale (art. 42, secondo comma), sia che legittimi limiti all'istituto o al diritto sia che legittimi limiti «esterni» o «interni», va anch'essa esclusa. Così anche l'art. 41, commi secondo e terzo, e l'art. 44, là dove prevede l'imposizione di obblighi e vincoli. Se la funzione sociale possa essere assicurata mediante espropriazioni piuttosto che con la determinazione dei modi di uso. - *C)* La determinazione dei modi di acquisto e dei limiti al fine di rendere i beni accessibili a tutti (art. 42, secondo comma): permette la privazione della legittimazione a rendersi titolari di proprietà sui beni sottoposti a riserva. La riserva opera impedendo l'appropriazione ma non attribuisce beni agli enti pubblici. Modi in cui può realizzarsi il fine della riserva: cose comuni a tutti e proprietà collettiva. Considerazioni sul fine della riserva. Riserva *ex* art. 43 e fini di utilità generale. Limitazioni alla estensione della proprietà terriera (art. 44): non è espropriazione ma un particolare tipo di riserva. I fini: equi rapporti sociali e razionale sfruttamento del suolo: legittimano l'attribuzione ad enti pubblici e a collettività, non la redistribuzione a piccoli e medi proprietari. - *D)* Congruenza dell'interpretazione complessiva data delle norme costituzionali che attengono ai beni. Garanzia della appropriazione e «accessibilità»: loro rapporti. 42

4. I privati come soggetti non legittimati alla proprietà di beni pubblici: 72
- A)* Assenza, nella Costituzione, di una norma generale attributiva di capacità. Individuazione dei soggetti capaci a norma dell'art. 42, primo comma. - *B)* Riserva e privazione della legittimazione: riserva ed espropriazione; generalità della riserva e riserva per zone; profili di teoria generale della privazione della legittimazione operata con la riserva: *a)* i beni pubblici come cose fuori commercio. L'incommerciabilità è formula verbale riassuntiva di più effetti giuridici; *b)* i beni pubblici come oggettivamente inidonei alla proprietà privata: critica; insufficienza della destinazione per spiegare l'inappropriabilità (In nota: struttura del diritto: se gli enti pubblici abbiano le sole facoltà ad essi espressamente attribuite; il principio di funzione opera anche per taluni diritti dei privati e per i diritti diversi da quello di proprietà. Esame delle teorie sulla destinazione e sulla funzione sociale: se alla «destinazione» siano sottoposti solo i beni patrimoniali indisponibili o anche i beni demaniali; il contributo della dottrina sul modo nel quale la destinazione si inserisce nella struttura del diritto di proprietà degli enti pubblici; la nozione di funzione sociale: opinioni e critiche; conclusione: il vincolo di destinazione e la funzione operano nello stesso modo sulla struttura della proprietà; differenze. Diritto di proprietà e principio di funzione: facoltà di identificare i modi di uso e tipizzazione degli usi; facoltà di scelta tra gli usi e obbligo ed onere che grava su di essa; facoltà di svolgere l'attività che si definisce uso; connessioni con la libertà di dismettere il diritto. Principio di funzione di fonte convenzionale: esclusione. Efficacia intersubiettiva della destinazione: è solo indiretta; la destinazione opera prescindendo dal soggetto titolare del diritto che ne è gravato. Teorie sulla indisponibilità. Non esiste indisponibilità: essa è sintesi verbale di effetti di altri principii. Esempi di sottoposizione al principio di funzione); *c)* art. 823 e art. 810 del codice civile: i beni pubblici sono considerati alla stregua di «cose» per i privati: enti pubblici e privati di fronte ai beni pubblici; *d)* necessità di abbandonare il profilo oggettivo; *e)* la legittimazione come posizione giuridica che assume autonomia in quanto negata; *f)* ulteriori chiarimenti sulla legittimazione ricettizia (o passiva, o all'acquisto); separazione tra privazione della legittimazione e regime dell'assunzione della titolarità di diritti nei confronti dei quali opera la riserva.
5. Le figure soggettive pubbliche legittimate alla proprietà di beni pubblici secondo la Costituzione: *A)* Enti pubblici: rinvio. Se la riserva possa operare nei confronti di enti pubblici. Enti pubblici ed accessibilità. - *B)* Identificazione dei soggetti pubblici legittimati: enti pubblici e collettività. Si esclude che di beni sottoposti a riserva possano essere titolari solo enti cosiddetti territoriali 127

CAPITOLO II
TIPI DI PROPRIETÀ E DI USI DI ENTI PUBBLICI
O DI COLLETTIVITÀ SU BENI SOTTOPOSTI A RISERVA

1. Regime dei beni successivamente alla riserva. *A)* Alla riserva non consegue necessariamente l'assunzione di proprietà (sui beni sottoposti a riserva): distinzione 137

tra regime della proprietà e regime della riserva. - *B*) Concorrenza di soggetti legittimati e atto che può operare la scelta tra questi. - *C*) Prima ipotesi: proprietà individuale di ente pubblico: *a*) «esclusività» della proprietà ed esclusione che discende dalla riserva; *b*) effetto eventuale della riserva (quando ad essa segua assunzione del diritto); rafforza la pertinenza del bene al soggetto); *c*) compatibilità della proprietà individuale di ente pubblico su beni sottoposti a riserva con i fini delle riserve indicati negli artt. 42, 43 e 44 della Costituzione

2. Seconda ipotesi: proprietà collettiva. *A*) La riserva opera sia escludendo soggetti 147 estranei alla collettività sia l'appropriazione a titolo individuale di beni del patrimonio collettivo da parte di membri della collettività. L'art. 1145 del codice civile. - *B*) Tipi di collettività proprietarie: aperte, chiuse, di lavoratori, di utenti, nazionale. - *C*) Rapporti tra beni di proprietà collettiva e beni di proprietà individuale di membri della collettività: rinvio. Uso del bene, circolazione, esercizio di diritti fondamentali a mezzo del bene pubblico. - *D*) Enti territoriali e collettività stanziati sul territorio: opinioni sulla nozione di ente territoriale; l'ente territoriale è ente cui sottosta una collettività dotata di capacità politica. L'ordinamento giuridico prende a certi fini in considerazione la collettività, ad altri l'ente esponenziale di questa. - *E*) La proprietà collettiva nella storia della dottrina: il «pregiudizio liberistico» e l'importanza attuale della proprietà collettiva; l'«ideologia» della proprietà collettiva; il travestimento della proprietà collettiva in proprietà individuale: modi in cui avviene. In particolare, la ricostruzione di O. Ranalletti. Sua critica, nozione di persona giuridica statale come *regula juris*. - *F*) La proprietà collettiva nella storia della legislazione: la «piena abolitrice» della proprietà collettiva dopo la rivoluzione francese; tendenze favorevoli alla proprietà collettiva sul finire dell'ottocento; debolezze della proprietà collettiva dello scorso secolo. La distinzione tra proprietà di uso pubblico e proprietà demaniale: come e perchè si perda tale distinzione. La nozione di demanio. (In nota: la collettività proprietaria. Il diritto di proprietà inerisce allo stato di cittadino. Critica delle tesi che costruiscono la situazione del cittadino come uso permesso dallo Stato persona in veste di proprietario. Il diritto dei privati in ordine al bene: i singoli in quanto tali non possono disporne; possono goderne liberamente (libertà di usare e non usare e di scegliere gli usi); casi di limitazione delle utilizzazioni. Gli stranieri hanno un uso di tolleranza del bene. Rinvii: cosiddetti usi speciali, cosiddetti usi eccezionali, uso dei proprietari frontisti ecc. L'ente gestore. Se la persona giuridica pubblica goda dei beni collettivi; se essa riassume in sé tutte le posizioni della collettività; se l'ente debba essere necessariamente territoriale; poteri dell'ente: questo agisce secondo regole determinate dalla collettività; tutela interessi di tutta la collettività proprietaria; ha maggiori poteri nei casi detti di uso speciale).
3. Terza ipotesi: riserva senza assunzione del diritto: cose in uso comune a tutti. 201
A) Gli enti pubblici come regolatori dell'uso. Se si tratti di proprietà: rilievo dell'appartenenza ai fini della definizione della proprietà. - *B*) In questo caso si può vedere nel modo più chiaro come operi l'esclusione derivante dalla riserva.

4. Quarta ipotesi: riserva e uso «esclusivo» di privati (cosiddetti usi eccezionali). 206
A) Gli usi «eccezionali» come usi che comportano una eccezione alla regola che i beni sottoposti a riserva debbono essere accessibili a tutti. - *B)* Atto con il quale può essere disposta tale eccezione è la concessione: questa discende dalla riserva e non dalla (eventuale) proprietà collettiva o di ente pubblico. *C)* Rapporti tra riserva e concessione: operano su piani diversi: l'una impedisce la titolarità del diritto, l'altra attribuisce solo talune facoltà di godimento del bene, in condizione precaria e sotto il controllo dell'ente pubblico.

CAPITOLO III IL PROFILO OGGETTIVO

1. I beni nei confronti dei quali opera la riserva. *A)* Termine di riferimento oggettivo della riserva sono cose non attualmente in proprietà di privati: cose future, cose che non siano oggetto di proprietà, cose che siano state oggetto di proprietà ma siano state espropriate, beni di proprietà di enti pubblici. Il c.d. demanio artificiale. - *B)* L'art. 42 non si riferisce solo ai beni «produttivi» ma a tutti i beni. - *C)* Identificazione dei beni assoggettati a riserva: *a)* l'art. 42 non li indica; *b)* l'art. 44 – sia pure riferito a un solo tipo di beni, la terra – neppure li indica: esso non si riferisce ai singoli fondi, nè alla quantità complessiva ma alla estensione di cui ogni singolo soggetto può divenire proprietario; nè si riferisce ai soli grandi proprietari, chè altrimenti vi sarebbe una riserva singolare: *c)* l'art. 43 indica alcuni beni (in nota: cose e azienda. Connessioni tra regime della proprietà e regime della impresa: proprietà e produzione nella dottrina degli anni trenta e in quella del secondo dopoguerra. Profilo dei rapporti tra azienda e cose oggetto di proprietà. Rassegna di opinioni sulla azienda e sulle situazioni soggettive di cui è oggetto. Se l'azienda sia soggetta a disciplina unitaria, se dia luogo a un nuovo diritto, in quali rapporti questo stia con la proprietà: la disciplina dell'impresa non si sovrappone completamente a quella della proprietà. Uso di cose con pagamento di pedaggio: impresa e «beni redditizi»); *d)* criteri che permettono la identificabilità dei beni assoggettati a riserva ed escludono che leggi di riserva possano operare nei confronti di tutti i beni; ragioni per le quali solo per l'impresa la Costituzione identifica le categorie sottoponibili a riserva. - *D)* La riserva può riguardare solo categorie di beni e categorie di eccedenze di beni: riserva per categorie e riserva per (categorie di) eccedenze di beni. Problemi della nascita della natura demaniale del bene. Rapporti tra espropriazione e riserva quando quest'ultima abbia riguardo a eccedenze. Il c.d. demanio militare. - *E)* Inappropriabilità di quote di beni collettivi sottoposti a riserva 219
2. Ulteriori precisazioni sulla nozione di cosa pubblica e sulla manutenzione delle cose pubbliche. *A)* Cosa pubblica in senso oggettivo. Esame di alcune nozioni di cosa pubblica: si riferiscono alle cose a destinazione o funzione pubblica. Rinvio al problema della struttura del diritto (in nota: cosa in senso giuridico e cosa in senso naturalistico. Caratteristiche naturali che hanno rilievo nell'ordinamento: *a)* caratteristiche naturali della cosa determinative dell'uso. Come si distinguono dalla destinazione della cosa a certi usi. *b)* La distinzione 249

tra beni mobili, immobili e complessi di beni. L'affermazione che i beni demaniali debbano essere necessariamente mobili. Dubbi, nella dottrina, sulla esclusione del regime cosiddetto demaniale per le cose mobili. Norme che inducono a ritenere che la distinzione tra mobili e immobili non abbia rilievo ai fini della proprietà degli enti pubblici (in particolare di quella demaniale). - *B*) Opere pubbliche e manutenzione del bene. Attività amministrative riferite alle cose e atti di esercizio di poteri. Non tutte le opere pubbliche riguardano beni pubblici nè questi ultimi sorgono o sono mantenuti solo con opere pubbliche.

CAPITOLO IV CENNI CONCLUSIVI

- 1 Il problema della proprietà pubblica come proprietà di beni «incommerciabili». 257
A) Se esista una proprietà di diritto pubblico o proprietà pubblica: la riserva attiene a un aspetto estraneo alla proprietà: la proprietà non diviene pubblica per il fatto che i privati ne siano esclusi. I lavori preparatori del codice civile del 1942. Vicende della teoria della «proprietà pubblica» in Germania. - *B*) Necessità di tenere distinti regime dell'attività e regime dei beni. Osservazioni sul rilievo dei beni, dell'organizzazione, del lavoro, delle persone nei confronti dell'attività. Proprietà e demanialità. - *C*) Altre ipotesi, alle quali la riserva è totalmente estranea: *a*) proprietà individuale pubblica su beni non sottoposti a riserva; *b*) proprietà privata libera quanto all'assunzione del diritto: mancanza di riserva e di assunzione del diritto da parte di enti pubblici; *c*) cose che non sono in proprietà nè di enti pubblici nè di privati e non sono neppure sottoposte a riserva. - *D*) Non esiste un solo tipo di proprietà ma diversi tipi di proprietà.
2. Rapporti tra beni pubblici e beni dei privati: *a*) limiti alla proprietà privata a favore della proprietà pubblica; *b*) limiti alla proprietà pubblica a favore delle proprietà private finitime. Distinzione tra la situazione di cittadino proprietario collettivo o usuario e la situazione di cittadino proprietario individuale. Limiti alla proprietà pubblica nell'interesse di quella privata 295

PARTE SECONDA

LA TUTELA AMMINISTRATIVA E ORDINARIA DELLA «PROPRIETÀ PUBBLICA»

CAPITOLO I

«PROPRIETÀ PUBBLICA» E TUTELA AMMINISTRATIVA

- 1 Osservazioni preliminari sulla «proprietà pubblica» e la tutela amministrativa. 305
A) Tutela amministrativa e tutela ordinaria: loro significato per la definizione delle proprietà dei beni pubblici. - *B*) La «proprietà pubblica» come proprietà tutelabile in via amministrativa: la tesi di O. Mayer e quella di G. Zanobini; cenni sui precedenti e sulle vicende successive in Italia e Germania. Esecuzione amministrativa relativa a

beni «demaniali» e autotutela che inerisce a rapporti obbligatori. - C) Ipotesi estranee alla tutela di beni: tutela, polizia, vigilanza intese in senso generico, senza riferimento a difesa in via amministrativa; tutela che si svolge su beni privati con i quali si usano beni pubblici; disciplina degli usi. - D) «Obbligo primario» e autotutela decisoria: l'ordine-condanna è disposto per risolvere un conflitto. Osservanza ed ottemperanza; tra imperatività ed esecutorietà non vi è correlazione necessaria. Funzione dell'ordine-condanna nei confronti della disciplina degli usi. L'esecutorietà va vista in relazione all'inottemperanza. - E) Precisazioni preliminari: importanza di un esame congiunto dei mezzi di difesa amministrativi e di quelli ordinari; la tutela amministrativa nei riguardi di beni è partizione classificatoria; irrilevanza del problema della tipicità o atipicità dei mezzi di tutela amministrativa

CAPITOLO II

L'AUTOTUTELA DECISORIA ED ESECUTIVA SOTTO IL PROFILO DEL PROCEDIMENTO

- 1 Esecuzione amministrativa e procedimento. A) Mancanza di norme generali sui procedimenti di autotutela e cenni alla legge tedesca del 1953. Procedimento di autotutela decisoria e di autotutela esecutiva sono due distinti procedimenti. Le loro fasi: iniziativa necessaria; istruzione: constatazione dell'alterazione dello stato dei luoghi, pareri, audizione interessati; decisione: ordine di riduzione in pristino e suo contenuto; termine per l'adempimento da parte del privato e ordine di «immediata esecuzione». Inadempimento e apertura necessaria del procedimento esecutivo. Oggetto dell'istruzione: perdurare della inosservanza. Rilevanza interna dell'ordine di esecuzione di ufficio. Operazioni materiali di esecuzione. B) Rapporti tra i due procedimenti; affinità con cognizione ed esecuzione. Esecutorietà e cosiddetta *relevatio ab onere agendi*. Funzione della decisione-condanna nei confronti dell'obbligo primario e nei confronti dell'esecuzione. Affinità e differenze tra la decisione-condanna e la diffida. - C) Se la decisione-condanna sia necessaria perché possa agirsi in esecuzione. Casi in cui è prevista espressamente dalla legge e casi in cui ciò non avviene. Opinioni della dottrina e della giurisprudenza. Ragioni per cui non può farsi a meno della decisione-condanna. Eccezioni: urgenza e casi in cui il contravventore sia sconosciuto. L'urgenza e l'art. 378 della legge sui lavori pubblici. Mera urgenza e urgente necessità. - D) Ipotesi di cognizione giudiziaria seguita da esecuzione amministrativa, e di autotutela decisoria seguita da esecuzione in via giudiziaria. Ulteriore conferma della necessità di distinguere il procedimento di autotutela decisoria dal procedimento di autotutela esecutiva 327

CAPITOLO III
I SINGOLI MEZZI DI AUTOTUTELA
(DECISORIA ED ESECUTIVA)
E IL FONDAMENTO DELL'AUTOTUTELA ESECUTIVA

1. L'ordine di riduzione in pristino. *A)* Norme che prevedono l'ordine di riduzione in pristino per il demanio marittimo, idrico, aeronautico. L'art. 378 della legge del 1865 sui lavori pubblici e le norme da esso derivate. - *B)* Contenuto dell'ordine di riduzione in pristino. - *C)* Oggetto dell'ordine di riduzione in pristino: beni pubblici demaniali, beni pubblici non demaniali, beni privati contigui o adiacenti a beni pubblici, beni privati non contigui o adiacenti a beni pubblici. L'ordine di riduzione in pristino e l'autotutela in materia urbanistica. - *D)* Autorità che ordina la riduzione in pristino: norme della legge urbanistica (sindaco e ministro dei lavori pubblici), altre norme (prefetto, ingegnere capo del genio civile, sindaco); demanio marittimo e poteri di tutela del sindaco. - *E)* Natura giuridica: l'ordine di riduzione in pristino non è un mezzo possessorio. 359

2. L'ordine di eseguire e l'autotutela esecutiva. *A)* Presupposti: conflitto e perdurare della difformità tra stato di fatto e stato di diritto; urgenza; contravventore sconosciuto. - *B)* L'autotutela esecutiva come principio di carattere generale. Incongruità: riguarderebbe tutti i beni pubblici e non solo quelli detti demaniali; necessità di distinguere pretese di diritto pubblico da pretese di diritto privato e impossibilità di adoperare l'autotutela per determinare la natura (pubblica) della proprietà di beni demaniali. - *C)* Fondamento legislativo dell'autotutela esecutiva come principio generale: l'art. 823 del codice civile è meramente ricognitivo sotto questo profilo; ricognitivo di norme di specie e non di un principio generale. - *D)* Fondamento extralegislativo dell'autotutela esecutiva come principio generale. L'autotutela esecutiva come potere proprio dell'autorità. Origini storiche di questa tesi e sua critica sulla base del principio di legalità. - *E)* L'amministrazione è sovrana e quindi può eseguire; la pertinenza della sovranità secondo l'art. 1 della Costituzione e gli errori della tesi che fonda l'autotutela esecutiva nella sovranità dell'amministrazione. - *F)* L'«imperium» e l'imperatività. La tesi del Montesano. Ammissibilità di «diritti assoluti» o «situazioni finali» dell'amministrazione nei confronti di privati. L'imperatività non comporta esecutorietà: storicità dei rapporti. - *G)* L'ordine pubblico. Anch'esso richiede un fondamento legislativo; disciplina dei beni e disciplina dell'attività; ipotesi di limitazioni disposte sulla base dell'ordine pubblico e attribuite al giudice. Nozione di ordine pubblico sotto il profilo di storia del diritto e sotto il profilo di diritto positivo. L'ordine pubblico sotto il profilo costituzionale. Crisi della nozione di ordine pubblico. - *H)* La presunzione di giustizia e di legittimità degli atti amministrativi. Esecutorietà degli atti dichiarati illegittimi; critica della nozione di presunzione di legittimità. - *I)* Interessi pubblici strumentali (continuità, buon andamento dell'amministrazione) come fondamento dell'autotutela esecutiva intesa come principio generale. Interessi pubblici primari e interessi pubblici secondari. - *L)* Giustificazioni dell'autotutela 386

esecutiva come principio generale (mera trasformazione dell'«obbligo» non osservato, imparzialità dell'amministrazione, spettanza ad essa della forza pubblica, urgenza, «colpa» del trasgressore) e loro critica. - *M*) La dottrina che afferma esser l'autotutela capacità eccezionale dell'amministrazione ammessa in casi espressamente previsti dalla legge; fondamento di questa affermazione. - *N*) Altre incongruenze dell'affermazione che l'autotutela esecutiva è generale: l'esistenza di leggi speciali attributive di autotutela esecutiva; il necessario ricorso al giudice in casi «eccezionali»; l'ammissibilità della rinuncia della via amministrativa (e le contraddizioni di questa tesi). - *O*) Dalla pienezza della competenza alla distribuzione delle funzioni. La tendenza iniziale della scienza amministrativistica italiana a negare l'esecutorietà come principio generale; successiva influenza della dottrina tedesca, posizione della dottrina francese. - *P*) L'art. 23 della Costituzione prevede una riserva di legge ogni volta che si imponga al privato un dare e un fare. In che senso si applica all'autotutela. L'oggetto della riserva di legge di cui all'art. 23: tipi di riserva e interpretazione della Corte Costituzionale. Ipotesi della riserva di funzione giurisdizionale (in senso materiale); articoli 102 e 13 e seguenti della Costituzione; orientamento della Corte Costituzionale. - *Q*) Il principio di legalità e l'autotutela esecutiva: disciplina dei casi in cui può ricorrere autotutela; dei mezzi di autotutela, del procedimento esecutivo. Predeterminazione legislativa dei presupposti, del contenuto della volontà, dei motivi e delle correlazioni necessarie tra questi. - *R*) Oggetto dell'autotutela esecutiva con riguardo a beni: beni demaniali, beni pubblici, non demaniali, beni privati. - *S*) Contenuto dell'ordine di eseguire: fare fungibile. Ipotesi nelle quali si accompagnino un *patis debere*, l'uso della forza e l'apprensione coattiva di beni del privato. - *T*) L'autorità competente ad ordinare l'esecuzione. Attività materiali o operazioni esecutive svolte dall'amministrazione o da privati in appalto. - *U*) La reintegra *ex art. 31 r.d. 26 febbraio 1928 n. 332* in materia di usi civici. Distinzione da quella *ex art. 29 della legge del 1927* sugli usi civici. Natura amministrativa e non giurisdizionale. La «legittimazione». L'autorità che procede. Tutela in via amministrativa, tutela in via ordinaria e inerzia del Commissario.

3. L'ordine di costringere ad eseguire (coazione sulla persona). *A*) Limitatezza del numero. Suo fondamento: legittima difesa, stato di necessità. Critica. Norme costituzionali in materia di libertà personale e poteri del giudice. - *B*) Oggetto: irrilevanza della natura demaniale del bene. - *C*) Contenuto: fare infungibile 464
4. L'ingiunzione al pagamento della spesa e la relativa esecuzione. *A*) Norme sull'accollo al privato delle spese incontrate per l'esecuzione d'ufficio. - *B*) L'ingiunzione ha natura di atto di tutela decisoria; non può compararsi al rimborso delle spese del *negotiorum gestor* nè all'obbligo di pagare le spese di giustizia. Ammontare della spesa. - *C*) Esecuzione esattoriale ed esecuzione di diritto comune. 473
5. La delimitazione in via amministrativa. Analisi delle norme. Riduzione in pristino e delimitazione. Identificazione dell'estensione e delimitazione. Elenchi, inventari e delimitazioni. Espropriazione o funzionalizzazione e delimitazione. Delimitazione tra beni pubblici. Dubbi sull'ascrivibilità della delimitazione all'autotutela. 478

6. Le sanzioni amministrative. Cenni alla nozione di sanzione. Le sanzioni non hanno fini satisfattivi: sanzioni congiunte a mezzi di tutela; giuridicamente non ha rilievo la funzione inibitoria della sanzione; essa è estranea al fenomeno di adeguamento della realtà di fatto a quella giuridica; le cosiddette sanzioni esecutive. Ipotesi che alla sanzione non si applichi il principio «ne bis in idem»: ripetizione della irrogazione della sanzione e fine satisfattivo. 485
7. Rapporti tra i mezzi di esecuzione amministrativa. Non vi è scelta tra i vari mezzi nè possibilità di ricorrere ad un altro quando il primo si sia rivelato infruttuoso. Ripetizione dell'applicazione dello stesso mezzo quando il primo esperimento si sia rivelato improduttivo. 493

CAPITOLO IV LA TUTELA ORDINARIA

1. Accertamento e rivendicazione. *A)* Figure soggettive alle quali spettano i mezzi di tutela ordinaria. - *B)* Azione di accertamento e competenza del giudice ordinario. - *C)* Azione di rivendicazione: è ammessa, sia pure con argomentazioni diverse. Per i beni di proprietà dell'ente pubblico. Per i beni sottoposti a mera riserva. Per i beni, sottoposti a riserva, di proprietà collettiva: sua inutilità: la riserva e l'art. 1145 cod. civ. impediscono l'usucapione; il recupero della cosa e la reimmessione nel possesso possono essere raggiunti con l'azione di reintegrazione. Azione di rivendicazione per riottenere la detenzione. - *D)* La rivendicazione per gli usi civici di cui all'art. 29 della legge 6 giugno 1927 n. 1766. Competenza del Commissario, contraddittorio e decisione. 497
2. Le azioni possessorie. *A)* Le norme in materia. Esperibilità di azioni possessorie da parte dell'ente pubblico gestore; significato dell'art. 823 cod. civ. - *B)* Esperibilità da parte di membri della collettività. L'articolo 1145 cod. civ.: esso esclude l'acquisto a titolo individuale della proprietà di beni collettivi a mezzo di usucapione (il possesso è «senza effetti») ma attribuisce ai membri della collettività legittimazione ad esperire azioni possessorie; su beni collettivi (cosiddetti demaniali) vi è possesso; possesso vi è su beni cosiddetti demaniali ma non sul demanio militare: significato di questa esclusione. - *C)* L'azione di spoglio spetta indipendentemente dall'esser concessionari (titolare dell'uso comune, dell'uso speciale e dell'uso eccezionale); con l'azione di manutenzione possono essere tutelate tutte le facoltà che possono essere (non: che sono) oggetto di concessione. 506
3. Gli altri mezzi di tutela ordinaria. Cenni sull'azione di regolamento di confini e su quella di apposizione di termini; sui procedimenti cautelari; sull'esecuzione giudiziale (in particolare per il rimborso di spese) e sul risarcimento di danni. 519

CAPITOLO V
CENNI CONCLUSIVI

- 1 Rapporti tra tutela amministrativa e tutela ordinaria. *A)* L'ordine di attribuzione dell'autotutela è indipendente dall'ordine di attribuzione della proprietà. Bisogna distinguere tra le varie posizioni dell'ente pubblico (la polemica tra il Friedrichs e O. Mayer). La tutela amministrativa è piuttosto legata alla funzione di disciplina dell'uso di beni pubblici e privati che alla posizione di proprietario dello Stato. Influenza della posizione dello Stato di gestore di beni collettivi sulla posizione dello Stato in quanto ente pubblico dotato di autotutela. Non si può distinguere tra una autotutela petitoria e una autotutela possessoria. La delimitazione amministrativa. Duplicità dell'attribuzione della legittimazione a ricorrere ai mezzi ordinari, significato dell'art. 823 cod. civ. La tutela amministrativa è disposta per comportamenti concreti, quella ordinaria per schemi astratti o tipi: influenza di ciò sull'uso dell'uno o dell'altro modo di tutela. Accertamento, rivendicazione, azioni possessorie. - *B)* Non vi sono regole astratte di concorrenza o alternatività tra i vari mezzi. Cognizione giudiziale ed esecuzione amministrativa; autotutela decisoria ed esecuzione giudiziale. Non vi sono regole generali sul previo esperimento dell'una via rispetto all'altra: critica della distinzione normale-eccezionale, dell'ipotesi della rinuncia, del criterio della gradualità e di quello dell'urgenza. L'esercizio di tutela amministrativa non preclude l'utilizzazione dei mezzi ordinari da parte del privato. - *C)* Azione penale ed autotutela. Norme in materia. Necessità di esaminare il diritto positivo circa il previo esperimento dell'uno o dell'altro mezzo. 523

Prefazione

I beni pubblici nella lingua della Costituzione

BRUNO TONOLETTI

SOMMARIO: 1. I beni pubblici e la nuova grammatica costituzionale. – 2. La Costituzione come fonte di nuove qualificazioni giuridiche e il suo ruolo di guida per la revisione della teoria dei beni pubblici. – 3. L'interpretazione dell'art. 42 Cost. e la riserva quale elemento distintivo della disciplina dei beni pubblici. – 4. Il fine dell'accessibilità a tutti e la doverosità costituzionale della riserva sui beni appropriabili solo collettivamente. – 5. L'appartenenza dei beni demaniali e indisponibili *ex lege* come espressione di proprietà collettiva. – 6. La critica della teoria della proprietà pubblica e la distinzione tra la situazione soggettiva dell'ente pubblico e il suo ruolo di gestore dei beni pubblici. – 7. Il superamento della teoria della proprietà pubblica e l'esigenza di continuare a riflettere sul ruolo dei poteri pubblici rispetto ai beni della collettività.

1. I beni pubblici e la nuova grammatica costituzionale

Il diritto non è soltanto complesso di disposizioni normative e ininterrotto processo di produzione, interpretazione, applicazione e attuazione di norme, né soltanto istituzione, organizzazione e svolgimento dei compiti decisionali che animano l'ordinamento giuridico¹. Il diritto è anche linguaggio, quale rete comunicativa riferita alla realtà e organizzata in un sistema simbolico orientato in senso pragmatico². In quanto linguaggio, il diritto

¹ Quanto indicato nel testo è un tentativo di sintetizzare in una formula composita il risultato della riflessione di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, rist. della II ed. del 1945, a cura di M. Croce, Macerata, 2018, spec. 22, il quale, constatato che «le definizioni, che del diritto, in senso obbiettivo, sono state date ... affermano concordemente che il diritto costituisce una regola di condotta», si era dedicato a dimostrare l'insufficienza di una tale definizione, «mettendo in evidenza qualche altro aspetto del diritto, più fondamentale e, soprattutto, sia per le esigenze logiche del concetto sia per l'esatta valutazione della realtà in cui il diritto si estrinseca».

² «La distinzione diritto oggettivo-riflessione (scientifica e degli operatori giuridici) su di esso è una distinzione di comodo. Il diritto non è un insieme di proposizioni normative, ma un coacervo di norme, istituzioni, consuetudini, prassi. Le disposizioni normative vivono nella loro interpretazione-applicazione. Questa è opera di molti soggetti, compresi gli studiosi» (S. CASSESE – L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 15).

ha una propria grammatica, che condiziona nel profondo le sue dinamiche attuative e trasformative³. Definizioni, nozioni, concetti e categorie scaturiscono da questa grammatica, alimentando le cornici cognitive degli innumerevoli attori che impersonano i formanti dell'ordinamento. Le riflessioni che si collocano al livello grammaticale del diritto sono quelle che avvertono l'esigenza di risalire la corrente del flusso ordinamentale fino alla sua sorgente, per tentare di purificarne la fonte, in forza di ragioni che si impongono all'attenzione in determinati periodi storici.

I beni pubblici. Circolazione e tutela di Sabino Cassese, pubblicato nel 1969, è tra gli studi che più acutamente avvertirono che la Costituzione imponeva di rimettere mano alla grammatica con cui la tradizione giuridica aveva costruito gli istituti giuridici fondamentali del diritto pubblico e del diritto privato e ne aveva articolato i reciproci rapporti. Dalla lettura del testo è come se risuonasse continuamente l'ammonimento di Foucault: «nulla di più brancolante, nulla di più empirico (almeno in apparenza) dell'instaurazione di un ordine fra le cose; nulla che non richieda un occhio più aperto, un linguaggio più fedele e meglio modulato»⁴.

Il volume, che pure possiede i contenuti e l'ampio respiro di un trattato, è in realtà un serrato saggio critico sulla nozione di proprietà pubblica proposta da O. Mayer e prevalente nella tradizione degli studi amministrativistici in Italia, da quelli di Ranelletti fino alla monografia di

³ Ci si riferisce alla distinzione tra *langue* e *parole* di F. DE SAUSSURE, *Corso di linguistica generale*, Bari-Roma, 2018, 23 s., che può essere applicata anche al diritto nella misura in cui la vita dell'ordinamento dipende da operazioni simboliche di carattere essenzialmente comunicativo. La *langue* è «un sistema grammaticale esistente virtualmente», che forma il «codice» collettivo da cui il soggetto parlante trae «le combinazioni ... in vista dell'espressione del proprio pensiero personale», che è la *parole*. Mentre la *parole* è «atto individuale di volontà e di intelligenza», la *langue* è «un tesoro depositato dalla pratica della *parole* nei soggetti appartenenti a una stessa comunità». Le dinamiche trasformative del diritto si realizzano sempre attraverso atti individuali e consapevoli di volontà e di intelligenza, si tratti di un atto normativo, di una sentenza o di un contributo dottrinale, ma tali atti si alimentano delle possibilità combinatorie fornite da una grammatica, che è depositata nella mente dei singoli soggetti e costantemente si alimenta attraverso quegli stessi atti, senza essere mai riducibile a una sistema estrinseco di condizioni fisse, meccanicamente applicabili. Di qui l'importanza delle riflessioni (tra le quali, come ora si vedrà, quella consegnata al volume che si presenta è stata una delle più significative) che, a fronte di una modifica dei punti di riferimento del sistema profonda e radicale come quella veicolata dalla Carta costituzionale, si sono incaricate di rettificare la *parole*, con piena consapevolezza dell'incidenza a lungo termine che la pratica della *parole* avrebbe avuto sulla *langue* nell'ordinamento repubblicano.

⁴ M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Paris, 1966, 11, trad. it. *Le parole e le cose*, Milano, 1999, 9.

Guicciardi del 1934⁵. Le due parti di cui si compone il volume sono dedicate, infatti, ai due elementi che, secondo quella teoria, caratterizzerebbero la proprietà pubblica, facendone una situazione soggettiva strutturalmente diversa dalla proprietà privata. Come l'Autore dichiara fin da subito, «lo scopo della presente ricerca è di analizzare la nozione di proprietà pubblica, caratterizzata, secondo l'orientamento dominante, da due elementi: incommerciabilità dei beni e tutela amministrativa» (p. 4), i quali la renderebbero un «diritto reale dominicale avente struttura diversa dalla proprietà privata» (p. 8).

L'unitarietà della riflessione è data, tuttavia, non solo dall'intenzione critica rispetto alla nozione di proprietà pubblica, ma anche dall'esigenza di delineare una teoria effettivamente corrispondente al regime dei beni pubblici a partire dalle sue basi costituzionali.

Il primo comma dell'art. 42 della Costituzione, statuendo, in termini apparentemente definitivi, che «la proprietà è pubblica o privata», avrebbe potuto essere inteso come la sanzione definitiva della teoria tradizionale della proprietà pubblica. Il volume di Cassese, frutto della piena maturità scientifica dello studioso, ha dimostrato che tale strada non era percorribile, perché la Costituzione aveva fondato un sistema completamente differente, la cui attuazione non poteva che prendere le mosse da una rettificazione delle nozioni ricevute.

Assumere questa posizione comportava una duplice scelta di campo: affidare alla Costituzione invece che al codice civile il ruolo di asse centrale della teoria dei beni pubblici, da un lato; mettere in discussione la dominante interpretazione pubblicistica delle disposizioni dedicate dal codice civile ai beni pubblici, dall'altro.

Sotto il primo profilo, la vicinanza temporale del codice civile del 1942 rispetto alla Costituzione del 1948 e l'aura di "costituzione" dei rapporti inter-privati che il codice tradizionalmente recava con sé determinavano in quegli anni una sorta di concorrenza culturale tra la Costituzione e il codice, per il ruolo di guida nella costruzione degli istituti privatistici e di quelli collocati sulla frontiera tra diritto pubblico e diritto privato, come appunto i beni pubblici. Quanto al secondo profilo, la dottrina amministrativistica forniva delle norme codicistiche sui beni demaniali un'interpretazione radicalmente pubblicistica, nell'ambito della quale

⁵ O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, ora raccolti in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, Napoli, 1992, Vol. IV, 45 ss.; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934. Come si vedrà, la teoria di O. Mayer è analizzata (anche con riguardo alla recezione negativa avuta in Germania) nelle considerazioni conclusive alla Prima parte del volume, assieme a quella analoga (e assai più fortunata) di Hauriou.

l'accento posto sulle funzioni pubbliche di polizia e regolazione degli usi dei beni finiva per oscurare la dimensione relativa alla loro appartenenza, cui invece la Costituzione attribuiva un ruolo indubbiamente centrale.

La proposizione con cui si apre la monografia segnala immediatamente il rovesciamento di prospettiva rispetto all'impostazione dominante nella dottrina amministrativistica, osservando che «l'approccio più corretto ai problemi della proprietà dei pubblici poteri è quello che prende le mosse dalla proprietà in generale» (p. 3) e che «i tratti pubblicistici prevalenti dei beni pubblici non vanno ricercati tanto nel contenuto del diritto o nella natura (giuridica) dei beni ma nella disciplina che ne regola l'appropriazione» (p. 4).

2. La Costituzione come fonte di nuove qualificazioni giuridiche e il suo ruolo di guida per la revisione della teoria dei beni pubblici

La discontinuità segnata dalla Costituzione rispetto al modo d'intendere la proprietà nelle costituzioni liberali, da un lato, e rispetto alle costruzioni pubblicistiche della proprietà dei pubblici poteri, dall'altro, è uno dei temi centrali del libro. Ma nella considerazione dell'Autore la Costituzione si pone anzitutto come fonte di nuove qualificazioni e solo attraverso attraverso tali qualificazioni opera come veicolo di valori ordinamentali. Questo profilo merita di essere particolarmente sottolineato oggi, di fronte alla dilagante tendenza ad estrarre dalla Costituzione valori immediatamente trasferibili nel diritto applicato, spesso saltando a piè pari il problema (e la fatica) delle qualificazioni giuridiche⁶.

⁶ Per stare al tema dei beni pubblici, è immediato il riferimento al famoso passaggio di Cass. civ., s.u., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Foro it.*, 2012, I, 564, con nota di E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*: «la Costituzione, com'è noto, non contiene un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, ma si limita a stabilire alcuni richiami che sono, comunque, assai importanti per la definizione del sistema positivo. Tuttavia, dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del 'paesaggio', con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa - codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della 'proprietà' dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per 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» (il passaggio è commentato da F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giornale*

Il tema è trattato nella prima delle note estese in cui si discutono gli aspetti di maggiore rilievo teorico attraversati lungo il corso della trattazione⁷. Qui si prende posizione contro la tradizionale tendenza a concentrare lo studio dei beni pubblici sulle norme del codice, osservando per contro che, non essendo quelle disposizioni esaustive, «è alla Costituzione che ci si deve dunque rifare per avere un quadro completo della disciplina dei beni dei pubblici poteri». La formulazione generica delle disposizioni codicistiche ha storicamente legittimato un'ampia elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, ma oggi, «anche per rispondere all'esigenza che l'opera interpretativa del giurista positivo o i giudizi dei magistrati non si trasformino in attività di normazione o quantomeno che la 'normazione giurisprudenziale' sia tenuta in limiti ristretti», occorre «dare alle disposizioni del codice – che finora hanno rappresentato le 'teste di capitolo' della materia – il posto limitato che ad esse spetta e poi tentare un'interpretazione complessiva della legislazione di specie alla luce dei principi del dettato costituzionale» (p. 9).

Le affermazioni ora riportate hanno tre implicazioni importanti, nessuna delle quali ha perso d'attualità con il trascorrere del tempo. In primo luogo, la disciplina dei beni pubblici deve essere ricostruita a partire dai contenuti della legislazione speciale relativa a ciascuna singola categoria di beni, la quale compone «una normazione disordinata, incongruente, di epoche diverse, ma ampia» (p. 9). Con ciò si impone uno spostamento del baricentro dell'attenzione scientifica dal codice alla legislazione speciale, superando la fascinazione delle disposizioni codicistiche, che, con la loro falsa generalità, ingenerano l'illusione di una completezza ed esaustività che esse sono ben lungi dal possedere.

In secondo luogo, i criteri ordinanti della legislazione speciale devono essere ricercati non nel codice, ma nella Costituzione, perché «è la Costituzione che contiene quel tessuto di principi che si vuole ancora cercare nel codice civile» (p. 11). Viene quindi istituita una comunicazione immediata tra la disciplina speciale e i principi costituzionali, che «impone indagini giuridiche per così dire aperte», le quali rispettino la «classificazione delle fonti formale e non sostanziale» accolta dal nostro ordinamento e quindi, da un lato, non si facciano «trarre in inganno dal carattere generale di talune disposizioni del codice», essendo «ben raro che il codice esaurisca la disciplina di determinati fenomeni» (p. 10), e, d'altro lato, riconoscano

dir. amm., 2011, 1170; nello stesso senso, Cass. civ., s.u., 16 febbraio 2011, n. 3811, in *Riv. giur. urb.*, 2011, 312, con nota di F. SAIITA, *La demanialità dei beni tra proprietà e funzione: verso un definitivo superamento delle categorie codicistiche?*.

⁷ Nota 1 al paragrafo 2 del Capitolo I (p. 9 ss.).

che è nella Costituzione, e non nel codice, «che si possono rintracciare le disposizioni che maggiormente incidono sull'aspetto pubblicistico delle situazioni giuridiche dei pubblici poteri su beni» (p. 9).

In terzo luogo, viene superata la posizione – che si potrebbe dire riduzionistica – secondo la quale la Costituzione «non contiene altro che guarentigie di diritti che trovano il loro fondamento altrove», muovendosi invece dalla consapevolezza che «la carta costituzionale non si limita a tutelare e a proteggere ciò che c'è già (non solo nel senso che il codice civile è di data anteriore alla carta costituzionale): essa *crea* qualità, posizioni e situazioni giuridiche, oltre ad assicurarne la tutela» (p. 11). Alla Costituzione viene in tal modo riconosciuto un ruolo direttamente produttivo di qualificazioni giuridiche, atte a riconfigurare la rappresentazione dell'ordinamento nel suo complesso e nei singoli istituti in cui si articola.

È per questa via che le singole disposizioni della prima parte della Costituzione dispiegano la loro influenza sul significato della disciplina primaria, prima ancora – cioè a un livello ancor più fondamentale, appunto quello della “grammatica” – di essere criteri di legittimità costituzionale di singole norme di legge. L'interpretazione dell'art. 42 sviluppata nel testo appare sotto questo profilo esemplare, come si avrà modo di constatare. Pochi altri Autori hanno saputo far emergere il contenuto dispositivo e l'interna articolazione sistematica delle singole disposizioni costituzionali, riuscendo ad assegnare loro effettivamente il ruolo di «statuto fondamentale» delle materie cui si riferiscono⁸.

3. L'interpretazione dell'art. 42 Cost. e la riserva quale elemento distintivo della disciplina dei beni pubblici

Una delle caratteristiche salienti del volume risiede nella sua struttura

⁸ L'espressione riportata nel testo è tratta da U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 361 ss. (ora in *Id.*, *Scritti scelti*, Padova, 1999, 665 ss.), il quale osservava, riferendosi agli artt. 33 e 34, che «tali norme, invero, proprio perché inserite in un testo costituzionale rigido, fungono non soltanto da elementi determinatori delle regole generali cui si ispira la legislazione sulla scuola nell'attuale ordinamento, ma vincolano anche, e spesso sin nelle implicazioni più minute, lo sviluppo che quella legislazione potrà avere in futuro: ponendosi dunque, sotto entrambi gli aspetti, come condizioni generali di validità dell'intero ordinamento scolastico». Tale modo di intendere le disposizioni costituzionali rispetto agli ambiti di disciplina legislativa cui si riferiscono risulta evidente anche nell'indagine di Cassese sul rapporto tra l'art. 42 Cost., la legislazione speciale sui beni pubblici e le disposizioni codicistiche.

espositiva, in cui la *pars costruens* precede e sorregge la *pars destruens*. Si è già accennato al fatto che nell'esposizione coesistano le dimensioni del saggio critico e del trattato. Ciò risponde alla precisa consapevolezza scientifica del fatto che la teoria della proprietà pubblica, avendo assunto la consistenza di un vero e proprio paradigma, non avrebbe potuto essere demolita se non attraverso l'edificazione di una teoria alternativa, dotata di altrettanta compattezza e di maggiore capacità esplicativa dell'intera disciplina dei beni pubblici. La costruzione di una nuova teoria dei beni pubblici, fondata sulla Costituzione, è in se stessa la critica della teoria della proprietà pubblica.

L'avvento della Costituzione non ammetteva meri aggiustamenti della teoria dominante, ma richiedeva la formulazione di una nuova infrastruttura concettuale e sistematica. Di qui la necessità di un'attenta esplicazione del significato del testo costituzionale, che doveva misurarsi sia con l'idea della garanzia della proprietà tipica dell'epoca liberale, sia con le varie possibili interpretazioni che le formulazioni aperte dell'art. 42 potevano suggerire.

La ricerca delle basi costituzionali della disciplina dei beni pubblici muove dalla constatazione che la disciplina dei beni pubblici impedisce l'appropriazione a titolo individuale dei beni appartenenti alle categorie individuate dalla legge. Infatti, «se vi è una garanzia costituzionale della 'proprietà' è evidente che sarà necessario rintracciare in una fonte pari a quella che ha posto la garanzia – e cioè nella stessa Costituzione – lo strumento che permette di porre un limite – evidentemente non generale – alla qualità giuridica protetta da questa garanzia» (p. 8-11).

L'art. 42, comma 2, si apre con un'ampia formulazione, suscettibile di diverse letture: «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge».

Nell'interpretare tale disposizione «non si può pensare che la Costituzione abbia voluto rinviare con formula breve alla legislazione vigente all'atto della sua entrata in vigore, cristallizzandola», ma al contrario «le norme dell'art. 42 fanno pensare che si sia voluto proprio che la legislazione ordinaria innovasse nella materia della proprietà» (p. 24). Le disposizioni costituzionali operano «garantendo da una parte qualità generali e prevedendo dall'altra che il legislatore intervenga *in singoli casi*, cioè nei confronti di singole manifestazioni di tali qualità», con la conseguenza di vincolare il legislatore «a far salve quelle qualità che sono tutelate costituzionalmente ponendo solo limiti per singoli casi» (p. 26).

In quest'ottica, per individuare l'oggetto della garanzia della proprietà enunciata dall'art. 42, comma 2, occorre considerare che «la Costituzione parte dal presupposto non della proprietà del bene, ma dal presupposto

(astratto) che non vi siano tra beni e soggetti, relazioni permanenti» e quindi «prende ad oggetto la capacità di diventare titolari di proprietà», avendo riguardo «alle relazioni (di concorrenza o di esclusione) che si creano tra le persone con riguardo ai beni e non a quelle già costituite tra persone e beni». In altri termini, «la Costituzione regola l'appropriazione prima ancora della proprietà» (ivi), introducendo «una garanzia costituzionale della capacità di divenire titolari di proprietà» (p. 25).

La discontinuità che in tal modo si stabilisce rispetto alla garanzia liberale della proprietà è netta. Nelle costituzioni liberali «era preso in considerazione solo il diritto di proprietà, come è dimostrato dal fatto che quelle costituzioni contenevano una disciplina solo degli atti di espropriazione» (p. 70). Non ci si preoccupava affatto della possibilità di divenire proprietari, perchè si assumeva implicitamente che tale possibilità fosse sempre aperta a chi poteva permetterselo economicamente. La Costituzione supera il presupposto liberistico per il quale la proprietà privata «assicura di per sé la funzione sociale» e «permette di raggiungere altresì, ed automaticamente, il massimo benessere sociale»: visto che «rimette alla legge di garantire la funzione sociale ... non sembra presupporre che la proprietà privata per sé sia in grado di assicurare tale funzione sociale» (p. 42).

Ma la Costituzione si preoccupa anche di garantire la possibilità di diventare proprietari, ponendo un limite al potere del legislatore di escludere, per ragioni di utilità sociale, i beni dalla circolazione privata, ciò che dimostra «quanto distante sia» il regime attuale della proprietà «da una disciplina di tipo socialista» (p. 28).

La funzione di garantire la proprietà non è assicurata direttamente dalla Costituzione, ma è da questa affidata al legislatore, «riferendosi la Costituzione alla legge e non alla Repubblica, come fa quando vuole assicurare direttamente il rispetto di situazioni, istituti, ecc.» (p. 40). Pertanto, «garanzia della proprietà nella Costituzione significa limite agli interventi del legislatore che possono ridurre l'ambito dell'agire libero di privati» (p. 41), dato che «vi è regime di libera appropriazione a norma della Costituzione» (p. 42).

La Costituzione non pone alcun limite quantitativo al legislatore, quindi «niente esclude che un numero molto grande di beni sia escluso dalla circolazione senza che ciò comporti limiti all'appropriazione privata che ben può svolgersi sui beni restanti» (p. 27). Tuttavia, poiché la garanzia costituzionale «ha per oggetto direttamente una qualità del soggetto», la capacità di divenire proprietario, «è necessario che la stessa Costituzione indichi lo strumento che permette di porre un limite agli interventi legislativi che sacrificassero di fatto la esplicazione della qualità generale

costituzionalmente garantita nella misura in cui sottraessero alla libera appropriazione la maggior parte dei beni» (p. 29).

Occorre, quindi, che la sottrazione di categorie di beni dal circuito dell'appropriazione privata abbia una giustificazione costituzionale, da rinvenirsi nello stesso art. 42, in forza del quale «il legislatore è libero di 'riconoscere' e 'garantire' cioè disciplinare la proprietà nei modi che giudica più opportuni, purché siano conformi da una parte al principio di libera appropriazione e dall'altra alle disposizioni degli altri commi dell'art. 42» (p. 29).

Escluso che il fondamento e il limite del potere del legislatore di escludere intere categorie di beni dall'appropriazione privata possa rinvenirsi nel terzo comma dell'art. 42, perché l'espropriazione non assicura di per sé che il bene, una volta trasferito all'autorità pubblica, non torni in mano privata (p. 43), è necessario rivolgersi al secondo comma, nella parte in cui stabilisce che la legge «determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti» della proprietà privata «allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti». Tale formulazione sembrerebbe indicare, come aveva sostenuto Pugliatti, che la funzione sociale della proprietà possa essere assicurata non solo attraverso la disciplina delle modalità di godimento, ma anche regolandone le modalità di acquisto e i limiti⁹. Tuttavia, Cassese osservava che «il 'godimento' è la facoltà che caratterizza il contenuto del diritto. Quindi, quando la Costituzione la disciplina, presuppone la pertinenza del bene a un soggetto», dato che «si può assicurare l'uso determinato di certi beni (e cioè il modo di esplicarsi della 'facoltà di godere', *id est* la funzione sociale della proprietà) quando questi siano già in proprietà di qualcuno» (p. 44).

Ne discende che «nell'interpretazione del secondo comma dell'art. 42 bisogna distinguere la disciplina dei modi di godimento da quella dei modi di acquisto e dei limiti nonché il fine di assicurare la funzione sociale della proprietà da quella di renderla accessibile a tutti» (p. 44). Mentre la funzione sociale della proprietà viene assicurata con la disciplina dei modi di godimento, la disciplina dei modi d'acquisto e dei limiti è diretta al fine di rendere la proprietà accessibile a tutti¹⁰.

⁹ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 145 ss. spec. 277 e 281, il quale sosteneva che potessero ricondursi al fine di assicurare la funzione sociale della proprietà anche gli strumenti che agiscono sulla titolarità del diritto, al fine di ottenerne una diversa distribuzione. Cassese oppone che gli effetti di questi strumenti sui modi d'uso dei beni sono solo secondari, quindi non appaiono «idonei a realizzare la funzione sociale della proprietà», la quale «lascia di regola salva l'appartenenza, anzi la presuppone, per indicare solo dei modi d'uso, cioè, l'esercizio delle facoltà che sono il contenuto del diritto».

¹⁰ «I due termini 'modi d'acquisto' e 'limiti' si riferiscono a due tipi di 'riserva', una per categorie, e un'altra per eccedenze» (p. 51).

Nell'art. 42 così interpretato è rinvenibile «la previsione di un atto – definito dalla Costituzione con riguardo all'impresa – di riserva»¹¹, il quale, rispetto ai beni, «opera impedendo l'esplicazione della capacità – garantita costituzionalmente – dei privati a divenire titolari di proprietà» (p. 55). È questo «il fondamento costituzionale di quell'*impedimento* che caratterizza il regime pubblicistico dei beni dei pubblici poteri» (la c.d. incommerciabilità dei beni pubblici), ma nello stesso tempo è anche il suo limite, perché la riserva – «lungi dall'essere posta in essere per escludere i privati dalla titolarità di diritti su beni determinati – deve avere lo scopo di rendere la proprietà accessibile a tutti» (p. 52), «impedendo così al privato di divenire titolare ma assicurandogli l'accesso al bene» (p. 57)¹².

Pertanto, «il centro della normativa costituzionale va visto nella limitazione posta al legislatore con il fine di rendere i beni accessibili a tutti ... Nella Costituzione non vi sono limiti quantitativi ma solo limiti qualitativi, che incidono sul fine per il quale il legislatore può disporre l'appropriabilità. Sotto il profilo costituzionale non interessa la quantità di beni liberamente appropriabili ma il modo con cui può avvenire l'esclusione di beni dall'appropriazione privata libera poiché questa esclusione può essere disposta solo per fini collettivi. E questi debbono essere intesi in senso soggettivo, nel senso di permettere che l'esclusione per ogni singolo si risolva nell'accesso per tutti» (p. 70 s.).

L'enucleazione dello strumento della riserva dall'interpretazione dell'art. 42, secondo comma, trova una conferma nella giurisprudenza costituzionale che ha escluso l'indennizzo non solo per le ipotesi in cui la legge ponga limitazioni all'uso, ma anche quando si spinga ad escludere la proprietà privata per «categorie obiettivamente predeterminate di beni in relazione ad interessi pubblici» (p. 59)¹³. Proprio questo segna la distanza

¹¹ L'Autore aveva approfondito il tema in S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 1332 ss.

¹² «La riserva opera impedendo che soggetti – pur capaci – possano diventare titolari di una situazione giuridica soggettiva: prescrive la mancanza di legittimazione alla situazione giuridica» (p. 61). Analogamente «la riserva dell'art. 43 opera impedendo che soggetti privati possano diventare titolari di impresa: prescrive la mancanza di legittimazione alla situazione soggettiva di impresa», con la differenza che qui la riserva «non è disposta al fine di rendere accessibile a tutti la proprietà ma, più genericamente, a fini di utilità generale» (p. 65).

¹³ Si riferisce a Corte cost. 20 gennaio 1966, n. 6 (servitù militari), 9 marzo 1967, n. 20 e 23 novembre 1967, n. 119 (miniere vace e torbiere) e, per quanto riguarda l'affermata possibilità di escludere intere categorie di beni dall'appropriabilità privata, a Corte cost. 29 maggio 1968, n. 55-56. Come Cassese sottolinea, tale orientamento della Corte trova riferimento nella tesi per la quale l'avocazione alla mano pubblica di intere categorie di beni senza indennizzo si fonda sull'art. 42, secondo comma, che affida alla legge il

della Costituzione rispetto alle costituzioni liberali, che prendevano in considerazione soltanto il diritto di proprietà e l'espropriazione in quanto incidente direttamente sul diritto di proprietà, «mentre la riserva opera sull'appropriazione del bene e la disciplina del godimento sulla attività lecita di uso del bene da parte del proprietario», prendendo così in considerazione «non la sola situazione soggettiva di proprietà ma qualità e posizioni ad essa preliminari e facoltà in essa comprese» (p. 69 s.)¹⁴.

4. Il fine dell'accessibilità a tutti e la doverosità costituzionale della riserva sui beni appropriabili solo collettivamente

L'istituto della riserva consente di ricondurre a una giustificazione costituzionale il tradizionale elemento dell'incommerciabilità che contraddistingue il regime dei beni pubblici, ma non ne lascia inalterata la fisionomia. Infatti, la riserva non costituisce un mero aggiornamento della teoria della demanialità, ma riflette la profonda riconfigurazione dell'istituto dei beni pubblici imposta dalla Costituzione.

A prima vista, potrebbe sembrare che il fine della riserva (rendere la proprietà accessibile a tutti) abbia rilievo unicamente per giustificare la compressione, per certe categorie di beni, della garanzia costituzionale della possibilità di divenire proprietari a titolo individuale. Dichiaratamente, infatti, l'indagine sul fondamento costituzionale della disciplina dei beni pubblici è stata condotta per «accertare in primo luogo la legittimità costituzionale dell'*impedimento* (e cioè se esso sia previsto nella carta costituzionale)», dal momento che «siamo in presenza di un limite ad una situazione giuridica privata che ha una disciplina costituzionale» (p. 4).

Tale prospettiva, imposta dalla struttura stessa del disposto costituzionale¹⁵, non deve tuttavia ingannare circa il significato costituzionale dell'istituto

compito di determinare il regime di appartenenza dei beni (A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Scritti per Giuffrè*, II, Milano, 1967, 913).

¹⁴ Questo ragionamento permette di superare l'apparente contraddittorietà in cui cadono molte tesi proposte per spiegare la disciplina costituzionale della proprietà, essendo basate su «proposizioni che si negano a vicenda se non si ammette che le norme costituzionali hanno diverso oggetto», che, in particolare, l'art. 42 «non ha ad oggetto la sola situazione soggettiva di proprietà ma qualità e posizioni ad essa preliminari e facoltà in essa comprese» (p. 69).

¹⁵ «Le disposizioni costituzionali operano infatti proprio in questa maniera: garantendo da una parte qualità generali e prevedendo dall'altra che il legislatore intervenga in *singoli casi*, cioè nei confronti di singole manifestazioni di tali qualità» (p. 26).

della riserva, che non si esaurisce in un'autorizzazione al legislatore a sottrarre certe categorie di beni dall'appropriazione privata, quando lo ritenga discrezionalmente opportuno, ma presuppone anche il dovere di impedire l'appropriazione privata quando ciò risulti necessario al fine di garantirne a tutti l'accesso.

Considerando il fine costituzionale della riserva, «il caso che soddisfa pienamente i requisiti posti dalla Costituzione» è quello «in cui il bene è accessibile a tutti, a titolo di proprietà collettiva», che si realizza per i beni «che sono strutturalmente tali che, se non servono a tutti, non hanno più utilità per nessuno», come ad esempio per una strada, la cui «natura di mezzo di comunicazione» comporta che «o è utilizzata da tutti contemporaneamente o non ha più utilità come strada ... e poiché l'appropriazione individuale ne modificherebbe la natura, la collettività circonda di difese l'utilizzazione collettiva: sottopone a riserva il bene» (p. 53). Da ciò si comprende la doverosità legata all'attuazione costituzionale del fine dell'accessibilità a tutti della proprietà: «l'accesso si può realizzare talvolta con la proprietà individuale; ma talora non può realizzarsi in tal modo, perché l'uso di certi beni non si realizza in via esclusiva se non negando la natura stessa di tale bene» e così la riserva deve intervenire a sancire che «nessuno può divenire proprietario di alcuni beni per assicurare a tutti la possibilità di usare tali beni» (p. 54).

Così intesa, la riserva assume un tratto di necessarietà quando ne ricorrano i presupposti indicati dall'art. 42, secondo comma, il quale contiene due disposizioni (garanzia della libera appropriabilità e possibilità di limitarla per particolari categorie di beni) che «si muovono nella stessa direzione, che è quella di potenziare la posizione dei privati e negare un ruolo assorbente all'ente Stato», perché «gli interessi pubblici che il legislatore, che voglia disporre una riserva, deve necessariamente curare ... sono indirizzati nella medesima direzione della norma che permette a chiunque di divenire proprietario, e quindi la rafforzano» (p. 71). Negare la libera appropriazione di beni come le strade, i fiumi, le spiagge, ecc. «è necessario proprio perché un accesso individuale ed a carattere esclusivo (appropriazione) toglie sia la possibilità ad altri di usare lo stesso bene sia la maggiore utilità allo stesso bene» (p. 72).

La riflessione sul significato dell'art. 42 conduce così a ritrovare in esso una costituzionalizzazione del presupposto su cui basa il riconoscimento di beni come pubblici, vale a dire «che vi sono beni per natura appropriabili individualmente e beni per natura appropriabili collettivamente e il sottrarre i secondi all'appropriazione individuale non toglie nulla alla libertà dei singoli, anzi l'accresce perché ciò comporta che tutti possano goderne»

(p. 72). La teoria della riserva implica, quindi, sia una stabilizzazione costituzionale della riserva attualmente operante sui beni pubblici, che li mette al riparo dall'eventuale affermarsi di politiche generali di privatizzazione, sia una potenziale capacità espansiva della sfera delle categorie di beni riconoscibili come pubblici¹⁶.

5. L'appartenenza dei beni demaniali e indisponibili ex lege come espressione di proprietà collettiva

Il fondamento costituzionale della riserva porta con sé anche una rivalutazione del significato e del ruolo della proprietà collettiva nella teoria dei beni pubblici.

Se, infatti, la riserva è giustificata dal fine di rendere la proprietà accessibile a tutti, «la proprietà individuale di enti pubblici non sembra realizzi questo scopo» (p. 145), con la conseguenza che il regime del bene successivo alla riserva non può comportare la sua attribuzione allo Stato a titolo di proprietà individuale¹⁷. Le uniche due ipotesi di regime

¹⁶ Tale capacità espansiva è emersa in modo chiaro nelle pronunce della Corte costituzionale sulla pubblicizzazione di «tutte le acque» operata dall'art. 1 della l. 5 gennaio 1994, n. 36, ove si afferma, in particolare, che «la pubblicità delle acque ha riguardo al regime dell'uso di un bene divenuto limitato, di modo che la dichiarazione di pubblicità di un'acqua, intesa come risorsa suscettibile di uso previsto o consentito, si basa su un interesse generale ritenuto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie di uso dell'acqua», il che è quanto dire che la limitatezza della risorsa, unita all'«aumento dei fabbisogni», impone di garantirne l'accessibilità a tutti, impedendo qualsiasi forma di appropriazione privata, al fine di poterla distribuire secondo criteri predeterminati dalla legge (Corte cost., 19 luglio 2006, n. 259 e 27 dicembre 1996, n. 419). L'affermazione della Corte secondo cui la l. n. 36/1994 avrebbe operato uno «spostamento del baricentro del sistema delle acque pubbliche verso il regime di utilizzo, piuttosto che sul regime di proprietà» presuppone il riconoscimento della funzione specifica della riserva nel sistema costituzionale, che non è quella di assicurare la proprietà all'ente pubblico, ma quella di garantire l'accessibilità collettiva della risorsa, rendendo così possibile affidare alla pubblica amministrazione la programmazione e selezione degli usi ammissibili (M. RAMAJOLI, *Commento all'art. 2. Usi delle acque*, in U. POTOTSCHNIG – E. FERRARI, *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Padova, 2000, 17 ss.). Come sottolineava Cassese, infatti, «in taluni casi la riserva è disposta proprio per incidere sul modo d'uso» (p. 50).

¹⁷ «Se, successivamente alla riserva, una interpretazione rigorosa della Costituzione ammette che i beni possano essere attribuiti solo alle categorie della proprietà collettiva e dei beni in uso comune a tutti, come può dirsi che beni in proprietà di un ente pubblico (Stato o ente pubblico in senso stretto) siano sottoposti a riserva?» (p. 128).

del bene successivo alla riserva¹⁸ conforme alla Costituzione sono le cose comuni, che comportano riserva senza attribuzione del bene in proprietà di alcuno¹⁹, e la proprietà collettiva²⁰.

Tutti i beni demaniali e i beni indisponibili inalienabili per categoria sono quindi da ricondurre alla categoria della proprietà collettiva²¹. Non si tratta di una mera qualificazione formale, ma di un riallineamento tra la sostanza del fenomeno e la sua rappresentazione giuridica, rispetto alla teoria della proprietà pubblica, che sovrapponeva artificialmente la forma della proprietà individuale (dell'ente pubblico) a un fenomeno sostanziale di appartenenza collettiva.

Predicando l'accessibilità a tutti come fine della riserva, la Costituzione ha contribuito a rendere chiara la sostanza del fenomeno dei beni pubblici, come beni che, «pur essendo suscettibili di utilizzazione da parte di ogni membro della collettività, non sono 'idonei' ad essere oggetti di proprietà di ciascuno di essi», in forza di «una disciplina per la quale, pur fornendo il bene utilità a ciascuno dei soggetti – a tutti, ad esempio, in quanto utilizzano le strade – è solo alla collettività che può essere assoggettato», il che mette in luce «la diversa posizione dei soggetti come singoli e come collettività» (p. 87)²².

¹⁸ «Regime della riserva e regime della proprietà sono separati: non ogni qualvolta vi è riserva vi è proprietà né ogni qualvolta vi è proprietà vi è riserva» (p. 138).

¹⁹ Si tratta di «beni sottoposti a riserva sui quali non vi è proprietà ma mero godimento collettivo regolato dal legislatore» (p. 139).

²⁰ Tra *res communes omnium* e proprietà collettiva la distinzione è soltanto storica: «tutti i beni sottoposti a riserva offrono delle utilità a tutta la collettività; salvo che alcuni di questi beni sono in abbondanza tale in natura che non è necessario che tutti siano proprietari, perché tutti ne possono godere liberamente ... Non è necessario affermare la proprietà, oltre la riserva, di beni che esistono con tale abbondanza in natura che non si pone un problema di proprietà. Nella misura però in cui gli uomini scoprono nuove forme di utilizzazione di questi beni, per questi cominciano a porsi dei problemi di proprietà. Nell'evoluzione storica, i beni in natura abbondanti, nella misura in cui se ne scoprono nuove utilizzazioni, diventano limitati in quantità e quindi tendono a verificarsi nei confronti di essi dei fenomeni di proprietà» (p. 80).

²¹ Questo vale tanto per il demanio necessario quanto per il demanio accidentale, dato che entrambe le categorie sono sottoposte a riserva, ma vale anche per i beni elencati dal secondo comma dell'art. 826 dato che anche per essi si applica una riserva per categorie, a differenza dei beni destinati a pubblico servizio, per i quali la destinazione deve essere attuale (126 s.).

²² «La funzione della proprietà collettiva è quella di sottrarre i beni che ne sono oggetto allo sfruttamento dei singoli ... Si esclude, insomma, un tipo di proprietà per ammetterne un altro, con gli stessi soggetti in quanto singoli una volta e in quanto componenti di una collettività un'altra» (p. 148). La collettività proprietaria di un bene pubblico può essere estesa

Qualificare come collettiva la proprietà relativa a beni riservati risulta controintuitivo rispetto alle formulazioni del codice civile, che predicano l'appartenenza dei beni pubblici allo Stato e agli altri enti territoriali. Si può apprezzare qui in maniera particolare quanto la riflessione di Cassese attinga alla dimensione grammaticale del diritto, per il tramite dell'interpretazione costituzionale oltre che di una raffinata conoscenza dei principi e degli istituti presi in considerazione. Come vedremo tra poco, Cassese dimostra che la rappresentazione dell'appartenenza dei beni pubblici in termini di proprietà individuale risulta essere inesatta tanto storicamente quanto sul piano dei principi, oltre che fonte di confusione e complicazione nella ricostruzione del senso degli istituti giuridici.

Ma alla radice dell'insistenza sulla corretta qualificazione della proprietà dei beni pubblici si colloca l'esigenza ineludibile di far corrispondere il nome alla cosa. Solo la qualificazione in termini di proprietà collettiva corrisponde alla natura dei fenomeni riconducibili sotto la categoria dei beni pubblici, consentendo di precisare con chiarezza la disciplina che li unifica e li caratterizza. Infatti, «caratteristica della proprietà collettiva è quella di imporre, naturalmente, una prevalenza degli usi che permettano il più generale uso da parte degli altri membri della collettività», con la conseguenza che «la determinazione degli usi non discende da un atto di destinazione ma dalla stessa presenza della proprietà collettiva» e quindi «il contenuto di questa proprietà non discende dalla determinazione di tipi di utilizzazione ma è determinato dallo stesso fatto che vi è una proprietà collettiva» (p. 155).

La riconduzione dei beni pubblici alla categoria della proprietà collettiva assume dunque il significato forte di limite al potere pubblico di determinazione degli usi dei beni demaniali e di quelli indisponibili *ex lege*, dato che «nel caso di proprietà collettiva gli usi sono quelli imposti dalla presenza della collettività: è in funzione della collettività che vengono determinati gli usi e non viceversa; e quindi saranno in linea generale legittimi gli usi che meno limitano la possibilità di uso di altri e solo compatibilmente con questi gli usi che comportano la esclusione dal contemporaneo godimento delle utilità del bene da parte di altri» (p. 155). La proprietà collettiva protegge dunque la collettività dalle scelte del potere pubblico relative alla effettiva destinazione dei beni pubblici, che potrebbero pregiudicarne in concreto l'accessibilità, in particolare

fino all'intera collettività nazionale, a seconda della natura del bene: «dalle caratteristiche naturali del bene dipende il modo in cui può realizzarsi il fine di rendere accessibile a tutti la proprietà. Per taluni di essi possono darsi collettività ampie, per altri collettività ristrette, per altri ancora collettività aperte, per altri collettività chiuse» (p. 153).

attraverso uno scorretto utilizzo dei poteri di regolazione degli usi in generale e dello strumento concessorio in particolare²³.

La centralità di questa esigenza di protezione è resa evidente dall'ampia e articolata trattazione dedicata alla proprietà collettiva²⁴, complessivamente rivolta a ridefinire il ruolo dello Stato nella teoria dei beni pubblici, attraverso una sottile riconfigurazione dei nessi tra la posizione dello Stato rispetto all'appartenenza dei beni pubblici e la collocazione sistematica dell'attività che lo Stato stesso pone in essere riguardo all'uso di tali beni.

Per comprendere appieno il significato di questa ricostruzione occorre tenere presenti i due assi portanti dell'impostazione che ne regge l'intero impianto teorico: la distinzione tra lato interno e lato esterno del diritto, da un lato, e la sostituzione della tradizionale lettura delle situazioni di appartenenza in termini di rapporto tra il soggetto e il bene con una lettura in termini di rapporti tra soggetti in ordine al bene, dall'altro.

Il lato interno, che Cassese chiama anche «struttura» del diritto (ritenendola espressione più adeguata rispetto a quella di «contenuto»), comprende tutte «le facoltà – e gli eventuali doveri ed oneri che ad esse ineriscono – che lo costituiscono» e pertanto ogni forma di «destinazione» del bene affetta il suo lato interno, trattandosi di ipotesi in cui «le facoltà del proprietario – altrimenti libere – sono soggette a limiti» (p. 89)²⁵.

Sotto questo profilo, quella che la teoria tradizionale chiama «proprietà pubblica» non differisce dalla proprietà privata. La determinazione degli usi dei beni pubblici opera come limite delle facoltà d'uso del bene allo

²³ Tali limiti sono da ricondurre al nesso tra la riserva e la sua finalità costituzionale. Sebbene occorra «distinguere nettamente tra riserva disposta al fine di rendere il bene accessibile a tutti e destinazione effettiva del bene», tuttavia «l'influenza della riserva sulla destinazione non va poi sottovalutata, specialmente se si tiene conto dei limiti alla possibilità materiale di uso derivanti da un eccesso di usi 'eccezionali', anzi «tale influenza» risulta talmente rilevante che «dovrebbe costituire il punto di partenza di una ricerca riguardante la struttura della proprietà che attiene a beni pubblici» (p. 109). Il tema degli usi eccezionali è trattato a fondo nel paragrafo 4 del Capitolo II. Conviene sottolineare che il fine dell'accessibilità a tutti non si identifica con l'idea tradizionale dell'uso comune – quale si realizza tipicamente in beni quali le strade – ma può comportare diverse forme di composizione e coesistenza degli usi possibili del bene. Come osserva l'Autore, «non si può negare che il fine della accessibilità si può realizzare in via immediata solo in ordine a taluni usi del bene; anzi proprio quando, con lo sviluppo delle tecniche, si passa da una condizione statica a una dinamica del bene, gli usi che permettono una immediata accessibilità al bene tendono a diminuire o ad essere limitati da usi più complessi» (p. 130).

²⁴ Capitolo II, paragrafo 2 (pp. 147-200).

²⁵ Cassese respinge la teoria che definisce la proprietà per il suo lato esterno (*ius excludendi alios*), sottolineando che «ciò che caratterizza la proprietà è il suo lato interno», dato che «la si esercita in quanto si gode della cosa» (p. 258).

stesso modo della funzionalizzazione della proprietà privata consentita dalla Costituzione²⁶. Siccome «la determinazione degli usi si può riscontrare anche in altri casi ed altri fini – e, principalmente, anche nella proprietà di privati», ne discende che la materia «trova più opportuna collocazione nell'indagine sulla disciplina di diritto comune della proprietà di enti pubblici» (p. 89).

La dimensione pubblicistica della disciplina dei beni pubblici si colloca, invece, sul lato esterno del diritto, relativo a quella che la teoria tradizionale chiama «inappropriabilità», e che più propriamente costituisce la riserva, la quale «non è un carattere della proprietà dell'ente pubblico, tale per cui possa dirsi che essa è pubblica, ma è un aspetto estraneo alla proprietà in senso stretto» (p. 101), in quanto «non attiene alla struttura del diritto (relazioni interne proprietario-bene), ma ai rapporti soggetti in quanto individui (siano membri della collettività o non lo siano) – collettività, in ordine al bene collettivo» (p. 91), cioè un elemento che riguarda «i rapporti tra i pubblici poteri e le collettività e i privati in ordine ai beni pubblici» (p. 126).

Sul lato interno, la proprietà collettiva è caratterizzata dalla necessità che vi sia «sempre determinazione pubblica dei possibili usi perché, essendovi più proprietari, debbono esservi delle regole all'utilizzazione che essi fanno della cosa comune allo scopo di assicurare lo sfruttamento collettivo del bene, preservandolo dalla distruzione e dall'appropriazione individuale» (p. 107). Sul lato esterno, «ciò che la caratterizza e ne assicura la permanenza è l'esclusione della proprietà individuale o solitaria sui beni oggetto di proprietà collettiva» (p. 147), in quanto la sua funzione «è quella di sottrarre i beni che ne sono oggetto allo sfruttamento dei singoli» (p. 148). Rispetto alla proprietà collettiva, «la riserva opera impedendo la legittimazione a titolo di proprietà individuale degli stessi soggetti proprietari collettivi e di altri soggetti estranei alla collettività» (p. 147). Secondo la disciplina civilistica nulla impedirebbe che «la comune volontà degli associati decida la vendita del bene oggetto di proprietà collettiva o di sue quote», ma «la riserva opera invece impedendo che ciò si verifichi, rafforzando l'esclusione

²⁶ La trattazione del tema è contenuta nella importante nota 27-*bis* del Capitolo I, paragrafo 4 (p. 89 ss.), dove vengono messe a confronto la teoria tradizionale della destinazione come elemento distintivo dei beni pubblici e la teoria della funzione sociale della proprietà, che sta alla base delle riflessioni sulla conformazione pubblica della proprietà privata, mettendone in luce l'analogia strutturale nel senso riferito nel testo, il che comporta anche che «i beni sottoposti a vincolo di destinazione possono – in via di principio – essere trasferiti in titolarità di altri soggetti poiché – in linea astratta – di ciò non soffre la destinazione» (p. 104). Non è quindi la destinazione a caratterizzare il regime pubblicistico della demanialità, bensì la riserva, che impedisce l'appropriazione a titolo individuale dei beni demaniali (e dei beni indisponibili *ex lege*), agendo non sul lato interno, bensì sul lato esterno del diritto.

dello sfruttamento individuale» (p. 148). La riserva comporta, dunque, «il limite, esistente anche per l'ente pubblico gestore, di non poter divenire proprietario dei beni collettivi sottraendoli alla collettività» (p. 154).

Dal momento che «dalle caratteristiche naturali del bene dipende il modo in cui può realizzarsi il fine di rendere accessibile a tutti la proprietà», la proprietà collettiva dei beni pubblici può essere estesa a «tutta la collettività nazionale» (p. 153). Anche in tal caso, come in ogni ipotesi di proprietà collettiva, si realizza «un uso comune di tutti i beni», dei quali tutti i cittadini sono «congiuntamente proprietari», quali membri della collettività «legati da vincoli di solidarietà nazionale» (p. 189).

6. *La critica della teoria della proprietà pubblica e la distinzione tra la situazione soggettiva dell'ente pubblico e il suo ruolo di gestore dei beni pubblici*

La differenza di questa impostazione rispetto alla teoria tradizionale della proprietà pubblica è marcata, e non soltanto perché individua la riserva come caratteristica distintiva dei beni pubblici, la quale non è «un tratto proprio del diritto di proprietà dei pubblici poteri, ma, al contrario, un elemento che riguarda la posizione di terzi in ordine ai beni» (p. 126), né perché nega che i beni pubblici appartengano all'ente pubblico a titolo di proprietà individuale, quanto soprattutto perché separa nettamente – e quindi evita ogni confusione tra – la situazione soggettiva della persona giuridica pubblica e le funzioni che le spettano in quanto potere pubblico.

A proposito della tesi di Guicciardi, che definisce la demanialità come «un regime di particolare protezione, grazie al quale l'ente pubblico sottrae il bene, che è necessario a una sua funzione esclusiva, alla commerciabilità secondo il diritto privato»²⁷, Cassese osserva che essa sembra vicina all'idea che vede nella riserva il tratto distintivo dei beni pubblici, ma se ne discosta perché «tratta insieme i problemi del soggetto – funzione dell'ente, sua natura – con quelli della situazione soggettiva del proprietario – uso del bene a fini pubblici – e con quelli della situazione dei soggetti non proprietari, loro 'incapacità' a divenire titolari del bene», mentre invece «i diritti dei pubblici poteri vanno esaminati tenendoli separati dal regime dell'attività» (p. 56).

La separazione dei due profili non ha evidentemente un valore solo ricostruttivo. Appare chiaro, infatti, che la tesi di Guicciardi (così come

²⁷ E. GUICCIARDI, *Il demanio* cit., 72-74, citato da Cassese in nota 26 (p. 55-56).

tutte le teorie della proprietà pubblica) enfatizza la strumentalità del bene rispetto alle funzioni dell'ente pubblico²⁸, mentre al contrario la teoria di Cassese sottolinea la strumentalità del bene rispetto ai bisogni della collettività, osservando che la riserva «opera rafforzando l'appartenenza in capo a collettività quando ad esse pertengano i beni gravati da riserva» (p. 55).

La Costituzione, identificando nell'accessibilità a tutti il fine della riserva, imponeva di eliminare dalla teoria dei beni pubblici ogni intermediazione del soggetto pubblico tra il bene e la collettività, affidandogli esclusivamente il ruolo di gestore dei beni per conto della collettività.

Occorreva, quindi, rettificare la tesi all'epoca prevalente la quale, sostenendo che «i beni pubblici spettano in proprietà all'ente pubblico, il quale poi realizza i fini pubblici assicurando l'uso da parte del pubblico dei beni» e che «lo Stato gode direttamente dei beni demaniali coll'esercitare col loro mezzo una funzione pubblica di cui i singoli sono destinatari», finiva per compiere «una riduzione in termini di persona statale dei problemi della proprietà pubblica» (p. 128)²⁹.

Queste teorie appaiono inaccettabili nella misura in cui considerano «il fine della accessibilità come un fine mediato tramite l'ente pubblico, laddove l'ente pubblico ha funzione strumentale nei confronti della collettività, nel senso che è gestore di beni della collettività nell'interesse di quest'ultima» (p. 146)³⁰.

²⁸ «Se quei beni sono necessari all'esercizio delle rispettive funzioni, se queste sono esclusive dell'ente pubblico, e inoltre debbono essere esercitate, in quanto corrispondono a dei fini essenziali ... l'ente pubblico 'deve' averli a propria disposizione, in modo sicuro da molestie e usurpazioni di terzi: ciò che appunto ottiene ponendoli quali oggetto di proprietà pubblica» (*op. loc. cit.*).

²⁹ Il riferimento è nuovamente a E. GUICCIARDI, *Il demanio* cit., 74, 259 ss. e 288. Questa tesi viene criticata anche sotto il profilo sistematico, in quanto risulta inconciliabile con l'art. 1145 del codice civile, perché, se fosse vero che all'uso dei singoli si giunge solo mediatamente attraverso il godimento dei beni demaniali compiuto dallo Stato con lo svolgimento di una funzione che ha i singoli per destinatari, allora «non si porrebbe neppure il problema di effetti acquisitivi del possesso da parte di privati, per il semplice fatto che colui che usa, gode e possiede i beni è anche colui che ne è il solo possibile proprietario, lo Stato» e quindi «dovrebbe bastare la norma dell'art. 823, per cui i beni demaniali non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi», mentre invece l'art. 1145 «serve ad impedire che tramite usucapione si acquistino a titolo individuale beni di proprietà collettiva» (p. 151).

³⁰ Possono invece accettarsi le formulazioni, solo apparentemente analoghe, che non intendono lo Stato «come Stato organizzazione o Stato ente, bensì proprio come collettività di cittadini». Tale ad esempio quella di A. DE VALLES, *Demanialità e diritti reali*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1913, II, 8, per il quale «quando dei beni usano i privati lo fanno come cittadini, come membri dello Stato, ed è sempre quindi lo Stato che gode nella persona dei suoi membri» (p. 130).

La proprietà collettiva è, dunque, figura che definisce una relazione di appartenenza diretta del bene alla collettività, tale per cui i membri della collettività ne godono in quanto proprietari, mentre l'ente pubblico deve essere concepito in posizione servente rispetto alla collettività.

A mettere a punto questi due aspetti, centrali per la teoria dei beni pubblici, è in gran parte dedicato il paragrafo sulla proprietà collettiva.

Sotto il primo profilo, Cassese sottolinea che la qualificazione della proprietà come individuale o collettiva dipende dal diritto positivo, non dalle ideologie giuridiche: «l'ordinamento giuridico può a certi fini prendere in considerazione il soggetto, a certi altri prendere in considerazione direttamente il gruppo sottostante» (p. 162). In tali casi, che sono quelli tipici dei beni pubblici, «l'ordinamento giuridico prende ad oggetto la collettività e l'ente esponenziale separatamente», quindi non si deve «risolvere un fatto che attiene alla collettività in un fatto del soggetto esponenziale» (p. 163).

Il riconoscimento della proprietà collettiva – che pure esiste in diritto positivo e come tale andrebbe studiata³¹ – trova tuttavia un forte ostacolo, nell'ambito della teoria dei beni pubblici, soprattutto a causa del «pregiudizio romanistico», che «ha indotto spesso la dottrina a configurare la proprietà collettiva offerta dal diritto positivo come proprietà individuale», mediante teorie che «mirano a superare la difficoltà data dalla pluralità di soggetti e dalla unicità dell'oggetto» (p. 168 s.)³².

La più elaborata tra queste teorie è quella proposta da Ranelletti, per il quale la proprietà dei beni demaniali è attribuita «ad un ente pubblico, come persona a sé stante, per quanto organicamente collegata con i suoi membri» e l'uso dei singoli costituisce «lo scopo diretto dell'attività dell'ente, l'attuazione della destinazione e della funzione del bene demaniale», rispetto alla quale il singolo ha una facoltà che deriva dalla sua qualità di membro» della collettività³³. In questa teoria, «l'ente rappresenta pienamente la collettività ed ha quindi piena facoltà, con proprio atto di volontà, di destinare il bene a soddisfare bisogni pubblici, di regolare tale destinazione (e quindi di far cessare l'uso pubblico senza il consenso dei singoli utenti, senza le forme dell'espropriazione per causa di pubblica utilità e senza indennità, oppure di limitarlo), di disporre del bene» (p. 171). Dal momento che «l'ente cura i suoi fini mediante la

³¹ Il riferimento principale è a S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., Milano, 1954, 221.

³² Per quanto riguarda, invece, il piano ideologico, secondo Cassese «occorre non farsi convincere dal 'pregiudizio liberistico', ma «occorre anche non lasciarsi fuorviare dalla 'ideologia' della proprietà collettiva» (p. 168).

³³ O. RANELLETTI, *Concetto* cit., III, *Teoria*.

destinazione del bene all'uso pubblico», in questa prospettiva vi sarebbe «una piena coincidenza tra funzione del bene e funzione dell'ente» ed anche «identificazione dell'ente con gli utenti», in quanto «con la soddisfazione dell'interesse collettivo, comune, esso soddisfa l'interesse individuale di ogni possibile utente» (p. 172).

La critica che Cassese rivolge a questa teoria sul piano dei principi appare altamente indicativa dell'esigenza di evitare ogni possibile confusione ingenerata dalle costruzioni che frappongono l'ente pubblico tra il bene e la collettività: «se è la collettività a usare necessariamente il bene, se cioè solo la collettività può usarlo e nessun altro; e se, d'altra parte, i fini che l'ente deve realizzare sono della collettività, non si vede perché si debba fare un giro logico inutile; in realtà, la collettività gode direttamente del bene soddisfacendo così i suoi bisogni senza che l'ente che la rappresenta debba affermare un diritto di proprietà sui beni» (p. 175).

Il bersaglio critico è evidentemente la rappresentazione del ruolo dell'ente pubblico rispetto ai beni pubblici: «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» (p. 176)³⁴, «ma questa evoluzione storica non porta ad affermare – come fa l'autore – 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 la collettività» (p. 178)³⁵.

Questa osservazione conduce al secondo profilo, relativo appunto alla riconsiderazione del ruolo dello Stato nella gestione dei beni pubblici, per la trattazione del quale risulta nuovamente decisivo il richiamo alla grammatica costituzionale.

Dato che i beni pubblici sono affidati alla cura degli enti territoriali, il ruolo di questi enti si chiarisce anzitutto in base alla loro stessa definizione: «il tratto differenziale degli enti 'territoriali' non è il territorio, ma il fatto che essi sono enti cui sottostà una collettività e che tale

³⁴ Il riferimento è non solo a O. RANELLETTI, *Concetto* cit., III, ma anche a F. CAMMEO, *Demanio*, in *Dig. it.*, Torino, 1897-98, 843, per il quale «poiché il demanio è una proprietà collettiva tenuta ed amministrata dallo Stato, il tratteggiarne la storia è tratteggiare la storia dello Stato stesso e della proprietà».

³⁵ Anzi, la formula della personalità giuridica «ha l'effetto di nascondere una realtà multiforme: quella costituita dalla rete di collettività e dalle relative organizzazioni e, principalmente, delle persone fisiche» (p. 178).

collettività è dotata di capacità politica», per cui la loro natura «è quella di essere organizzazioni politiche (enti esponenziali) di collettività. Ed organizzazioni politiche *generali* di collettività *primarie*» (p. 161)³⁶. Questa definizione è importante perché «quando l'ordinamento giuridico prende in considerazione direttamente la collettività, non è vero che la persona non esista più», ma piuttosto «la disciplina del bene si innesta sulla posizione dei componenti la collettività nei confronti dell'ente persona» (p. 162). E il carattere collettivo della proprietà dei beni pubblici comporta che, nella definizione di questo rapporto, venga direttamente in rilievo appunto il carattere esponenziale dell'organizzazione politica cui i beni sono affidati³⁷.

Non è agevole enucleare dalla disciplina positiva l'esistenza di questo rapporto, perché la nozione normativa della demanialità designa originariamente il patrimonio dello Stato e quando «successivamente i beni in uso pubblico e i beni demaniali cominciano ad essere considerati come aventi una medesima disciplina», la nozione originaria prevale e si verifica una «riduzione delle varie forme di 'proprietà pubblica' alla proprietà della persona pubblica». Ma «questa semplificazione è frutto dell'influenza di quel modo di pensare per il quale ogni fatto della vita associata viene ricondotto alla massima persona giuridica non riconoscendosi la validità della distinzione della comunità statale dalla persona-Stato» (p. 186).

Non a caso, per definire compiutamente il ruolo dello Stato quale organizzazione della collettività preposta alla cura dei beni pubblici (aspetto cui è dedicata l'ampia nota 83 del paragrafo), Cassese torna di nuovo ad analizzare criticamente la tesi di Guicciardi per la quale «i beni demaniali, prima che all'uso comune, sono destinati ad una funzione esclusiva dello Stato, sono goduti dallo Stato in quanto servono allo Stato»³⁸. Questa tesi appare «perfettamente congruente con la riduzione della proprietà collettiva in individuale» (p. 195), ma non tiene conto del fatto che «la proprietà collettiva non si esaurisce nella proprietà da parte di una collettività»,

³⁶ I riferimenti principali sono M.S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 226 ss. e L. PALADIN, *Il territorio degli enti autonomi*, *ivi*, 1961, 609 s., spec. 615, del quale viene citata l'osservazione per cui «l'elemento materiale indispensabile degli ordinamenti giuridici in genere, considerati sotto il profilo istituzionale, è il gruppo umano e non il territorio».

³⁷ Come sottolinea l'Autore, lo schema corretto per la ricostruzione di questo rapporto era già stato individuato alla fine dell'800 da G.P. CHIRONI, *Studi e questioni di diritto civile*, Torino, 1914, I, 435 s., II, 46 s., per il quale per i beni in proprietà collettiva «lo Stato ha solo il compito di regolarne l'uso e tutelarlo», ne ha cioè – aggiunge Cassese – «il governo» (p. 178), in quanto «è il rappresentante legittimo della universalità che direttamente, per sé, esercita il godimento della cosa».

³⁸ E. GUICCIARDI, *Il demanio* cit., 288 s.

potendo essere la gestione dei beni affidata all'organizzazione dell'ente rappresentativo della collettività quando sia «troppo complessa per essere svolta da un alto numero di comproprietari», e che quindi «la proprietà collettiva resiste anche al contatto con la persona giuridica e non viene assorbita da questa» (p. 194 s.)³⁹. Infatti, quando la sua organizzazione assume in carico la gestione dei beni, «la persona giuridica pubblica non riassume in sé tutte le situazioni giuridiche della collettività», ma «assume funzioni serventi nei confronti della collettività» (p. 196)⁴⁰.

7. Il superamento della teoria della proprietà pubblica e l'esigenza di continuare a riflettere sul ruolo dei poteri pubblici rispetto ai beni della collettività

All'inizio della propria analisi, Cassese osservava come «lo studio dei beni pubblici non possa prescindere dall'esame degli stessi rapporti tra pubblico e privato per controllare la forza di espansione di ognuno di questi momenti» (p. 8). La trattazione conclusiva della prima parte del volume rivela quanta importanza questa esigenza rivesta per una riflessione sulla teoria dei beni pubblici ispirata alla grammatica costituzionale.

Avendo costruito una teoria alternativa dei beni pubblici, l'Autore è in grado di sviluppare una critica della teoria della proprietà pubblica ancora più radicale di quella sopra riferita.

Il punto di partenza discende da quanto stabilito nell'analisi precedente: «il tratto pubblicistico più rilevante che caratterizza i beni dei pubblici poteri consiste nella esclusione della legittimazione dei privati a divenire proprietari di questi beni» (p. 257), ma «la proprietà non diviene pubblica per il solo fatto che i privati ne siano esclusi» (p. 258), tanto più che «non necessariamente i beni insuscettibili di proprietà privata hanno una disciplina proprietaria unitaria, giungendosi fino al punto che, in ordine ad alcuni di essi, si dà un mero uso e neppure proprietà successivamente alla riserva» (p. 259).

Invece, «la disciplina dei beni dei pubblici poteri – sotto il profilo 'interno' – non si discosta da quella dei privati» (p. 258), dato che «una

³⁹ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 210.

⁴⁰ Il riferimento è nuovamente S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 215 e a M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 53. Anche questo modo di intendere i rapporti tra l'organizzazione pubblica e la collettività trova conferma nella Costituzione, «che fa continui richiami a fini, funzioni, compiti sociali o pubblici che non si identificano con quelli statali», ma «che attengono alla società o ai gruppi che la compongono» (p. 196 s.).

serie di attributi che si ritengono propri della situazione giuridica e che quindi la fanno ritenere diversa da quella dei privati sono propri o del soggetto o del bene oggetto del diritto» (p. 260).

A rigor di termini, la domanda se la proprietà dei pubblici poteri sia uguale o diversa da quella privata non dovrebbe neppure porsi, dato che, come si è visto, per i beni riservati non è configurabile una proprietà individuale dell'ente pubblico, ma soltanto una proprietà collettiva (beni demaniali e indisponibili *ex lege*) o una mera regolazione degli usi (*res communes omnium*). Tuttavia, l'Autore prosegue nell'indagine, adottando provvisoriamente l'assioma della teoria avversaria per il quale i beni riservati sarebbero attribuiti in proprietà individuale all'ente pubblico, ma giungendo comunque alla conclusione che «la proprietà pubblica o dei pubblici poteri non si differenzia da quella di diritto privato» (p. 260)⁴¹.

L'elemento pubblicistico, in cui sembra si concentri la diversità della proprietà pubblica rispetto a quella privata, secondo la teoria criticata, è da individuarsi nel potere dell'ente pubblico proprietario di regolare l'uso della cosa, mediante atti di volontà che sembrerebbero porlo «in posizione diversa» rispetto a quella in cui si trova il proprietario di diritto comune. Tuttavia, sotto questo aspetto, «ciò che muta nei confronti dei beni privati non è il carattere del diritto di proprietà, ma la figura del soggetto» (p. 268), in quanto «la considerazione dei rapporti Stato-cittadino come diversi da quelli tra cittadini non attiene alla posizione dello Stato di proprietario, bensì alla funzione di governo» (p. 269). La teoria della proprietà pubblica, in quanto confonde i due piani, «appare vincolata a una concezione dei rapporti tra pubblico e privato che non sembra possa più accettarsi» (p. 270).

È a questo proposito che l'Autore introduce il bellissimo *excursus* sulle origini e la fortuna della teoria della proprietà pubblica in Germania e in Francia, del quale ci si deve limitare in questa sede a richiamare per sommi capi gli elementi essenziali per la comprensione del problema che qui si sta trattando come un problema di dislocazione del potere pubblico di regolazione degli usi dei beni pubblici⁴². Il carattere pubblico di questo potere è tradizionalmente scontato tanto in Germania quanto in Francia, solo che ha dato luogo a teorie antitetiche della demanialità. Mentre in Germania prevale la teoria della proprietà di diritto comune limitata da

⁴¹ La conclusione riferita nel testo è collocata dall'Autore in un ampio background di opinioni che ritengono la proprietà un istituto unitario di diritto comune: S. Romano, Resta, Nicolò, Zanobini, risalendo fino a Brugi e Scialoja (p. 261-268).

⁴² Si rinvia alla lettura del volume anche per gli sviluppi della dottrina tedesca e di quella francese successive a Mayer e a Hauriou (p. 271-286).

prerogative pubblicistiche esterne, in Francia l'esistenza di tali prerogative conduce a escludere in termini assoluti che i beni pubblici siano oggetto di una situazione proprietaria. La teoria della proprietà pubblica proposta da O. Mayer, prendendo spunto dall'impostazione francese, la combina con quella tedesca e afferma che le prerogative pubblicistiche non sono esterne, ma caratterizzano la struttura stessa della proprietà sui beni pubblici, la quale assume quindi carattere pubblico⁴³. Analogamente, Hauriou – in modo del tutto indipendente da O. Mayer – sostiene che sui beni pubblici insista un vero diritto di proprietà, ma modificato da elementi pubblicistici che lo rendono essenzialmente diverso dalla proprietà di diritto comune⁴⁴.

Il dato rilevante per Cassese è che l'idea della proprietà pubblica «è emersa negli anni della revisione delle linee portanti del diritto amministrativo (quella revisione che secondo alcuni ha costituito la nascita stessa del diritto amministrativo)» (p. 285) e le sue radici «sembra vadano rintracciate nello statalismo prevalente nella fase di declino dell'epoca liberale», com'è confermato dall'«importanza che ha per la teoria della proprietà pubblica l'affermarsi della idea dello Stato come persona» (p. 286).

Ecco dunque il punto. Occorre comprendere le ragioni profonde che sorreggono la teoria della proprietà pubblica e agire su di esse modificandone il senso sulla base della grammatica costituzionale.

Per far ciò, occorre assumere il punto di vista dei pubblici poteri (si comprende qui perché l'Autore abbia accettato provvisoriamente l'assioma della proprietà individuale dell'ente pubblico sui beni riservati, spostando in tal modo il punto di vista dalla collettività proprietaria allo Stato gestore del bene): «i beni per i pubblici poteri sono, in generale, strumento per lo svolgimento di attività. Le regole dell'attività tendono quindi ad assumere una funzione di guida della disciplina dei beni» (p. 286 s.), in quanto «la regola che la disciplina dei beni è funzionalizzata è istituzionalmente valida per i pubblici poteri» (p. 288). Tanto vale a maggior ragione per i beni pubblici, che «sono strumenti attraverso il cui indirizzo la pubblica amministrazione è in grado di realizzare la sua funzione» (p. 287). Da ciò «si comprende perché la proprietà dei pubblici poteri la si è voluta vedere finora come caratterizzata da una serie di tratti pubblicistici» (p. 288).

Tuttavia, «la circostanza per cui il regime dell'appartenenza dei beni ai pubblici poteri è sempre connesso a una funzione pubblica dei soggetti pubblici proprietari, non deve far dimenticare che l'uno e l'altro aspetto

⁴³ La principale formulazione della teoria è in O. MAYER, *Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums*, in *AöR*, 1907, Bd. 21, 502.

⁴⁴ Come osserva Cassese (p. 282), la teoria della proprietà pubblica era già delineata nella prima edizione di M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1892.

vanno studiati separatamente»: i «problemi dei diritti reali dei pubblici poteri» e «i problemi degli interessi che la pubblica amministrazione deve curare» devono essere tenuti distinti, perché «i primi riguardano rapporti con beni, i secondi rapporti con persone» (p. 289)⁴⁵.

La comprensione della ragione profonda della teoria della proprietà pubblica diviene così anche la giustificazione del suo superamento: «attratti dal fenomeno per il quale la disciplina dei beni segue quella dell'attività dei pubblici poteri, alla quale i beni servono, la dottrina ha quindi trattato insieme i problemi (privatistici) riguardanti il diritto sui beni con i problemi (pubblicistici) della funzione pubblica. In questa maniera sono state compiute ricostruzioni della proprietà pubblica tutte permeate di elementi pubblicistici», ma «non possono confondersi oggetti diversi della regolazione giuridica»: «demaniali e pubblici sono il soggetto e l'attività che esso svolge ma la demanialità è assolutamente indipendente da qualsiasi questione di proprietà» (p. 289)⁴⁶.

Questo superamento si inverte nella seconda parte del volume, dedicata all'«esame dei modi di tutela dei beni pubblici», nella quale si dimostra che «l'affermazione che la proprietà demaniale è pubblica perché dotata di autotutela è inesatta perché confonde i diritti di proprietà con quelli del soggetto» (p. 305). Come per la trattazione precedente, anche per questo aspetto Cassese procede prima alla costruzione della teoria e solo di conseguenza sviluppa la critica. La teoria in questo caso è quella dell'autotutela esecutiva, alla quale il volume che si presenta ha dato un contributo fondamentale e ancora oggi imprescindibile⁴⁷. In questa sede, tuttavia, ci si deve limitare a prendere in considerazione solo gli aspetti direttamente attinenti alla teoria dei beni pubblici.

Una volta constatato che l'autotutela è dalla legge prevista non solo

⁴⁵ Nel senso, già chiarito come si è visto in precedenza, che «oggi, i pubblici poteri sono preordinati al servizio di collettività e cioè di persone: ad esempio non sembra più rispondente a verità che il territorio (o altre cose) costituisce un elemento dello Stato mentre certamente lo sono i soggetti che compongono il popolo» (p. 288).

⁴⁶ In senso analogo, ricorda l'Autore, si erano già espressi in precedenza A. DE VALLES, *Demanialità e diritti reali* cit., 13 e 15-20: «la natura demaniale della funzione pubblica non è compenetrata nei diritti reali», e R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 904, spec. 915 s.: «la qualificazione pubblica non è che il riflesso della qualità del soggetto e della natura superindividuale dell'interesse protetto, ma non l'indice di un'essenziale diversità di struttura».

⁴⁷ In particolare, per quanto riguarda l'articolazione del procedimento di autotutela e il suo parallelismo rispetto alla tutela giurisdizionale, l'applicazione del principio di legalità e la riconduzione dell'esecutorietà a specifiche disposizioni di diritto positivo, i rapporti tra autotutela e provvedimenti sanzionatori.

per i beni sottoposti a riserva e in proprietà collettiva, ma anche per le cose comuni (che non sono in proprietà di alcuno) e per i beni di proprietà individuale dell'ente pubblico, si deve «concludere che l'ordine di attribuzioni dell'autotutela è del tutto indipendente dall'ordine di pertinenza dei beni» (p. 522)⁴⁸. L'autotutela è «un attributo o capacità strumentale che la pubblica amministrazione ha nello svolgimento della sua attività e non inserisce ai singoli diritti di cui essa diviene titolare», «non è elemento della struttura del diritto reale né di alcun altro diritto ma è una capacità del soggetto» (p. 524)⁴⁹.

Anche sotto il profilo della tutela emerge dunque che la teoria della proprietà pubblica «ha confuso più posizioni dell'ente pubblico (come proprietario, come gestore di beni collettivi, come ente dotato di eccezionale potere di autotutela) mettendole insieme là dove esse debbono essere distinte» (p. 525).

Nelle conclusioni alla prima parte, Cassese aveva individuato nella regolazione degli usi l'elemento pubblicistico principalmente responsabile della ideazione della teoria della proprietà pubblica e aveva chiarito che questo elemento non può essere ascritto alla struttura del diritto di proprietà dell'ente pubblico, ma alla sua funzione pubblica. Ora la considerazione viene completata osservando che «i mezzi di tutela amministrativa non costituiscono esercizio del diritto né sono in altro modo connessi col diritto di proprietà dell'ente pubblico ma sono legati alla determinazione degli usi dei beni, sia pubblici sia privati» (p. 527).

Infatti, la tutela amministrativa opera allo stesso modo, ad esempio, contro un edificio costruito sul demanio stradale così come contro un edificio realizzato su suolo privato in difformità dalle norme urbanistiche. Tra questi due casi sussiste un'essenziale analogia, che non riguarda però la proprietà pubblica del bene, bensì il fatto che «in ambedue i casi si è in presenza di un bene – suolo urbano privato, strada pubblica – le utilizzazioni del quale sono legislativamente disciplinate: proprietà-funzione. E

⁴⁸ Peraltro, «di autotutela la pubblica amministrazione non è fornita solo con riguardo ai beni: ciò basta ad escludere che essa costituisca un elemento caratterizzante del regime dei beni» (p. 525).

⁴⁹ «Non si può quindi affermare che l'autotutela è un elemento del regime pubblicistico che caratterizza la proprietà pubblica perché essa è una capacità del soggetto. Ancora una volta, come nel caso della riserva, si tratta quindi di chiarire il livello al quale operano le qualificazioni giuridiche» (p. 524). Il termine autotutela quindi «non può certo essere inteso come capacità di curare i propri interessi perché l'ente pubblico non è proprietario e non può assumersi (anche se lo si fa spesso) che cura *ogni* interesse della collettività. Bensì va inteso come capacità di curare interessi (propri o alieni, non importa) da sé e cioè non ricorrendo al giudice» (p. 525).

allora può dirsi che la tutela non ha tanto rapporto all'un termine quanto all'altro» (p. 527). La possibilità di autotutela, dunque, deriva dal fatto che il soggetto gestore dei beni per conto della collettività è anche un ente rappresentativo dotato di potere pubblico, ed è per questa stessa ragione che in tali casi l'esercizio dell'autotutela risulta doveroso (p. 528)⁵⁰.

Arrivati al termine della lettura si ha l'impressione che sul ruolo delle istituzioni rispetto ai beni pubblici sia stato acceso un faro nel cui cerchio di luce sia opportuno continuare a guardare, tanto più oggi che il mondo sembra così lontano dall'epoca in cui il volume fu scritto (basti pensare che si era all'indomani delle nazionalizzazioni dell'industria elettrica francese e italiana).

La teoria della proprietà pubblica dava per scontato un ruolo dello Stato su cui, invece, occorre ancora indagare. Il cerchio che stringe l'idea della riserva e il fine dell'accessibilità a tutti con il carattere collettivo della proprietà dei beni pubblici e il conseguente ruolo dell'ente pubblico di gestore dei beni per conto della collettività disegnano un campo di possibilità istituzionali che non è stato ancora sufficientemente esplorato. Questo compito risulta tanto più urgente di fronte della desolante realtà attuale, nella quale i poteri pubblici, da un lato, si mostrano incapaci di gestire i beni affidati alle loro cure, ma, dall'altro, fanno uso di elevatissimo arbitrio decisionale quando ne devono stabilire le sorti, incuranti del fatto che quei beni appartengono non a loro, bensì alla collettività quale componente significativa dei vincoli di solidarietà che la dovrebbero legare⁵¹.

⁵⁰ «Questo fenomeno si spiega con la circostanza che è unico l'ente cui sono attribuiti da una parte autotutela e dall'altra la gestione dei beni della collettività. Ciò che si verifica, quindi, per i beni di collettività primarie (nazione, comunisti) di rilievo pubblico in cui l'ente esponenziale svolge sia funzioni per la gestione di beni e interessi della collettività sia potestà cosiddetta di *imperium*» (p. 528).

⁵¹ Basti pensare alla vicenda delle concessioni demaniali marittime.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA

MONOGRAFIE DELL'ISTITUTO DI DIRITTO PUBBLICO DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

NUOVA SERIE

40

SABINO CASSESE

I BENI PUBBLICI

CIRCOLAZIONE E TUTELA



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE - 1969

PARTE PRIMA

*I BENI PUBBLICI
COME COSE NON SUSCETTIBILI
DI PROPRIETÀ PRIVATA*

I

INAPPROPRIABILITÀ DEI BENI PUBBLICI E RISERVA

1. L'approccio più corretto ai problemi della proprietà dei pubblici poteri è quello che prende le mosse dalla proprietà in generale. Si dice che, fra le « cose », possono formare oggetto di proprietà tutte quelle che possono formare oggetto di diritti, con l'eccezione dei beni demaniali: vi è « incompatibilità del rapporto di proprietà col rapporto demaniale »; vi è un « impedimento, concreto, contingente, che dura finchè dura il rapporto demaniale e cessa quando cessa il rapporto demaniale, divenendo allora il bene suscettibile di proprietà » (1). Si dice anche che il bene pubblico può non essere destinato a dare alcuna forma di utilità ai privati; quindi « non è suscettibile di alcun rapporto giuridico privato (quindi di utilizzazione nè diretta nè indiretta); ed allora esso sfuggirebbe totalmente al diritto privato » (2). Ricorrendo alla distinzione romanistica, si dicono queste cose « res extra commercium » (3): cose sottratte al commercio giuridico.

Con maggiore precisione, è stato detto che il regime amministrativo dei beni demaniali è vario a seconda delle varie categorie di beni e non si dà un regime amministrativo tipico, che possa assolvere la funzione di termine di riferimento e criterio valutativo della demanialità ma che « la costante che identifica codesto regime si rinviene nella extracommercialità... e cioè nella nota che definisce il

(1) D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, 1958, I, 721.

(2) L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, Milano, 1952, I, 241.

(3) L. BARASSI, *Diritti reali*, cit., 241 e 246.

regime privatistico... » dei beni demaniali (4). Si comincia già a notare che i tratti pubblicistici prevalenti dei beni pubblici non vanno ricercati tanto nel contenuto del diritto o nella natura (giuridica) dei beni ma nella disciplina che ne regola l'appropriazione. Importa vedere ora quale sia questo « impedimento » o in che cosa consista la « extracommercialità » che distingue la proprietà pubblica da quella privata. Lo scopo della presente ricerca è, infatti, di analizzare la nozione di proprietà pubblica, caratterizzata, secondo l'orientamento dominante, da due elementi: incommerciabilità dei beni e tutela amministrativa.

Ora, posto il problema da questo punto di vista, è ben chiaro che la risposta al quesito può essere data solo facendo ricorso alla Costituzione. Siamo infatti in presenza di un limite ad una situazione giuridica privata che ha una disciplina costituzionale. Solo esaminando le disposizioni costituzionali si potrà accertare in primo luogo la legittimità costituzionale dell'« impedimento » (e cioè se esso sia previsto nella carta costituzionale), in secondo luogo le qualità, le posizioni e le situazioni giuridiche che da questo discendono per i privati e per i pubblici poteri titolari di proprietà o regolatori dell'uso e in terzo luogo i beni per i quali può essere disposta riserva.

Naturalmente, dopo l'esame della disciplina pubblicistica della proprietà pubblica, gli stessi temi delle figure soggettive — e specialmente dei pubblici poteri e delle collettività — e dei beni debbono essere riesaminati sotto l'angolo visuale della disciplina di diritto comune. Ora sarà esposto il regime al quale la Costituzione sottopone determinati beni e le disposizioni della Costituzione che hanno ad oggetto le persone titolari di diritti o private della titolarità di diritti in ordine a quei beni.

Risulta chiaro da ciò che si è detto — e ancor più dalla dimostrazione che segue — che i beni dei pubblici poteri non possono essere studiati se non nell'ambito dell'esame della disciplina pubblicistica del sistema di appartenenza dei beni. È cioè dal regime della

(4) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà, La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 153.

proprietà in generale — e quindi in primo luogo dal regime costituzionale della proprietà — che bisogna partire. Procedere altrimenti vuol dire fornire una risposta monca ai principali problemi della proprietà pubblica: una risposta cioè che chiarisce sì i « rapporti » tra i pubblici poteri e i beni pubblici ma non quelli tra i pubblici poteri e i privati in ordine ai beni pubblici (5). La dottrina, seguendo questa seconda strada, ha infatti finora esaminato prevalentemente i problemi della posizione dei privati nei confronti dei beni pubblici in quanto li usino e non in quanto questi non sono da essi appropriabili. Non mancano, tuttavia, esempi di studiosi che — per meglio comprendere i sistemi di proprietà pubblica del passato, con riguardo specifico alla dottrina intermedia del « dominium quoad jurisdictionem », hanno sottolineato che — in quel sistema — faceva difetto il riconoscimento dei diritti pubblici soggettivi di libertà patrimoniale. Cioè mancava il riconoscimento, da parte dell'ordinamento, di fronte a se stesso, di un ambito di interessi di rilevanza esclusivamente privata e, conseguentemente, un interesse pubblico alla conservazione dell'interesse privato, se non di fronte agli altri privati. « Data questa situazione, non è affatto da escludere che il pubblico potere, nella propria potestà territoriale, possa essere titolare di un diritto vero e proprio sulle cose dei privati, diritto il quale non solo non esclude, ma anzi presuppone il diritto signoriale del privato » (6).

Osserviamo anche che il profilo che qui interessa — quello che attiene ai rapporti tra pubblica amministrazione e privati in ordine a beni e in particolare per ciò che attiene alla esclusione dei privati dalla titolarità di diritti sul bene — è stato posto in luce da quegli studiosi che hanno, in passato, tentato ricostruzioni del diritto am-

(5) E ciò è particolarmente importante per chi concepisce la proprietà come un rapporto di esclusione di terzi in ordine a certi beni, non riconoscendo che con un bene possa esservi rapporto giuridico. Sul tema del dovere negativo dei consociati, si veda in particolare, M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti di godimento su cosa altrui*, I, Milano, 1940, spec. 171 ss. che afferma che questo è un fenomeno che si presenta rispetto a tutti i diritti ed afferma che il vero significato dell'assolutezza sta nella inerenza del rapporto alla cosa.

(6) M. S. GIANNINI, *Attualità dogmatica e problematica di alcune concezioni della scienza giuridica intermedia*, « Arch. st. corp. », 1942, 491.

ministrativo ispirate alla pandettistica e alle impostazioni privatistiche. Il più eminente di tali studiosi definiva i beni pubblici come cose fuori commercio, cioè proprio per l'aspetto che riguarda l'appropriabilità loro da parte di privati. Se in sede di valutazione generale e in epoca diversa da quella attuale si poteva a ragione dire che la trasposizione di problematiche dalla pandettistica al diritto amministrativo lasciava fuori i problemi propri del diritto amministrativo (7), pure non si può disconoscere che, sotto il profilo dogmatico, l'approccio degli studiosi che si ispirarono alla pandettistica è stato tra i più corretti.

Non è questo il luogo per esaminare il ruolo avuto dagli studi di diritto amministrativo di ispirazione pandettistica e la loro attualità anche perchè non è chiaro ancora fino a qual punto il loro contributo si sia esteso al di là della sistematica (nel senso della individuazione dei temi e del loro ordine) del diritto amministrativo. E, tuttavia, non si può non rilevare il fatto che quel tipo di studi e di impostazioni sembrano riprender forza e attualità nella misura in cui o la pubblica amministrazione svolge funzioni « nuove » con strumenti tipici del diritto privato, o funzioni tradizionali della pubblica amministrazione vengono svolte da questa non in forme autoritative ma con mezzi già noti ai rapporti interpretati (basti pensare alla formazione di atti amministrativi con procedimenti di collaborazione con i privati destinatari dell'atto o agli esempi di determinazione del contenuto dell'atto in via di accordo con i privati). Sì che la pubblica amministrazione non si presenta come figura soggettiva regolata da un diritto « speciale », ma come figura soggettiva sottoposta a un diritto comune all'amministrazione stessa e ai privati. Per cui basta riprendere qui l'insegnamento (che sembra comune a questo nuovo indirizzo del diritto positivo e della dottrina e agli studi amministrativistici ispirati alla pandettistica) per cui non necessariamente

(7) M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, « Studi sassaresi », 1940, 79 e 72-74. Si veda anche, dello stesso autore, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, *passim* e *Diritto amministrativo*, « Enc. dir. ».

la pubblica amministrazione si presenta in ogni rapporto come dotata di autorità e quindi sottoposta a un diritto « speciale » o « privilegiato ».

Ma ritorniamo al tema della incommerciabilità dei beni demaniali e della loro insuscettibilità di proprietà privata. Abbiamo visto che da questo bisogna prendere le mosse perchè esso pone in luce il fatto che i tratti pubblicistici prevalenti dei beni pubblici vanno ricercati nella disciplina della loro appropriazione. Ora, prima di riprendere il discorso sulle garanzie della proprietà e della appropriabilità dei beni e sulla esclusione dalla appropriazione individuale dei beni pubblici, bisogna mettere in luce un altro aspetto di questa incompatibilità del rapporto di proprietà col rapporto demaniale o incommerciabilità. Se si esamina attentamente questa tesi — e si esclude la opinione estrema per cui i beni demaniali siano assolutamente incommerciabili, opinione estrema che non sembra trovi più sostenitori — si nota che essa è fondata sul presupposto della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico: « fuori di commercio non vuol dire, come talvolta si afferma, fuori dell'ordinamento giuridico giacchè le cose cui si dà tale qualifica stanno nell'ambito del diritto, sono però soggette ad un particolare regime giuridico... »; « la nota caratteristica o elemento di identificazione delle cose fuori commercio è fornito dalla generale inapplicabilità del diritto privato » (8). Cioè, alla tesi della incommerciabilità dei beni demaniali fa da presupposto l'assunto che l'ordinamento sia diviso in due sfere separate, l'una pubblica e l'altra privata; tra le quali la incommerciabilità ha la funzione di tagliare i ponti impedendo il passaggio di beni dal regime speciale a quello privatistico. E ciò vale anche in ordine ai soggetti, per cui, secondo alcuni, è ammessa la circolazione di beni demaniali tra soggetti pubblici ma non tra soggetti pubblici e soggetti privati. Aver reso esplicito fin dall'inizio il rilievo che la « summa divisio » gioca nella materia dei beni pubblici, è importante perchè non sembra indifferente ai fini della identificazione di quella nozione di

(8) B. BIONDI, *I beni*, Torino, 1956, 178.

« proprietà pubblica », che vedremo esser prevalente nella dottrina italiana, intesa non in senso descrittivo, nè in senso soggettivo e cioè come formula breve in luogo di proprietà di enti pubblici, ma nel senso di diritto reale dominicale avente struttura diversa dalla proprietà privata. Ora, se si mettono in connessione i due aspetti rilevati, quello della sottrazione al commercio giuridico privato — sottrazione intesa sia in senso soggettivo sia nel senso di inapplicabilità della normativa di diritto privato — e quello della distinzione tra regime di diritto privato e regime di diritto pubblico — da cui si fa discendere l'esistenza di una proprietà « pubblica » — incominciano a notarsi alcune delle linee lungo le quali deve svolgersi una indagine che voglia riesaminare i problemi della proprietà di beni pubblici: regime dell'appropriazione dei beni; suo carattere interno o esterno alla proprietà; accettabilità o meno della nozione di proprietà pubblica come avente struttura diversa da quella privata. E si comprende perchè lo studio dei beni pubblici non possa prescindere dall'esame degli stessi rapporti tra pubblico e privato, per controllare la forza di espansione di ognuno di questi momenti. Ciò d'altra parte non deve apparire strano se è vero ciò che da più parti viene da qualche tempo rilevato, e cioè che la distinzione tra pubblico e privato va considerata storicamente variabile, in dipendenza del variare del diritto positivo, sì che oggi vi sono materie in ordine alle quali il legislatore ha dettato una disciplina di diritto comune, in relazione alla quale, quindi, la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato addirittura non assume rilievo. Nè bisogna dimenticare che lo stesso nuovo orientamento di una parte della dottrina può non rimanere senza effetto ai fini della interpretazione di disposizioni normative tradizionalmente esaminate in chiave pubblicistica.

2. Occorre preliminarmente dimostrare che ci si trova in presenza di un campo in cui vi sia una qualità soggettiva garantita costituzionalmente. Se dimostreremo che vi è una garanzia costituzionale della « proprietà » è evidente che sarà necessario cercare di rintracciare in una fonte pari a quella che ha posto la garanzia — e

cioè nella stessa Costituzione (1) — lo strumento che permette di

(1) Le norme del codice, sulle quali prevalentemente si è fermata la dottrina nello studio dei beni pubblici, non esauriscono la disciplina dei beni dei pubblici poteri anche perchè esse trovano un completamento in norme costituzionali. E non potrebbe essere altrimenti, se solo si pensa che già talune norme del codice escludono i privati dalla titolarità di diritti su beni: è evidente che una norma di questo tipo incide su diritti costituzionalmente garantiti. È alla Costituzione che ci si deve dunque rifare per avere un quadro completo della disciplina dei beni dei pubblici poteri; anzi, è in questa fonte che si possono rintracciare le disposizioni che maggiormente incidono sull'aspetto pubblicistico delle situazioni giuridiche dei pubblici poteri su beni.

Occorre ricordare che — secondo un'autorevole opinione — il codice non definendo nè descrivendo si è rimesso all'elaborazione della dottrina (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 2): « 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... Se però dalle norme passiamo alla dottrina, ci avvediamo che sui beni e sui diritti reali esiste un corpo di tradizione dottrinale che si presenta dotato di una solida consistenza... Esso è stato in grado di aver elaborato delle regole, diciamo anzi delle proposizioni normative che la giurisprudenza dei nostri giudici accoglie e applica... » (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 3-4). Lo stesso autore, aveva detto, numerosi anni prima: « ... sembra opportuno che il nuovo codice abbandoni ogni formulazione dottrinale, rinunzi a stabilire un concetto astratto di demanio, e la natura dei diritti cui esso dà luogo, lasciando tutto ciò alla dottrina », ritenendo preferibile considerare demaniali solo quelle cose per le quali esplicitamente la legge disponga (M. S. GIANNINI, *Parere sul progetto del II libro del cod. civ., delle cose di proprietà pubblica*, « Studi sass. », 1940, II-III, 227).

È indubbio che, nel campo dei beni dei pubblici poteri, ragioni storico-giuridiche hanno in passato prodotto una normazione giurisprudenziale e dottrinale di notevole dimensione. Ma, oggi, in presenza di un codice che indulge nelle « definizioni », di una normazione disordinata, incongruente, di epoche diverse, ma ampia e di alcuni chiari principi costituzionali, sembra sia necessario, innanzitutto, dare alle disposizioni del codice — che finora hanno rappresentato le « teste di capitolo » della materia — il posto limitato che ad esse spetta e poi tentare una interpretazione complessiva della legislazione di specie alla luce dei principi del dettato costituzionale. Questo orientamento, d'altra parte, sembra anche rispondere all'esigenza che l'opera interpretativa del giurista positivo o i giudizi dei magistrati non si trasformino in attività di normazione o quantomeno che la « normazione giurisprudenziale » sia tenuta in limiti ristretti. Bisogna aggiungere che forse non è perfettamente vero che vi è un « quasi completo silenzio normativo » e vi sono « disposizioni... povere » nel codice civile e nella Costituzione. In realtà, l'osservazione è valida per il codice civile ma non per la Costituzione, come si cercherà di spiegare nelle pagine che seguono. E non sembra valida per la normazione di specie. Non si dica, naturalmente, che quest'ultima non contiene definizioni della proprietà

porre un limite — evidentemente non generale — alla qualità giu-

o del bene pubblico poichè è la dottrina che deve darne, dopo aver costruito sintesi valide per ognuna delle specie di beni pubblici.

Il problema della individuazione delle disposizioni normative che disciplinano i beni dei pubblici poteri va risolto cercando le norme sui beni dei pubblici poteri, oltre che nella Costituzione, nel codice e in altri atti normativi. Ma non bisogna dimenticare che il nostro ordinamento accoglie una classificazione delle fonti formale e non sostanziale. Non bisogna allora farsi trarre in inganno dal carattere generale di talune disposizioni del codice e dalla « completezza » delle sue elencazioni: ben raro è che il codice esaurisca la disciplina di determinati fenomeni: la sua disciplina non è generale e le sue elencazioni non sono complete. La mancanza di una vigile coscienza del posto che il codice occupa tra le fonti ha condotto spesso a ritenerlo una sorta di superlegge, di « costituzione » dei rapporti interpretati. Forse questa idea aveva ancora qualche fondamento quando — prima della vigente Costituzione — vi era incompletezza o carenza o contraddittorietà nelle norme costituzionali. Non può certo più averlo oggi, quando — sia pure con qualche eccezione — il sistema delle fonti ha trovato consacrazione legislativa.

Si badi che queste considerazioni sul posto del codice tra le fonti e in particolare sui rapporti tra codice e Costituzione stentano a farsi strada per motivi precisi. Prima di indicarli, precisiamo che è certamente superata la fase storica in cui esistevano due serie di norme: quelle « sanzionate dall'autorità, spesso veneranda, dei codici » e quelle della « legislazione speciale, spesso con un'impronta amministrativa » (T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione, Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 181); fase nella quale l'opera dell'interprete era quella di ridurre le seconde entro le prime.

È diffusa la convinzione degli studiosi di diritto privato che il codice, anche se non può più essere « un corpus, il più completo possibile, di norme precise e analitiche per tutti gli istituti della vita giuridica, ispirate al rigoroso tecnicismo degli iniziati » debba comunque essere « un tessuto di principi, sui filoni fondamentali della esperienza giuridica ». Così « se il codice rinuncia alla pretesa di definire e regolare tutto, con disposizioni troppo precise e analitiche, se esso tende ad essere un'articolazione di principi e di regole di ampio respiro, su cui la dottrina e la giurisprudenza possono lavorare con un apprezzabile margine di libertà, sì da attuare in concreto quella che a molti sembra debba essere la funzione creativa dell'interpretazione, la stabilità di un codice è in definitiva assicurata... » (R. NICOLÒ, *Codice Civile*, « Enc. dir. », 241 e 243; per una definizione di codice, T. ASCARELLI, *L'idea di codice*, cit., 172).

Ora, quest'idea del codice come un tessuto di principi aveva una ragion d'essere nell'epoca liberale, in presenza di « Costituzioni brevi », cioè di carte costituzionali che si limitavano a regolare la struttura essenziale del potere statale e i rapporti fondamentali tra Stato e cittadini. In tale periodo, era quindi pensabile che il codice contenesse la « costituzione » dei privati e la carta costituzionale la « costituzione » dei pubblici poteri. Ora tutto questo non è pensabile. Dopo un periodo nel quale il « contenuto sociale » delle carte costitu-

ridica protetta da questa garanzia. Si tratta di stabilire che cosa la

zionali era solo negativo (nel senso che in esse mancava una regolazione di ogni altro aspetto della vita associata al di fuori della garanzia del diritto di proprietà), oggi, le Costituzioni — e in primo luogo quella italiana — hanno un esteso « contenuto sociale positivo » (V. CRISAFULLI, *Costituzione e protezione sociale, La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 115 ss.). Gli studiosi di diritto privato più avveduti ricercano infatti nelle norme costituzionali il fondamento positivo degli istituti del diritto privato: ad esempio, S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1960, 1252 ss. e *Proprietà (dir. vig.)*, « Noviss. D. I. », 19-20 dell'estr. In altre parole, è la Costituzione che contiene quel tessuto di principi che si vuole ancora cercare nel codice civile. E infatti è stato detto che le norme costituzionali « costituiscono oggi l'ultima trincea dietro la quale si difende il diritto civile » (R. NICOLÒ, in *Atti del convegno sui problemi giuridici della legislazione urbanistica*, Milano, 1964, 170).

A quanto si è detto si potrebbe obiettare che la Costituzione — e in particolare modo quelle pattizie o convenzionali (M. S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, « Riv. giur. lav. », I, 1949, 9) — non contiene altro che guarentigie di diritti che trovano il loro fondamento altrove — ad esempio nei codici. Neanche questa critica sembra valida poichè fondata su una concezione esclusivamente garantistica della costituzione. La carta costituzionale non si limita a tutelare e a proteggere ciò che c'è già (non solo nel senso che il codice civile è di data anteriore alla carta costituzionale): essa *crea* qualità, posizioni e situazioni giuridiche, oltre ad assicurarne la tutela.

Si badi che, per altro verso, l'opinione che la disciplina del codice non detti le regole generali della disciplina nè esaurisca la disciplina di molti fenomeni giuridici è stata più volte avanzata da autorevoli civilisti quando è stato affermato che il codice si accontenta spesso di determinare dei concetti invece che dettare una disciplina. Si è infatti detto che le « definizioni legali » non danno vita a vere e proprie norme giuridiche ma solo a « norme improprie », perchè o sono incompiute e imprecise sintesi verbali che male riproducono il profilo concettuale degli istituti o sono delle abbreviazioni convenzionali, che servono ad evitare l'uso di perifrasi o circonlocuzioni o la ripetizione di note accessorie che possono raccogliersi in espressioni più concise; o — tutt'al più — contengono un frammento di una norma giuridica (S. PUGLIATTI, *La definizione della proprietà nel nuovo codice civile, La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 124, 126-127. Si veda anche, dello stesso autore, *La logica e i concetti giuridici, Diritto civile*, Milano, 1951, 678 ss. e *La proprietà e le proprietà*, nel vol. sopra citato, 173).

E, ancora, è stato criticato l'atteggiamento della « tradizione civilistica che a volte si pone, e allora non senza sussiego, come esponente di una logica giuridica nei confronti delle deviazioni che, ispirate a una diabolica economia, si ritroverebbero nei diritti speciali » (T. ASCARELLI, *Per uno studio della realtà giuridica effettuale, Problemi giuridici*, II, Milano, 1959, 407; dello stesso autore, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1955, 89-100 (dove sono anche accenni alla funzione della dottrina)). D'altra parte, negli stessi anni in cui

Costituzione garantisce direttamente e che cosa lascia alla disciplina legislativa.

entrava in vigore il nuovo codice, si diceva: « il compito più delicato ed urgente dell'interprete è quello di delimitare con precisione, per rendere possibile l'applicazione del codice, l'influenza che su di esso esercita... la legislazione che si può designare " corporativa " in lato senso » (S. PUGLIATTI, *L'ordinamento corporativo e il codice civile*, « Riv. dir. comm. », 1942, I, 374).

Si badi che alcuni studiosi sono andati ben oltre la considerazione della necessità di tener conto della legislazione « speciale » per la ricostruzione degli istituti: si è infatti detto che non basta lo studio del *corpus juris* costituito; occorre ampliare lo sguardo dalle norme legali alla realtà (T. ASCARELLI, *Il codice civile e la sua vigenza*, « Riv. dir. comm. », 1953, I, 181-182 e gli scritti dello stesso autore già citati).

Non si può terminare senza ricordare che le stesse espressioni del codice suggeriscono la necessità della penetrazione continua e reciproca tra codice e altre norme. Le espressioni: « e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia » (822); « gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico » (822); « se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano » (823); « le foreste che a norma delle leggi in materia » (826); « e gli altri beni destinati a un pubblico servizio » (826); « sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del presente codice » (828); « non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano » (828); « salve le disposizioni delle leggi speciali » (830); mostrano che la disciplina dei beni non si esaurisce nel codice; anzi alcune espressioni del codice sono quelle tipiche che mostrano l'ignoranza della materia da parte del legislatore (« e gli altri beni che sono dalla legge... »). Infatti, è stato osservato che « il regime giuridico al quale il nostro ordinamento sottopone i beni demaniali non è disciplinato dal codice civile... per la ragione che nel codice il demanio è incluso per i suoi riflessi privatistici e negativi, non già per tutto quanto possa riguardare la condizione giuridica della proprietà pubblica » (R. RESTA, *Beni pubblici*, Commentario Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1960, 89: la prima edizione del commento del Resta è del 1946; lo stesso testo è pubblicato, con lievi modificazioni, come volume separato dal titolo *I beni pubblici*, Bari, 1949, pp. 96): basti ricordare che la norma sull'esenzione dei beni demaniali dalle imposte è contenuta nell'art. 10 della legge 14 luglio 1864 n. 1831, richiamata dall'art. 18 t.u. 8 ott. 1931, n. 1572.

D'altra parte, dopo che la Costituzione ha previsto l'attribuzione di un « proprio demanio » alla regione (art. 119), la stessa parte prima dell'art. 822 « appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico... » va interpretata coordinandola con la norma costituzionale. Si può pensare che ciò non sia vero e che invece per i beni demaniali delle regioni si debba far capo all'art. 824: « i beni della specie di quelli indicati dal secondo comma dell'art. 822, se appartengono alle provincie o ai comuni, sono soggetti al regime del demanio pubblico ». Questa ultima interpretazione escluderebbe però che alla regione possano pertenerne i beni del primo comma. E questo è quanto

A) A questo proposito, vi è, innanzitutto, un'opinione estre-

meno dubbio poichè tra le materie oggetto di competenza legislativa regionale ripartita o concorrente sono certamente incluse alcune (ad esempio porti lacuali) che potrebbero difficilmente esplicarsi se certi beni (quelli elencati nel primo comma dell'art. 822, ad esempio, porti) rimanessero nel demanio statale (G. FALZONE, *Il patrimonio regionale*, Milano, 1951, 68 ss. fornisce alcune precisazioni. In generale, S. CASSESE, *Il finanziamento delle regioni*, « Riv. trim. Dir. Pubbl. », 1963, 334).

Infine, che tra codice e leggi « speciali » non corra una linea di demarcazione netta, è provato, storicamente, dall'introduzione nel capo della proprietà fondiaria del codice civile dei principi generali relativi a materie tradizionalmente comprese in leggi speciali (bonifica integrale, ricomposizione fondiaria) (C. MAIORCA, *La proprietà nel nuovo codice civile*, « Stato e dir. », 1942, 263).

Lo stesso « corpus » del codice non regge di fronte agli assalti della legislazione « speciale »: questa trova la propria cittadinanza nel codice. Ora, è chiaro che l'introduzione di disposizioni di principio relative a materie tradizionalmente comprese in leggi speciali nel codice tende a far ridiventare quest'ultimo norma « generale » esauriente la disciplina legislativa su ogni materia. E questo potrebbe sembrare in contrasto con quanto ripetutamente si è detto per mettere in guardia dal considerare il codice come la « costituzione » dei rapporti interprivati. Ma così non è. In primo luogo, l'assimilazione nel codice di leggi « speciali » può avvenire solo per poche materie: sono tante le leggi « speciali », che la loro immissione nel codice snaturerebbe quest'ultimo. In secondo luogo, sono forti le opposizioni, come si è visto, ai codici che pretendono di definire e regolare tutto. Ma, principalmente, la possibilità che leggi « speciali » entrino nel codice dimostra che tra l'uno e le altre non vi è alcuna differenza qualitativa tale da fare ritenere l'uno generale e le altre « speciali » (T. ASCARELLI, *L'idea di codice*, cit., 181; si vedano gli scritti di F. VASSALLI, ora in *Studi giuridici*, Milano, 1960, II, 316; III-2, 608).

Un ultimo argomento, infine, a dimostrazione della tesi che codice e legislazione « speciale » non sono corpi tra loro estranei. Come è noto, la codificazione del 1942 ha classificato tra i beni demaniali molti beni che — in base alle leggi « speciali » preesistenti — erano posti nella categoria del patrimonio indisponibile. Ora, il codice modificò la denominazione lasciando però ferme le leggi che disciplinavano i singoli beni. Si sarebbe dovuto dire che i beni erano assoggettati ad una disciplina concreta non corrispondente alla qualificazione astratta del codice? Invece, in realtà nella disciplina « speciale » erano già riscontrabili elementi tali da far considerare questi beni come demaniali o per lo meno sottoposti a un regime « assai simile a quello del demanio pubblico » (E. GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, « Scritti per la Cedam », II, Padova, 1953, 524 ss.).

Viene così in luce la storicità delle formulazioni del codice che, lungi dall'essere separate da quelle della legislazione « speciale », ne rappresentano la continuazione. Sembra quindi errato l'atteggiamento del giurista che « nutre una certa indifferenza, per non dire un malcelato disprezzo, per le leggi spe-

ma (2), per la quale la Costituzione pone sotto la sua protezione sia la proprietà privata come istituto sia — ciò che più interessa qui — i concreti diritti di proprietà, già formati o che si formeranno successivamente alla Costituzione stessa. Questa protegge « *le* proprietà, i concreti diritti, presenti e futuri, dei privati sui beni economici » (3).

Ora, non sembra che la Costituzione garantisca, al di sopra delle

ciali... » (come ha detto A. MIGNOLI, *Società e giurisprudenza*, « Riv. soc. », 1964, 517).

Dalle considerazioni che precedono si trae la convinzione che l'attuale assetto giuridico impone indagini giuridiche per così dire aperte. Venuto a mancare l'elemento della tradizione dottrinale — « l'autorità della dottrina » — e quello della certezza delle definizioni del codice — la legge « generale » —, la prima per l'affermarsi del principio della normazione scritta sulle norme che nega funzione creativa di disposizioni normative alla dottrina, la seconda a cagione dell'allargarsi (che ne deriva) della legislazione « speciale », un termine di riferimento certo è offerto dalla sola Costituzione: ogni volta che si riassume la legislazione ordinaria positiva non si potrà non tener conto della sua caducità che impedisce di tirare *summae divisiones*: si pensi al dogma, caduto, della natura immobiliare dei beni demaniali per avere un esempio dei punti sui quali conviene che le moderne indagini giuridiche rimangano aperte.

Sui rapporti codice-leggi speciali, si veda ancora B. BRUGI, « Riv. dir. agr. », 1923; A. ASQUINI, *Codice di commercio, codice dei commercianti e codice unico di diritto privato*, « Riv. dir. comm. », 1927, I, 507; RICCOBONO, « Riv. dir. agr. », 1932, 141; D'AMELIO, AZARA, RANELLETTI, *Principi fondamentali della riforma del codice civile*, Milano, 1938 (che non ho potuto consultare) nonché T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, II ed., Milano, 1955, 89-100 e M. GIORGIANNI, *Sulla riforma della legislazione civile*, « Temi romana », 1966, genn.-aprile, 3-18 ma principalmente B. BRUGI, *Della proprietà*, I, Napoli-Torino, 1923, 7-8, 110, 122 n. 2, 160 e 163, dove afferma non doversi avere entusiastica fede nel codice ed esservi una molteplicità di leggi, tra cui il codice.

Sul problema generale dei rapporti tra costituzioni e proprietà, G. CHIARELLI, *Il fondamento pubblicistico della proprietà, La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, 143-159 dove afferma che il regime giuridico dei beni rientra nella configurazione costituzionale degli Stati (147).

(2) M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 197-198, 204 e 210 (per questo autore, però, la funzione sociale si riferisce solo alla proprietà-istituto). Dello stesso autore, *Iniziativa economica privata, proprietà privata e diritto del lavoro*, « Giur. cost. », 1958, 1215. Va citata fin da ora l'esposizione della recente letteratura italiana in tema di disciplina costituzionale della proprietà privata del M. PACELLI, *La pianificazione urbanistica nella Costituzione*, Milano, 1966, 21 ss.

(3) M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 199 (sulla base, però, degli articoli 43, 44, 45, 47, 41 ed affermando che tale garanzia è « implicita » nell'art. 42).

leggi, le situazioni concrete dei proprietari (4). Con questo si ammetterebbe che la Costituzione mira a proteggere categorie di persone e a proteggerle proprio in quanto in posizione di privilegio rispetto ad altre.

Una interpretazione di questo tipo poteva essere valida per le Costituzioni successive alla rivoluzione francese e per lo Statuto albertino ma non lo è più per la Costituzione repubblicana (e, in generale, per le Costituzioni contemporanee) che — al contrario — contiene norme dirette a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro qualità di proprietari, imprenditori, etc.

Si noti inoltre che ritenere la garanzia costituzionale rivolta alle singole proprietà attuali e, insieme, a quelle future è contraddittorio: le attuali proprietà, proprio perchè protette, potrebbero non mutare di mano e la protezione dei proprietari futuri divenire inutile affermazione di principio. La protezione dei proprietari futuri, in altre parole, importa, sotto il profilo dinamico, una redistribuzione dei beni e l'affermazione del principio che tutti i cittadini sono liberi di appropriarsi dei beni. È questo, piuttosto che il primo, il profilo sotto il quale la Costituzione regola la proprietà: non interessa tanto la protezione dei diritti degli attuali proprietari quanto la possibilità — offerta a tutti i cittadini — di divenire in futuro proprietari. La Costituzione fa in più parti cenno — come vedremo — alla redistribuzione delle attuali proprietà mirando ad assicurare l'accesso alla proprietà e all'uso di beni da parte di nuovi soggetti non proprietari.

Infine, non è vero che la Costituzione garantisca direttamente le situazioni concrete dei proprietari per un ultimo motivo. Infatti, se si ammettesse ciò, bisognerebbe poi affermare che la prima parte dell'art. 42 è in contraddizione con la parte che prevede che per fini di utilità generale beni privati possono essere sottoposti ad espropriazione. E quindi bisognerebbe dire che lo stesso articolo una volta protegge gli attuali proprietari e un'altra prevede che essi possano

(4) C. ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, « Riv. dir. agr. », 1949, 158.

essere privati dei loro beni. Nè si può tentare di risolvere questa contraddizione affermando che la espropriazione è concepita come una eccezione alla garanzia degli « attuali » proprietari e proprio per questo motivo circondata di garanzie (fini di utilità generale, riserva di legge, indennizzo). Tali garanzie sono infatti predisposte per un altro motivo, che non attiene tanto al contenuto della situazione soggettiva che viene colpita quanto al modo in cui questa viene colpita: perchè la espropriazione costituisce una rottura del principio di eguale trattamento, un « Verstoss gegen Gleichheitsatz » (5).

B) Vi è poi un numero rilevante di autori che ritiene che la Costituzione protegge non le singole proprietà, ma l'istituto della proprietà. Tra questi si distinguono coloro che ritengono che l'istituto è garantito nel suo attuale contenuto (o in un « contenuto minimo ») e nella sua attuale estensione da coloro che ritengono che è garantito l'istituto ma non il suo contenuto nè la quota di proprietà privata nei confronti di quella pubblica.

a) Per i primi la legislazione ordinaria non può sopprimere l'istituto della proprietà privata o fissare a questa restrizioni tali da snaturarne i caratteri essenziali per la generalità dei beni (6). Garanzia dell'istituto significa garanzia costituzionale della intangibilità della proprietà privata oltre determinati limiti qualitativi e quantitativi: garanzia, quindi, della sostanza della proprietà privata e della sua posizione di prevalenza nell'ordinamento (7).

(5) L'espressione è di H. KRÖNER, *Die Eigentums garantie*, cit. più avanti, 17; sull'indennizzo come legato a « ungleichen Einzeleingriffe » C. SCHMITT, *Die Auflösung*, cit. più avanti, 118; nello stesso senso, tra gli altri, R. REINHARDT-U. SCHEUNER, op. cit. più avanti, 71 ss. Di recente, in generale, W. SCHAUMANN, *Gleichheit und Gesetzmässigkeitsprinzip*, « Juristenzeitung », 1966, 22, spec. 724 ss. e bibl. ulteriore ivi citata. Ma si vedano però le osservazioni di G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, 1963, 184 ss. e la parte di questa indagine dedicata alla riserva di categoria di beni e ai rapporti tra espropriazione e indennizzo.

(6) A. M. SANDULLI, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1961, 824-825.

(7) G. D'ANGELO, *Limitazioni autoritative della facoltà di edificare e diritto all'indennizzo*, Napoli, 1963, 21, 72-73; già precedentemente, F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, « Iustitia », 1953, 172 ss. e in

Per capire come si è formata questa interpretazione, bisogna, prima di vedere se essa è ammissibile secondo la vigente Costituzione italiana, aprire una parentesi ed illustrare le sue origini nella dottrina tedesca e la sua ammissibilità secondo la Costituzione di Bonn. La nozione stessa di garanzia costituzionale di un « istituto » può farsi risalire a C. Schmitt (8), che la formulò per la prima volta nel 1928. Il riconoscimento della proprietà come istituto — egli scriveva — significa che qui c'è qualcosa di diverso dalla garanzia della libertà personale che non è un istituto: la proprietà è non solo « etwas vorstaatliches » ma anche una « blosse gesetzliche Einrichtung ». La garanzia di un istituto — egli scriveva — ha una « Universalität des Wirkungskreises ». In verità, lo Schmitt, parlando per la prima volta

Atti del III congresso nazionale di diritto agrario, Milano, 1954. Va poi menzionato lo scritto di F. BARTOLOMEI, *L'espropriazione nel diritto pubblico, parte generale*, I, Milano, 1965; questo autore ritiene la garanzia della proprietà « complementare ed aggiuntiva alla garanzia della libertà dell'individuo in quanto tale » (212) e afferma che « il fondamento economico dell'individuo... si presenta indissolubilmente legato tanto al riconoscimento della libertà d'iniziativa economica, quanto alla libertà della proprietà in senso lato » (225); che vi è « correlazione » tra libertà e proprietà (248-257); argomentando dall'art. 2 e dall'art. 42, che vi è « equivalenza » tra libertà e proprietà (304); che almeno per la proprietà personale si deve ammettere l'inviolabilità (328-329); che nella Costituzione vi è la garanzia di un istituto giuridico (349). Ma egli stesso afferma anche che « l'evoluzione (normativa) dell'ordinamento positivo è evidente: dalla proprietà (privata) inviolabile si passa alla proprietà privata riconosciuta e garantita dalla legge » (15); riconosce che mentre in taluni casi la Costituzione afferma la inviolabilità di taluni diritti fondamentali (articoli 13 e 14, ad esempio), ciò non accade per la proprietà (269); tien conto del variare, nella lettera della Costituzione, del termine di riferimento soggettivo: in taluni casi è la « Repubblica » che garantisce, in altri, la « legge » (273).

Per una corretta impostazione storica del problema del superamento della dichiarazione di inviolabilità della proprietà privata, S. RODÒ, *Proprietà (diritto vigente)*, « Noviss. D.I. », 20-21 dell'estr. e C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1967, 886. Per l'affermazione che la proprietà non è un diritto dell'uomo, nè un diritto naturale nè è sacra e inviolabile, bensì ha natura storica e relativa, di recente, U. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1965, 2 ss.

(8) Anche se egli stesso afferma che un primo riconoscimento dell'esistenza di una garanzia dell'istituto della proprietà può farsi risalire a M. WOLFF, *Reichsverfassung und Eigentum*, « Festgabe Kahl », Berlin, 1923, 5, che scriveva qualche anno prima dello stesso Schmitt.

di garanzia dell'istituto, voleva forse fare più un riferimento di natura sostanziale che individuare un modo (formale) di disciplina costituzionale. E, infatti, egli affermava che l'art. 153 della Costituzione di Weimar conteneva una garanzia dell'istituto della proprietà « als Anerkennung eines Prinzips gemeint, weil es keinen bürgerlichen Rechtsstaat ohne Privateigentum geben kann und die Weimarer Verfassung eine bürgerlich-rechtstaatliche Verfassung sein will... » (9). Successivamente, lo stesso autore tornava sul tema per distinguere tra « institutioneller (öffentlich-rechtlicher) und (bloss privatrechtlicher) Instituts-garantie » aventi ad oggetto, la prima, istituti di diritto pubblico e, la seconda, istituti di diritto privato; e precisava esser la seconda — che è quella che a noi qui interessa — una « verfassungsrechtliche Gewährleistung von Rechtsinstituten im Sinne von typischen, traditionell gestehenden Normenkomplex und Rechtsbeziehungen » di diritto privato (10).

Ma quello che più importa qui è che, nel 1931, lo Schmitt ritornava sul tema specifico della garanzia costituzionale dell'istituto della proprietà per manifestare qualche dubbio ed asserire che l'affermazione della esistenza di una garanzia costituzionale della proprietà lascia più questioni aperte. Egli si chiedeva, innanzitutto, se dovesse intendersi garantito l'istituto della proprietà nel senso individualistico o nella sua funzione sociale; e aggiungeva che forse si poteva obiettare che la funzione sociale non fa parte della proprietà, ma che la questione non si poteva dare per risolta senza dimostrazione perchè comportava il riconoscimento della esistenza di limiti per il legislatore nella disciplina della proprietà. In secondo luogo, egli escludeva che l'affermazione che la proprietà è garantita come istituto signifi-

(9) C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, 1928, 171 e 172; dello stesso autore, si veda, *Die Auflösung des Enteignungsbegriff* (1929), ora in *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus dem Jahren 1924-1954*, Berlin, 1958, 110-124, spec. 118.

(10) C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), ora in *Verfassungsrechtliche*, cit., 215-216 e *Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, Handbuch des deutschen Staatsrechts*, II, Tübingen, 1932, 595 n. 82 e 595-596.

casche che la proprietà è così garantita nella sua estensione. Infatti, « das Rechtsinstitut "Eigentum" besteht auch dann als Institut unangetastet, wenn nur noch bewegliche Sachen eigentumsfähig sind », sì che « die Bedeutung des Institutsgarantie des Privateigentums sei als solche äusserst gering; sie könnte auch vom extremsten Kommunismus akzeptiert werden ». In terzo luogo, lo Schmitt negava che potesse affermarsi che non solo la proprietà, ma anche tutti i diritti patrimoniali sono oggetto di garanzia come istituto (e che quindi ci fosse espropriazione e indennizzo anche di « Vermögensrechte ») per il semplice fatto che la « Gesamtheit aller Vermögensrechte ist kein Rechtsinstitut » (11).

Ciò che sembra estremamente significativo è la circostanza che lo stesso autore della formula « garanzia costituzionale dell'istituto » esprimesse dei dubbi o addirittura escludesse la sua applicabilità alla proprietà; meglio ancora, che lo Schmitt precisasse che la garanzia della proprietà come istituto non poteva essere utilizzata nè per fissare un limite quantitativo di beni in mano privata in via necessaria e non derogabile dal legislatore; nè per fissare un limite qualitativo di facoltà che formino il contenuto necessario, non limitabile ad opera del legislatore, della proprietà. A noi, qui, non interessa l'ultimo aspetto, che attiene all'ambito dei beni e dei diritti ai quali si riferisce la garanzia della proprietà, che riguarda piuttosto la determinazione dei confini della nozione di espropriazione e dell'applicabilità del principio di (necessario) indennizzo.

Ora però, c'è da spiegarsi il fatto che la formula sulla quale lo stesso Schmitt esprimeva perplessità e critiche, se riferita alla proprietà, abbia avuto fortuna nella dottrina tedesca contemporanea e sia ritenuta riassuntiva di un principio costituzionale vigente in Germania. In questo paese, infatti, è affermazione nettamente dominante che la proprietà sia garantita sia come « Rechtsstellung » sia come « Institut »; che la garanzia dell'istituto sia un completamento di quella della situazione e che vincoli il legislatore (nonchè che la garanzia del-

(11) C. SCHMITT, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung* (1931), ora in *Verfassungsrechtliche*, cit., 160-166.

l'istituto abbia ad oggetto non solo la proprietà ma tutti i « Vermögensrechte ») (12). Ora, però, a questa affermazione c'è in Germania un fondamento legislativo della massima importanza, offerto dall'art. 19, comma II, della Costituzione, che afferma: « in keinen Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden ». E questo è ben chiaro agli studiosi tedeschi, che, in tanto interpretano l'art. 14 sulla proprietà nel modo indicato, in quanto, a rafforzarne il contenuto, vi è una norma che limita il legislatore, là dove ad esso è rimesso fissare contenuto e limiti di un istituto, al rispetto della « Wesensgehalt » di tale istituto. Si afferma infatti esplicitamente che « Art. 14 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II eine echte Substanzgarantie und materielle Inhaltbestimmung des Eigentums im Sinne der überlieferten Auffassung vom Eigentum als der Basis persönlicher Freiheit und Selbstgestaltung gewährt ». Donde è poi facile far discendere che « wo das Gesetz bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums in den eigentlichen Kern dieses Privatrechts, in den nach Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes geschützten Wesensgehalt eingreift, liegt Enteignung vor » (13).

A noi qui non interessa discutere le implicazioni di questi rilievi sul piano della determinazione della nozione di espropriazione e dei suoi limiti di applicabilità (anche se non si può non avanzare il dubbio che i tentativi recenti fatti in Italia, sulla scia della dottrina tedesca, di costruire un concetto lato di espropriazione o di limitazione di tipo espropriativo o di ablazione non tengono sufficiente conto della diversità di disciplina costituzionale dei due paesi, prin-

(12) Si veda specialmente W. WEBER, *Eigentum und Enteignung, Die Grundrechte*, II, Berlin, 1954, 353 e 355-357; R. REINHARDT-U. SCHEUNER, *Verfassungsschutz des Eigentums*, Tübingen, 1954, spec. 68-70 e 79-80; J. H. KAISER, *Verfassungsrechtliche Eigentumsgewähr, Enteignung und Eigentumsbindung in der Bundesrepublik Deutschland, Staat und Privateigentum*, 1960, Köln-Berlin, 1960, 5-48 e la bibl. ivi cit.; H. KRÖNER, *Die Eigentums-garantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes*, Köln-Berlin, 1961, spec. 15-17. Altra bibliografia in K. ROTH, *Die öffentliche Abgaben und die Eigentums-garantie im Bonner Grundgesetz*, Heidelberg, 1958, 16-27.

(13) R. REINHARDT-U. SCHEUNER, *op. cit.*, 80 e 109. Ritiene non applicabile alla garanzia della proprietà l'art. 19, comma II, H. P. IPSSEN, *Enteignung und Sozialisierung*, « VDStRL », 10, Berlin, 1952, 84.

cialmente a causa della presenza dell'art. 19 comma II citato, e quindi delle difficoltà che si oppongono a seguire anche in Italia una concezione quale quella prevalente in Germania); nè interessa discutere la interpretazione che dell'articolo 19, comma II, dà la prevalente dottrina tedesca (là dove un recente autore (14) ha invece interpretato la « Wesensgehaltgarantie » come avente da una parte una mera « deklaratorische Bedeutung » e, dall'altra, come contenente una « institutionelle Garantie »); nè importa far rilevare come da una interpretazione estensiva dell'articolo 19 comma II, può raggiungersi l'effetto di aggirare la norma dell'articolo 14 che specificamente rimette al legislatore di determinare contenuto e limiti della proprietà (con la conseguenza, importantissima, che dalla interpretazione congiunta dei due articoli può anche ricavarsi che non vi è un depotenziamento della garanzia della proprietà e quindi che la Costituzione di Bonn raggiunge per vie molto complicate lo stesso effetto delle Costituzioni post-rivoluzionarie che garantivano direttamente la proprietà affermando la sua inviolabilità); nè interessa notare che dall'articolo 19, comma II può ricavarsi qualche limite per il legislatore quanto alla attività di determinazione del contenuto della proprietà, ma non quanto alla determinazione quantitativa dei beni che dovrebbero rimanere in mano di privati o appropriabili da privati.

A noi interessa rilevare, invece, che un articolo quale quello tedesco citato non esiste in Italia; la norma costituzionale applicabile è solo ed unicamente quella dell'art. 42; ed interessa rilevare che, mancando tale fondamento legislativo (costituzionale), riprendono pieno vigore le perplessità e le critiche dello Schmitt sulla esistenza di una garanzia della sostanza della proprietà privata e della sua posizione di prevalenza nell'ordinamento (15) (16).

(14) P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Karlsruhe, 1962, 234-238.

(15) Altro problema, anche se legato a questo, è quello del ruolo che svolgono « publizistische Eigentumssurrogate » (A. KÖTTGEN, *Eigentumspolitik als Gegenstand von Tarifverträgen in Verfassungsrechtlichen Sicht, Vermögensbildung in Arbeitnehmerhand*, Frankfurt, 1965, 174-178).

(16) A conclusioni simili a quelle prevalenti in Germania sembra che taluno voglia giungere in Italia argomentando sulla base della inviolabilità dei

Nè l'una nè l'altra è nella Costituzione italiana: questa non elenca le facoltà comprese nella proprietà, non pone una tutela dell'uso del bene o della facoltà di disporre, nè elenca i beni di proprietà privata. Sì che le leggi ordinarie potranno stabilire le facoltà del proprietario e quali e quanti beni possano formare oggetto di proprietà privata (17).

Neppure la legislazione ordinaria sulla proprietà offre un termine di riferimento preciso poichè non esiste un istituto della proprietà ma più tipi di proprietà differentemente disciplinati (18): non c'è, quindi, un termine di riferimento sicuro del contenuto minimo o della estensione minima essenziale della proprietà.

Infatti, pur ammesso che la garanzia si estenda al contenuto, resta aperto il problema del tipo di proprietà al cui contenuto la garanzia fa riferimento: la proprietà urbana o quella agraria, la proprietà di mobili o di immobili, la proprietà di beni di consumo o quella di beni di produzione? Non vi è infatti chi non veda che la legislazione di specie detta norme diverse per tali tipi di proprietà, sì che il « contenuto » di alcuni di essi è più ampio, quello di altri più ristretto. Può forse spiegarsi questo modo di intendere il problema con la scarsa attenzione di parte della dottrina per le norme di specie che dettano « statuti » diversi delle diverse proprietà e con il prevalente rilievo dato alle norme del codice nei confronti delle leggi dette speciali. Oppure può dirsi che il riferimento alla « sostanza della proprietà » è più ideologico che giuridico in senso stretto: non ha riferimento al diritto positivo quanto, piuttosto, a particolari « ideologie ».

D'altra parte, lascia qualche perplessità il modo di interpretare la Costituzione con i criteri offerti dal codice civile, sia perchè quella

diritti dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione. Ma in proposito C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, II, 1967, 886 ss., ha già esattamente osservato che lo stesso art. 2 — e ancor più l'art. 4 — pone in stretta correlazione diritti e doveri e che non si può elevare a canone unico e principale la proprietà di tipo quiritario.

(17) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 157-158.

(18) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit.

è susseguente nel tempo sia perchè questo è norma subordinata alla Costituzione. È una petizione di principio affermare che l'art. 42 ha ad oggetto la proprietà come definita dal codice: questa sarà semmai la conclusione di una indagine sull'art. 42, non il suo presupposto.

Cioè, bisogna accertare se dalla interpretazione della norma costituzionale non discenda che questa fa riferimento a una nozione di proprietà diversa da quella del codice e della legislazione ordinaria o fa riferimento a nozioni diverse di proprietà. Insomma, bisogna prima tentare una ricostruzione delle norme costituzionali e non affermare semplicemente che la nozione di proprietà lì assunta è quella stessa del codice civile.

Infine, bisogna pur tener conto delle altre norme dello stesso articolo e in particolar modo di quella che prevede che la proprietà privata possa esser indirizzata a fini sociali (la legge determina i modi di godimento al fine di assicurare la funzione sociale della proprietà). Ora, se si interpreta la prima parte dell'art. 42 come contenente una garanzia del contenuto della proprietà, sorge una insanabile contraddizione tra tale parte e quella successiva, perchè il contenuto della proprietà una volta è garantito e una volta è limitato. L'unico modo per superare tale contraddizione è quello di negare che le due parti dello stesso articolo abbiano un oggetto simile: il contenuto della proprietà è preso in esame solo per ammetterne limitazioni (possibilità di limitazioni) da parte del legislatore ordinario; mentre l'affermazione della libera esplicazione della autonomia privata ha riguardo alla possibilità di rendersi proprietari di beni (e non il modo di « godere » tali beni).

b) Tutto questo è stato molto bene compreso da chi sostiene che la Costituzione, pur consacrando il diritto di proprietà come istituto fondamentale del nostro ordinamento, non offre alcune guaren-
tiglia circa il contenuto di tale diritto (sì che esso non è intangibile da parte del legislatore) nè circa il mantenimento dell'attuale disciplina in materia di ripartizione fra beni soggetti al regime di proprietà privata e beni soggetti al regime di proprietà pubblica (19).

(19) P. VIRGA, *Principii costituzionali in materia di espropriazione*, *Atti*

Sembra che alla medesima conclusione giunga anche chi sostiene che la Costituzione considera come regime normale e prevalente la proprietà privata (argomentando dagli articoli 41, 42, 44, 47 e 43), compenetrata però con il dovere di sottoporsi ai controlli diretti ad accertare l'effettiva corrispondenza ai fini per i quali il potere è concesso e di assumere le relative responsabilità (20). Alle critiche esposte alla tesi per la quale vi è una garanzia costituzionale dell'istituto, del suo contenuto e della sua estensione, bisogna aggiungerne un'altra, di fondo, che coinvolge in parte anche la seconda opinione, quella che prescinde dal contenuto e dall'estensione della proprietà. Ora, anche senza entrare approfonditamente nella discussione circa la definizione di istituto (21), non si può non rilevare come — se per istituto si intende la formula riassuntiva di una disciplina — parlare di garanzia dell'istituto può essere errato per due versi. Primo, perchè — come si è già detto — quella della proprietà non è disciplina che possa essere unitariamente riassunta: quindi, più correttamente dovrebbe parlarsi di garanzia *degli istituti*. Secondo, perchè non si può pensare che la Costituzione abbia voluto rinviare con formula breve alla legislazione vigente all'atto della sua entrata in vigore, cristallizzandola. Anzi, le norme dell'art. 42 fanno pensare che si sia voluto proprio che la legislazione ordinaria innovasse nella materia della proprietà.

C) Cerchiamo allora di esaminare più approfonditamente la norma costituzionale prima di ammettere che la Costituzione si li-

del VI Conv. di studi di scienza dell'amm., Milano, 1962, 317 e 319. Si veda anche G. ABBAMONTE, *Note sul problema costituzionale dell'autonomia privata, Studi per la Costituzione*, Milano, 1958, 198. Nel senso del testo, si vedano anche le esatte affermazioni di U. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1965, 32-33.

(20) C. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera, Atti del III Congr. naz. di dir. agr.*, Milano, 1954, 265-266 e 270 (pubblicato anche in « Riv. dir. agr. », 1952, 479-505); dello stesso autore, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica, La disoccupazione in Italia*, vol. IV, tomo I, Roma, 1953, 102-103 e *Indirizzi costituzionali nella disciplina della proprietà fondiaria*, « Riv. dir. agr. », 1944-1947, I, 3-13, spec. 8 ss.

(21) Si vedano le informazioni che fornisce S. RODORÀ, *Note critiche in tema di proprietà*. « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1960, 1316-1320.

mita a lasciare al legislatore ordinario una — eventuale — garanzia della proprietà (22).

Un indirizzo è offerto proprio da coloro che sostengono esservi una garanzia dell'istituto ma non del suo contenuto e della sua estensione. Infatti, affermare che la Costituzione si limita a proteggere la proprietà in sè considerata, senza garantirne il contenuto e l'estensione, significa dire che nel nostro ordinamento le leggi sono vincolate solo ad assicurare che i soggetti possano appropriarsi dei beni (23). Se non vi è una garanzia costituzionale del contenuto e della estensione della proprietà ma una garanzia della mera proprietà (con contenuto ed estensione liberamente regolabili dal legislatore ordinario) non vuol dire questo che deve sempre esser libera la appropriazione privata (arbitro poi il legislatore di stabilire su quante cose possa svolgersi e di determinare l'uso che delle cose appropriate il privato potrà fare)? Se la legge è libera di dare alla proprietà il contenuto e l'estensione che più si ritengono opportuni, ciò non vuol dire che in ordine alla proprietà la Costituzione non pone alcuna garanzia, anzi l'art. 42 c. 1 e c. 2 (prima parte) della Costituzione impone al legislatore il limite di non turbare la libera appropriazione dei beni o, come già taluno ha detto, il diritto alla proprietà (diritto di poter essere proprietario) (24).

L'affermazione: « la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge » contiene una garanzia costituzionale della capacità di divenire titolari di proprietà. In altre parole, non una garanzia del contenuto del diritto, ma garanzia di un momento preliminare a questo. La garanzia si riferisce quindi alla possibilità di accesso al diritto, non al contenuto del diritto: questo può subire tutte le possi-

(22) Sembra questa la tesi di G. MOTZO-A. PIRAS, *Espropriazione e « pubblica utilità »*, « Giur. cost. », 1959, 180-182.

(23) Come nota, dissentendo, M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 196.

(24) A. M. SANDULLI, *Natura ed effetti*, cit., 824 n. 9. W. RÜFNER, *Zur Bedeutung*, cit., 314-315, afferma che il diritto di divenir proprietari sta, nella Costituzione di Bonn, « im Hintergrund », « da es von geringerer aktueller praktischer Bedeutung ist ». Nega che nelle costituzioni contemporanee vi sia un diritto alla proprietà G. GROSSO, *Premesse alla interpretazione dell'impostazione costituzionale della proprietà*, « Riv. dir. agr. », 1947, ott.-dic., 243.

bili compressioni, ma non può essere — in linea generale — menomata la possibilità di divenire proprietari o di cessare di esserlo. Questa garanzia è contenuta nella parte sopra citata dell'art. 42 e non — come vedremo più avanti — nella disposizione che detta il fine che deve avere la legge di cui allo stesso articolo, stesso comma: di rendere la proprietà «accessibile a tutti» (25), che si limita a rafforzare.

La esistenza di un fondamento costituzionale della capacità dei privati a divenire titolari del diritto non è contraddetta dall'osservazione che le leggi ordinarie possono decidere liberamente quali beni siano sottratti alla proprietà dei privati. La capacità potrà, infatti, al limite, esplicitarsi anche su un numero molto limitato di beni: ciò che interessa è che tutti siano ugualmente capaci in ordine a quei beni.

E sembra errato affermare che non vi è una garanzia proprio per il fatto che sono poi previste possibilità di limitazioni. Le disposizioni costituzionali operano infatti proprio in questa maniera: garantendo da una parte qualità generali e prevedendo dall'altra che il legislatore intervenga in *singoli casi*, cioè nei confronti di singole manifestazioni di tali qualità. E non può certo dirsi che — così operando le norme costituzionali — il legislatore sia libero: esso, al contrario, è sempre tenuto a far salve quelle qualità che sono tutelate costituzionalmente ponendo solo limiti per singoli casi.

Vediamo meglio quale sia l'oggetto della garanzia. La Costituzione parte dal presupposto non della proprietà del bene, ma dal presupposto (astratto) che non vi siano, tra beni e soggetti, relazioni permanenti. Cioè, in altre parole, la Costituzione ha innanzitutto ad oggetto le relazioni che si costituiscono tra i soggetti in ordine ai beni e non le relazioni tra i soggetti e i beni. È evidente che, nella misura in cui la Costituzione prende ad oggetto la capacità di diventare titolari di proprietà, ha riguardo alle relazioni (di concorrenza o di esclusione) che si creano tra le persone con riguardo ai beni e non a quelle già costituite tra persone e beni. Quindi, la Costituzione regola la appropriazione prima ancora della proprietà. L'articolo 42

(25) In quest'ultimo senso, G. MORZO-A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 184.

della Costituzione, quindi, non riguarda esclusivamente la proprietà. Esso riguarda la proprietà, ma riguarda anche un momento precedente la proprietà e cioè il momento nel quale un soggetto non ha ancora costituito un « rapporto » con un bene. Esso ha ad oggetto anche il comportamento di appropriazione del soggetto, e cioè riguarda soggetti non in quanto proprietari. Anzi, quando una legge ordinaria intervenga con una riserva, cioè con la privazione della legittimazione, interviene proprio evitando che certi soggetti diventino proprietari. Sotto questo profilo, questo articolo si riferisce, innanzitutto, a soggetti che possono diventare proprietari, cioè appropriarsi dei beni, ma non si riferisce direttamente ai proprietari, cioè a coloro che hanno costituito un legame con un bene per poter utilizzare il bene. In altre parole, nell'art. 42 è contenuta una disciplina della proprietà ma, prima ancora, una disciplina dell'appropriazione dei beni.

Quello che, sotto il profilo del singolo soggetto, si definisce appropriazione (cioè comportamento che il soggetto pone in essere per diventare proprietario), sotto il profilo dei rapporti tra i soggetti, in quanto tutti i soggetti sono in concorrenza al fine di diventare proprietari, si chiama circolazione del bene. Si definisce circolazione il regime di tutti i comportamenti di appropriazione in quanto sono tra di loro concorrenti e in quanto sono o possono essere limitati dai pubblici poteri, cioè in quanto i pubblici poteri possono impedire la appropriazione stessa.

Ma bisogna subito aggiungere che, se c'è garanzia dell'appropriazione, non c'è garanzia della circolazione dei beni. A parte ciò che riguarda la circolazione dei beni in mano di privati e l'autonomia privata che presiede alla esplicazione della facoltà di alienare, si deve osservare che la libertà di appropriazione può esplicarsi anche in presenza di un limitato numero di beni; e ciò mette in evidenza che niente esclude che un numero molto grande di beni sia escluso dalla circolazione senza che ciò comporti limiti alla appropriazione privata che ben può svolgersi sui beni restanti. Ciò vale a dire, in altre parole, che la norma costituzionale non prende ad oggetto i

beni direttamente dettando per essi una disciplina di libera circolazione bensì ha ad oggetto direttamente una qualità del soggetto che non viene meno se può esplicarsi su un numero limitato di beni in circolazione. Come vedremo più avanti, qui proprio sta il punto interessante da accertare: ammesso pure che in ordine a certi beni vi sia una limitazione alla esplicazione della capacità di rendersi titolari, quale scopo deve presiedere alle norme che dettano tale limitazione? Possono esse puramente e semplicemente sottrarre beni al commercio privato, eventualmente rendendolo estremamente esiguo, senza alcuna contropartita, semplicemente operando quella esclusione di cui si parla? Non vi è chi non veda quali limitazioni effettuali tale tipo di legislazione avrebbe sulla astratta capacità, pur viva, ma inabile ad esplicarsi in ordine a una molteplicità di beni.

Concludendo, l'art. 42 contiene da una parte una disciplina della appropriazione; dall'altra, contiene una disciplina della proprietà in senso stretto, cioè del diritto di proprietà e delle facoltà di godimento che fanno parte di questo diritto.

Definita così l'appropriazione e la circolazione, occorre precisare che cosa ben diversa dall'appropriazione è l'appartenenza o pertinenza che indica il legame che si costituisce tra un soggetto e un bene. Come è evidente, appropriazione e circolazione dei beni sono preliminari all'appartenza o alla pertinenza perchè è dopo l'appropriazione che si avrà la pertinenza. Quindi la pertinenza è un fenomeno successivo, logicamente e temporalmente, alla appropriazione. Vedremo come tutte queste distinzioni permettano di comprendere a quale punto di evoluzione dal modello classico delle prime Costituzioni borghesi sia il regime attuale della proprietà e quanto distante esso sia, d'altro canto, da una disciplina di tipo socialistico.

Concludendo, la risposta a questo primo problema è che nella Costituzione non è garantita una situazione giuridica — il diritto di proprietà — ma la possibilità di accesso a tale situazione. In termini rigorosi, può dirsi che è garantita una qualità del soggetto.

Questa precisazione non modifica la soluzione positiva del quesito su indicata. Tale soluzione potrà essere formulata nel modo se-

guente: poichè vi è una garanzia costituzionale della capacità a divenire titolari di proprietà è necessario che la stessa Costituzione indichi lo strumento che permette di porre un limite agli interventi legislativi che sacrificassero di fatto la esplicazione della qualità generale costituzionalmente garantita nella misura in cui sottraessero alla libera appropriazione la maggior parte dei beni.

D) Il contenuto della prima parte dell'art. 42 — come si è accennato — non si esaurisce nella tutela della appropriazione. Tale articolo contiene anche una ulteriore indicazione quando rinvia alla legge il riconoscimento e la garanzia della proprietà privata.

Per questo secondo aspetto, bisogna ricordare che la garanzia del contenuto è rimessa alla legge: con esclusione della Costituzione (chè altrimenti questa avrebbe detto: « è garantita dall'ordinamento giuridico » o « la Repubblica riconosce e garantisce la proprietà privata », come fa in altri casi, ad esempio, art. 45, per la cooperazione) e con esclusione di ogni altra fonte del diritto (26). Il legislatore però è libero di « riconoscere » e « garantire » cioè disciplinare la proprietà nei modi che giudica più opportuni, purchè siano conformi da una parte al principio di libera appropriazione dei beni e dall'altra alle disposizioni degli altri commi dell'art. 42, sui quali quindi è richiamata ora la nostra attenzione.

Quanto si è appena detto circa la esclusione di ogni altra fonte del diritto operata dalla riserva di legge in materia di disciplina della proprietà pone peraltro un problema che qui non si può che accennare: quello della legittimità costituzionale di norme di disciplina della proprietà non contenute in leggi del Parlamento o addirittura non contenute in leggi ma in regolamenti. Sotto il primo profilo, si pone la questione se la riserva di legge di cui si parla sia riserva di legge parlamentare — e quindi si ponga come un limite alla legislazione regionale — oppure abbia un ambito più vasto, intendendo riferirsi anche alle leggi regionali. E in proposito sembra dubbio che, di fatto, la legislazione regionale non regoli la proprietà se si pensa ad una sola delle materie ad essa rimesse, per l'esercizio

(26) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 158 n. 3.

di competenza legislativa ripartita o concorrente, quale l'agricoltura. Nè, d'altra parte, sembra osti un limite, che, pure, secondo alcuni sussisterebbe, quello costituito dalla impossibilità per la regione di disciplinare i rapporti interprivati. Ancor più interessante il secondo profilo, se solo si pensa al rilievo assunto nella realtà dalla disciplina regolamentare dei comuni vertente sulla proprietà. Il problema della normazione comunale in materia di proprietà (ma non solo in questo campo) presenta due aspetti tra loro connessi ai quali conviene fare cenno. Il primo è quello della misura della riserva di legge: come ha posto in luce la più recente dottrina tedesca, in ordine alla riserva non si pone solo un problema di relatività o di absolutezza: il problema dell'ambito della materia sottoposto alla riserva è da vedersi in maniera molto più analitica, facendo riferimento volta a volta alle stesse indicazioni costituzionali, che talora indicano che la legge debba determinare casi e limiti, altre volte solo casi, altre volte fa riferimento solo alla legge senza nulla aggiungere. È questo il caso della riserva dell'articolo 42 che qui interessa. Il secondo aspetto del problema è quello della posizione delle norme regolamentari non statali. Per esse si è detto che possono regolare materia anche coperta da riserva di legge ma non possono cambiare i principi degli istituti giuridici quali regolati da leggi dello Stato: in questo senso si avvicinano alle leggi regionali, pur non avendo forza di legge, e possono essere denominati « fonti subprimarie ». Detto ciò, ci sarebbe da chiedersi se, per la legittimità di regolamenti comunali disciplinanti la proprietà, basti il previo intervento legislativo e cioè una mera « autorizzazione » del legislatore, oppure no. È evidente che, se la soluzione fosse nel primo senso, la portata della norma che dispone la riserva non sarebbe diversa dal principio di legalità. Nè va forse sottaciuta l'ipotesi che possa ammettersi una disciplina regolamentare comunale anche in mancanza di legge statale di autorizzazione.

E) Prima di passare oltre è necessaria ancora una precisazione. Abbiamo finora parlato dell'art. 42. Ma vi è chi (27) sostiene che la

(27) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 160-161; M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 188-190; C. MORTATI, *Il diritto al lavoro*, cit., 102-103.

garanzia della proprietà debba trarsi da altri articoli della Costituzione: 41, 43, 44, 45, 47, 40, 38 e 39. Ma questi si riferiscono a particolari beni, non a tutti i beni: beni produttivi, terra, beni che attongono all'esercizio di imprese artigiane etc. Da essi non può quindi trarsi una conclusione per la proprietà in generale.

Ben s'intende, il collegamento dell'art. 42 agli articoli 41 e 43 pone un grave problema, di vaste dimensioni: quello dei rapporti tra disciplina della proprietà e disciplina dell'impresa. Ma di questo dovremo occuparci in seguito (27-bis).

(27-bis) Ci limitiamo qui ad indicare le linee generali di una interpretazione dell'art. 41. Il primo comma di tale articolo dispone: «l'iniziativa economica privata è libera». In questa norma si è voluto trovare il fondamento, oltre che della libertà d'impresa, del divieto di illecita o sleale concorrenza, del divieto di monopolio, della determinazione dei confini dell'autonomia contrattuale, del cosiddetto diritto di negoziazione (queste tesi, sono riferite e criticate da V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 224-228). Questa norma dev'essere interpretata nel senso che tutti debbono essere liberi di divenire titolari del diritto d'impresa. Questa interpretazione sembra essere suggerita da chi (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Figure di programmazione economica imperativa e Costituzione*, «Il dir. dell'econ.», 1961, 14 e 20) ritiene che l'art. 41 c. 1 garantisca la «libera determinazione dell'imprenditore per quanto riguarda almeno l'an dell'esercizio industriale: nel senso che essi non possono sovrapporsi e contrastare eventuali decisioni (obiettivamente motivate) di chiusura anche temporanea dello stabilimento, nè tanto meno imporre una gestione in perdita». Questa interpretazione non sembra neppure molto lontana da quella di chi afferma che è legittimo disciplinare il modo di svolgimento delle iniziative e non invece imporre questa o quella attività economica (C. ESPOSITO, *La Costituzione Italiana*, Padova, 1954, 184).

L'interpretazione proposta implica che «iniziativa economica» equivalga «impresa» e non «l'atto con cui un soggetto sceglie il fine economico che intende perseguire e, in via secondaria, l'attività con cui organizza i mezzi per raggiungerlo» (così M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 151, che vede garantiti in questo modo l'esercizio di una impresa o di una professione, la prestazione di lavoro subordinato ed in genere qualunque attività da cui possa derivare un vantaggio economico per chi la svolge; questo autore afferma infine che la garanzia dell'art. 41, comma 1 «comprende la garanzia della libertà contrattuale nel suo duplice aspetto di libertà di stipulare contratti e di libertà di determinarne il contenuto»; si veda anche 157). In favore dell'interpretazione come impresa stanno i lavori preparatori: nella redazione originaria questo testo si riferiva non all'iniziativa, ma all'impresa (U. COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, Commentario alla Costituzione, I, Firenze, 1950, 363).

Di conseguenza, le attività o le situazioni che si vogliono comprendere

F) Non si può, però, terminare senza un cenno ad una interpre-

nella garanzia di cui all'art. 41, comma 1° sono o regolate costituzionalmente in altro articolo o costituzionalmente non regolate.

L'art. 41, comma 2°, suona: « non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana ». Lo svolgimento dell'iniziativa a cui esso fa riferimento è da intendersi uguale alla « attività economica » (M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 153, distingue la « scelta dei fini economici » (che è libera) dalle « attività successive » che « costituiscono lo svolgimento o il modo di attuazione della iniziativa » (che soggiacciono ai poteri di cui al 41 c. 3). Precedentemente, C. ESPOSITO, *La Costituzione Italiana*, cit., 184. Afferma che non ha alcun senso la distinzione tra scelta e svolgimento dell'attività imprenditoriale e sembra sostenere che tutti i commi dell'art. 41 si riferiscono all'« intero processo esplicativo della libertà di intrapresa » V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 232-235) alla quale fa riferimento il comma 3°; l'oggetto dei due commi è uguale. È evidente che l'oggetto del comma 1° da una parte e dei commi 2° e 3° dall'altra è diverso (questa affermazione, condivisa da M. MAZZIOTTI, op. loc. cit. e da C. ESPOSITO, *La costituzione italiana*, op. loc. cit. fa sorgere il dubbio che non sia possibile affermare che il 41 comma 1 garantisce un « diritto consustanzialmente limitato dal 2° comma dell'art. 41 » come afferma C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, « Giur. Cost. », 1962, fasc. 1-2, 37-38; sembrano ritenere simile l'oggetto delle due norme U. BELVISO, *Il concetto di « iniziativa economica privata » nella Costituzione*, « Riv. dir. civ. », 1961, marzo-aprile, 156 e V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, « Giur. Cost. », 1961, maggio-agosto, 915).

Diversi sono i destinatari delle due norme dei commi 2° e 3°: la prima è diretta immediatamente ai privati ed è immediatamente operativa, la seconda è diretta al legislatore ordinario perchè provveda.

Ma tra le due norme vi è un collegamento funzionale: è proprio il legislatore ordinario che precisa quei « fini » sociali (o quella « utilità » sociale) ai quali i privati dovranno attenersi nell'esercizio dell'impresa (interessante notare che M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 155 e 162, che pure esclude l'eguaglianza affermata di « fini » e di « utilità » sociale ed identifica i secondi con « fini economici in senso stretto », afferma: « sebbene la norma costituzionale non contenga un'espressa riserva della legge, il concetto stesso di utilità sociale postula una definizione univoca (anche se mutevole nel tempo) di essa, che non può essere formulata se non da chi esprime la volontà collettiva ». Una descrizione delle opinioni della dottrina e della giurisprudenza sulle nozioni di utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana in E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, « Rass. dir. pubbl », 1960, aprile-giugno, 275 ss.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, « Giur. Cost. », 1961, maggio-agosto, 916, afferma la diversità di « utilità sociale » e « fini sociali »).

Il legislatore sembra essere tenuto a precisare i fini sociali rendendo espli-

tazione che potremmo dire estrema delle norme costituzionali che ci

citi così i fini stessi dello Stato (sul problema del variare dei fini giustificativi della legge, sulla sua non influenza sulla validità della legge, sulla necessità peraltro della sussistenza di una qualche finalità che giustifichi la legge alla nascita, C. ESPOSITO, *Gli artt. 3, 41 e 43 della Costituzione e le misure legislative ed amministrative in materia economica*, « Giur. Cost. », 1962, fasc. 1-2, 44 ss. Parla di « doverosità della pianificazione » A. PREDIERI, *Aspetti giuridici della programmazione*, « Tempi moderni », 1962, ottobre-dicembre 144).

Il comma 2° è ciononostante immediatamente operativo: non è necessaria la predeterminazione legislativa dei fini sociali. Altrimenti, la Costituzione avrebbe previsto una riserva di legge anche nel comma 2° (per la esclusione, C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, « Giur. Cost. », 1962, fasc. 1-2, 33-36; si ricordi anche che la Corte Costituzionale ha ammesso la sindacabilità in sede di legittimità costituzionale del ricorrere dei fini di « interesse generale » o di « utilità sociale », come ricorda V. CRISAFULLI, nota in « Giur. Cost. », 1962, fasc. 1-2, 43 ss. e « *Riserva* » e *trasferimento nel disegno di legge per la nazionalizzazione delle imprese elettriche*, « Riv. int. sc. econ. com. », 1962, ottobre, 902; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 255 e 261, afferma invece che il comma 2° è diretto al legislatore ed ai singoli, « ma solo per fondare il loro obbligo di sottostare alle concrete determinazioni legislative (future o in atto) dell'utilità sociale ». A favore della immediata precettività del 2° comma dell'art. 41 — inteso come norma con funzione di coordinamento fra norme costituzionali — U. BELVISO, *Il concetto di « iniziativa economica privata » nella Costituzione*, « Riv. dir. civ. », 1961, marzo-aprile, 154 ss.; V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, « Giur. Cost. », 1961, maggio-agosto, 915 e 916 auspica un intervento legislativo che disciplini « ulteriormente » i limiti di cui all'art. 41, comma 2°; G. MINERVINI, *Contro la « funzionalizzazione » dell'impresa privata*, « Riv. dir. civ. », 1958, I, 621, afferma che il comma 2° dell'art. 41 « esige per tradursi in atto lo spiegamento di specifica attività legislativa »).

L'interpretazione accennata esclude, naturalmente, che il comma 2° dello art. 41 legittimi interventi dall'esterno mentre il comma 3° legittimerebbe una funzionalizzazione dell'impresa privata (contro la distinzione tra limiti negativi ed interventi positivi anche V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 256 ss., 260 e 262; afferma che « la linea di demarcazione tracciata dagli scrittori tra le sfere di applicazione dei commi 2° e 3° dell'art. 41 Cost. non è così nitida come appare a prima vista », ma per giungere a conclusioni diverse da quelle qui indicate G. MINERVINI, *Contro la « funzionalizzazione » dell'impresa privata*, « Riv. dir. civ. », 1958, I, 620. Accetta la distinzione tra limiti negativi e comandi positivi e nega la legittimità costituzionale di questi ultimi L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962, spec. 127-135).

È stato affermato (C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione Italiana, La disoccupazione in Italia*, vol. 4°, tomo I, Roma, 1953, 101-102) che la Costituzione ha sancito la funzione sociale dell'impresa: « nell'atto

interessano. Quella per cui la garanzia offerta dall'art. 42 — garanzia

stesso di affermare la libertà dell'iniziativa economica dei singoli, ha posto il divieto di un suo svolgimento in contrasto con l'utilità sociale, oltretutto con la sicurezza, dignità e libertà umane » (in questo senso anche V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 212-213; contro M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 155 e 183; G. MINERVINI, *Contro la « funzionalizzazione » dell'impresa privata*, cit., 618 ss. Sui problemi della funzionalizzazione dell'attività privata si ricorda R. CORRADO, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1962).

Detto tutto ciò per la seconda parte del comma secondo, occorre aggiungere che anche la prima parte prevede una funzionalizzazione, anch'essa immediatamente operativa. Questa seconda parte è diversa dalla prima per due aspetti. I fini sono diversi: sono riferiti non alla generalità dei cittadini, ma alla « categoria di soggetti che più immediatamente e costantemente entrano a contatto con l'impresa, costituendone anzi la parte operante: cioè i lavoratori subordinati » (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 237 ss.; nello stesso senso, U. BELVISO, *Il concetto di « iniziativa economica privata » nella Costituzione*, « Riv. dir. civ. », 1961, marzo-aprile, 155). Questa funzionalizzazione dell'esercizio dell'impresa alla sicurezza, libertà e dignità dei lavoratori dipendenti, è un'ulteriore prova del fatto che l'art. 41, comma 1°, regola il diritto d'impresa e non anche altre « iniziative economiche »: solo all'imprenditore si può infatti richiedere la cura di interessi dei lavoratori dipendenti.

La Costituzione non prevede però — come per i « fini sociali » — che la legge intervenga a precisare gli interessi dei lavoratori dipendenti (sicurezza, libertà e dignità) e ciò può spiegarsi pensando che i Costituenti volessero rimettere alla difesa di categoria svolta nell'ambito dell'autonomia privata (contrattazione, statuti di impresa, ecc.) tale precisazione. Nel caso dei lavoratori, l'esistenza di organizzazioni di difesa dei loro interessi fa pensare che questi non rimangano senza tutela. Quando invece si tratta di interessi che riguardano la generalità dei cittadini, è solo l'organo rappresentativo politico che può assumersi il compito di specificarne il contenuto per renderne più efficace la tutela. Ciò non toglie, naturalmente, che la conformità dell'esercizio dell'impresa ai due tipi di interessi sia immediatamente valutabile nè che gli interessi dei lavoratori non possano trovare — quando venga ritenuto necessario dalle organizzazioni private di tali interessi — la garanzia di una loro precisazione in leggi.

L'articolo 41, 3° comma suona « la legge determina i programmi e i controlli perchè l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali ». Esso può intendersi nel senso che l'esercizio dell'impresa può essere limitato e funzionalizzato con piani ed altri atti dello Stato. Così interpretato, l'art. 41, comma 3° legittima ogni intervento pubblico limitativo dell'esercizio del diritto di impresa.

Nell'articolo 41, comma 3° è stato ritrovato (da G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi d'incentivazione e di indirizzo; La disciplina giuridica dei permessi di ricerca e delle concessioni minerarie*, ora in « Scritti di

di natura costituzionale — tutela la proprietà lavoro « o meglio, di-

diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia », Milano, 1962, 149 e ss., e 272 ss.) il fondamento anche delle leggi-incentivo (a proposito di queste si è detto però che lo Stato non potrebbe porre limiti ad attività incentivate in virtù dell'art. 41, comma 2° poichè questo non regola attività di incentivazione: per la attività incentivata il controllo della conformità alla utilità sociale è già compiuto dalla legge di indirizzo) e di una riserva pubblica di attività — che può essere istituita sia dallo Stato che dalle regioni — che deve essere utilizzata — quando non vi sia anche riserva della gestione — da privati in concessione.

A proposito del termine « programmi » sono state fatte due affermazioni che non si condividono. La prima: che la parola « programma » è diversa da « piano » e che indica una linea di condotta dello Stato « che non incide sulla libertà di iniziativa economica » dei privati (M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 158-159 che argomenta sul piano dei significati delle parole del linguaggio comune e non dei significati delle norme; contro l'impostazione lessicale, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 268-269; sulla distinzione tra piano e programma nella legislazione successiva alla Costituzione, L. GIOVENCO, *Appunti giuridici sulla pianificazione e la programmazione*, « Riv. amm. », 1962, settembre-ottobre, 534 ss.; sui significati di « piano » anche A. PREDIERI, *Osservazioni sui piani di sviluppo*, Scritti per Zanobini, Milano, 1962, 22 ss. dell'estratto). La seconda: che l'uso del plurale « inibisce l'emanazione di un piano generale dell'economia nazionale » (M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 159). L'interpretazione non è corretta neppure sul piano della logica comune: l'uso del plurale non significa che la Costituzione non possa far riferimento a più programmi, di cui uno « generale dell'economia nazionale » ed altri di settore o locali. Ed anzi le affermazioni degli studiosi di economia sono proprio nel senso della necessità che il programma nazionale sia seguito da programmi economici degli enti locali (c.d. « programmi regionali »).

Ancora con riguardo ai modi di esercizio del potere conferito con l'articolo 41 comma 1°, va menzionata l'opinione di quegli autori che desumono dalle parole « indirizzo » e « coordinamento » l'illegittimità di imposizioni vincolanti (M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, cit., 159-162; si veda peraltro V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 286 ss.).

Non sembra accettabile l'opinione — basata sull'esame dei verbi « determina » e « possa » — che « la Costituzione considera l'intervento del legislatore non come una possibilità, ma come una realtà in atto. Considera invece come una possibilità e non come una realtà che dall'intervento segua effettivamente l'indirizzo e il coordinamento dell'attività economica ai fini sociali ». La Costituzione, in altre parole, « non impone di usare necessariamente tali mezzi, lasciando impregiudicata la possibilità che l'attuazione dei fini sociali possa avvenire anche per il libero gioco delle forze economiche ».

Dalla affermazione che la norma dell'art. 41 si limita a garantire l'attribuzione e la dismissione della situazione soggettiva di impresa, discende che

venuta lavoro in senso lato *ex art. 4 Cost.*, secondo comma, ossia

per essa possono essere posti limiti alla impresa dei privati nella misura in cui non ostino alla capacità dei privati di divenire imprenditori. Diviene, a questo punto, importante determinare il contenuto del diritto d'impresa. Si è indicato tale contenuto nel potere di gestione allo scopo della vendita sul mercato. Sarebbe, ad esempio, non legittimo costituzionalmente ogni intervento che rendesse totalmente impossibile la destinazione al mercato dei beni e dei servizi.

Dall'affermazione che l'art. 41 disciplina il diritto e l'esercizio della impresa discende anche che le limitazioni di cui al comma 3° possono avere ad oggetto solo l'impresa e non anche altre figure soggettive (ad esempio consumatori, risparmiatori) salvo che altri articoli della Costituzione non prevedano limitazioni.

È stato anche affermato (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 276-277) che il piano di cui all'art. 41, comma 3°, non potrà essere « integrale » ma dovrà essere « settoriale, ovvero limitato a disciplinare l'andamento di uno o più settori dell'attività economica nazionale, in particolare di quella rientrante nella nozione di industria e commercio ». Un piano integrale sopprimerebbe la gestione privata dell'impresa. Altri pensa (V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, « Giur. Cost. », 1961, maggio-agosto, 918) che la questione della estensione dei piani « sembra doversi risolvere... nel senso di precisare quale intensità possa avere la programmazione ».

Molti dicono — come si è visto — che l'art. 41 legittima l'intervento statale diretto o la limitazione dell'attività privata, con comandi positivi: si potrebbe disciplinare il modo di svolgimento, non imporre lo svolgimento di una attività. Dalla impostazione data discende che la Costituzione rende legittimi anche comandi positivi che impongano lo svolgimento di una attività, sempre che sia salva la libertà di mantenere e quella di perdere la qualità di imprenditore (ma si veda la sent. 16 dicembre 1958 n. 78 della Corte Costituzionale, sulla quale C. MORTATI, *Iniziativa privata ed imponibile di manodopera*; V. CRISAFULLI, *Costituzione ed imponibile in agricoltura*; M. MAZZIOTTI, *Iniziativa economica privata, proprietà privata e diritto al lavoro*, « Giur. Cost. », 1958, fasc. 5-6).

Questa interpretazione può essere sostenuta affermando che, certo, i pubblici poteri possono già, nell'esercizio della capacità di diritto privato, mettere in essere atti non limitativi della sfera di autonomia dei privati (ad esempio atti accrescitivi dei mezzi finanziari dei privati quali i cosiddetti incentivi) o atti afferenti unicamente alla propria condotta. La Costituzione conferisce una potestà nuova, come è confermato dalla garanzia della riserva di legge (di legge materiale e formale, come afferma C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione Italiana, La disoccupazione in Italia*, Vol. IV, tomo I, Roma, 1953, 92) richiesta dall'art. 41, comma 3°, e dai lavori preparatori (in questo senso anche V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, cit., 272-275, e M. ANNESI, *Esigenze della pianificazione e posizione del problema nel diritto costituzionale con particolare riguardo ai piani nazio-*

quella di cui il legislatore ordinario ha determinato ed assicurato la

nali, « Monit. trib. », 1961, 15 nov., 1273). Del resto, che il « programma » di cui all'art. 41, comma 3° della Cost. non sia un « mero criterio direttivo non vincolante » ma abbia i caratteri di « intervento limitativo dell'autonomia dei singoli » è già da tempo affermato (C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione Italiana, La disoccupazione in Italia*, Vol. IV, tomo I, Roma, 1953, 88-92).

Un altro elemento per sostenere questa tesi si può trarre dai lavori preparatori. Come è noto l'art. 41 risulta dalla fusione di due articoli del progetto di Costituzione, l'art. 37 e l'art. 39. Il primo di questi, proposto dall'On.le Fanfani, affermava che tutta l'attività economica avrebbe dovuto essere vincolata a provvedere i mezzi necessari ai bisogni individuali ed al benessere collettivo. Come è stato affermato (M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 150) significava subordinare l'attività economica al raggiungimento di fini pubblici e farla soggiacere al potere del legislatore di promuoverne l'attuazione. Non vi è più libertà in senso proprio, ma un'attività discrezionale, una funzione vincolata al conseguimento di un fine. La fusione dei due articoli indicati e l'inversione dell'ordine (libertà dell'iniziativa economica privata prima dell'affermazione del controllo sociale) non sembra abbiano modificato la norma contenuta nell'art. 37 del progetto di Costituzione, ma ne hanno solo chiarito l'oggetto: non anche la capacità di divenire titolari d'impresa, ma solo l'esercizio dell'impresa. Il fatto che la prima parte dell'art. 37 sia stata eliminata non è prova sufficiente della tesi opposta poichè la motivazione con la quale fu eliminata fu proprio che era « lapalissiana » e « pleonastica ».

La soluzione prospettata circa l'efficacia del piano, infine, non meraviglierà se si pensa che lo Stato ha diversi strumenti per conoscere fatti interni alla vita dell'impresa (ad esempio, bilanci-tipo ed ispezioni periodiche) che lo mettono in grado di giudicare, prima ancora di intervenire, se i suoi atti incidono legittimamente sull'esercizio dell'impresa o ledono illegittimamente la capacità di divenire titolari di impresa, garantita dall'art. 41, comma 1°.

Detto tutto ciò, in generale, sull'art. 41 e sulla impresa, esaminiamo il problema posto dalla espressione « attività economica pubblica » nell'art. 41.

Diamo una rapida panoramica delle opinioni su questa espressione. È stato in primo luogo osservato che l'affermare l'indirizzo pubblico dell'attività economica pubblica non è altro che « una dichiarazione esplicita di principi ovvi e generalissimi » (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblica*, cit., 262).

Circa il contenuto, è stato dato per sicuro che l'art. 41, comma 3° comprenda anche l'attività economica pubblica svolta « jure privato » (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. appena cit.*, 223). Nello stesso senso qualche altro autore afferma (V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, « Giur. Cost. », 1961, maggio-agosto, 919) che la legge è richiesta anche per « coordinare le diverse autonomie dei numerosi enti pubblici ». Altri autori (sul problema dell'efficacia interna o intersubiettiva della pianificazione delle imprese pubbliche, con riferimento alla pianificazione sovietica, A. PREDIERI, *Osservazioni sui piani di sviluppo*, cit., 9, n. 8) hanno affermato che

funzione sociale » (28). « Non esiste, insomma, nel nostro ordina-

la pianificazione ad efficacia interna concerne anche le imprese pubbliche oltre alla pubblica amministrazione in senso stretto (dubitativamente M. GIANNOTTA, *In tema di legalità e programmazione*, « Realtà del Mezzogiorno », 1961, novembre, 809; E. CAPACCIOLI, *Strumenti giuridici di formazione e di attuazione dei piani*, « Gli squilibri regionali e l'articolazione dell'intervento pubblico », Milano, 1962, 728).

Vi è chi ha affermato, infine (V. BACHELET, *scritto appena cit.*, 925), che la pianificazione dell'attività economica pubblica « costituisce per l'imprenditore privato una garanzia di pubblicità, di generalità, di certezza ».

Più di recente, ci si è chiesto se l'attività economica pubblica sia solo quella imprenditoriale oppure anche quella svolta non a mezzo di impresa (si veda A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 155 ss., che è favorevole alla seconda soluzione) e si è affermato che non è oggetto della legge di piano solo l'atto immediatamente produttivo di beni e servizi ma anche gli altri atti teleologicamente orientati e coordinati a tal fine (provvedimenti amministrativi in special modo) e talune leggi provvedimento (A. BARBERA, *Leggi di piani e sistema delle fonti*, Milano, 1968, 89-100).

Possiamo dire che il fatto che maggiormente colpisce a proposito dei rapporti tra impresa pubblica e pianificazione nell'art. 41 è che dell'impresa dei pubblici poteri si parli nel comma 3° e non nel comma 1°. Da questa constatazione e dalle osservazioni precedentemente svolte sui tre commi dell'articolo 41 si possono far derivare le seguenti considerazioni. È evidente perché l'art. 41, comma 1° non regoli anche i pubblici poteri oltre che i privati. La pubblica amministrazione è capace di divenire titolare di impresa: salvo che, per essa, non era necessario porre garanzie costituzionali a tutela della capacità di divenire imprenditore (in questo senso E. CAPACCIOLI, *op. appena citata*, 721).

In senso positivo, si può dire che, per l'art. 41, comma 3°, l'impresa pubblica non può essere esclusa dal piano. Da una interpretazione letterale dell'art. 41, comma 3°, discende anche che un piano che abbia ad oggetto le imprese pubbliche deve essere approvato con legge. Quest'ultima affermazione può suscitare qualche dubbio se si pensa che le imprese pubbliche sono sottoposte ai normali poteri di direzione dell'amministrazione pubblica e che quindi per esse dovrebbe essere sufficiente una mera pianificazione interna. Si può pensare peraltro che l'art. 41, comma 3°, non sia diretto ai soggetti pubblici gestori (nozione di impresa pubblica nel senso di imprenditore pubblico) ma a tutte le imprese ad agire regolato (nozione di impresa pubblica in senso stretto) (per questa distinzione, S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, 220-221). In questo modo è comprensibile che anche per l'impresa pubblica sia disposta la riserva di legge.

Si è detto, parlando del comma 1° dell'art. 41 e dell'efficacia del piano, che lo Stato non può obbligare un privato ad acquistare o a perdere la titolarità di imprese. Discende da ciò che quando lo Stato voglia costituire *ex novo* una impresa debba farlo direttamente divenendo imprenditore esso stesso.

(28) La tesi è svolta da L. Micco, *Lavoro e utilità sociale nella Costitu-*

mento costituzionale, una proprietà non-lavoro, che potrebbe tuttavia persistere nel limite di non essere snaturata (in quanto non-lavoro) dal legislatore ordinario. Adempiendo alla sua funzione sociale, l'istituto in questione rientra, così ristrutturato (ossia dopo che è stata graduata, quanto alla posizione del proprietario di beni « economici », l'intensità della garanzia costituzionale), tra le libertà direttamente tutelate dalla Costituzione, affinché dal suo godimento (nel nostro ordinamento non collettivizzato) scaturisca quel risultato sociale che si è detto » (29). Ora, non si può non concordare con le esigenze che hanno spinto ad una siffatta ricostruzione della normativa costituzionale; ed infatti è chiara la necessità di abbandonare l'equivoco concetto di limite e l'interpretazione prevalente delle costituzioni « brevi » basate sui due elementi della garanzia della proprietà e della apponibilità di limiti (consistenti prevalentemente se non esclusivamente nella possibilità di espropriare). Ed è anche chiara la esigenza di una ricostruzione sistematica e di un raccordo complessivo della vasta normativa costituzionale, che sia fondato in senso stretto sul diritto positivo e non su costruzioni giusnaturalistiche e metapositive (30). Ma questa esigenza non può essere soddisfatta da una interpretazione che cerca il significato della funzione sociale sul piano della graduazione della garanzia costituzionale, in relazione alla più o meno immediata assimilazione al valore-lavoro, e cioè ponendo insieme problemi che si atteggiano in maniera diversa e sono distinti. Ora qui non interessano tanto quegli aspetti di questa interpretazione che riguardano in senso stretto la funzione sociale; non si vuole quindi qui discutere se essa non sia funzione in senso tecnico nè dia luogo a discrezionalità oppure se essa sia costruibile nei termini di un dovere in senso oggettivo (31); nè si vuole discutere il significato da

zione, Torino, 1966, 230 ma sulla base di indicazioni in questo senso di Motz-Piras. Si rinvia alla nota che sarà più avanti dedicata ai problemi della funzione sociale della proprietà, dove si farà cenno anche agli sviluppi, in dottrina e in giurisprudenza, della tesi che la proprietà ha in sé la funzione sociale ed è come tale valutata e riconosciuta dall'ordinamento.

(29) L. Micco, *Lavoro*, cit., 231; si veda anche 278 e 204 ss.

(30) L. Micco, *Lavoro*, cit., 97, 136, 181, 206, 227 ss., 245, 250.

(31) L. Micco, *Lavoro*, cit., 186. 196 ss.

attribuire all'aggettivo sociale, anche se il collegamento operato al valore-lavoro sembra di grande interesse, pur se non esclusivo della serie di interessi pubblici di rilievo costituzionale che nella formula possono trovare un modo di evidenziamento (32). Interessa piuttosto esaminare se sia accoglibile la tesi della garanzia costituzionale della proprietà che sia divenuta funzione. A questo proposito può cominciarsi con un rilievo letterale: la norma che ci interessa non afferma che la proprietà è riconosciuta e garantita *in quanto* la legge ne abbia assicurato la funzione sociale ma dice, letteralmente, «la proprietà è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e renderla accessibile a tutti». In altre parole, la prima e la seconda parte di questo articolo sono separate e non collegate funzionalmente e strutturalmente tra loro, come sembra credere la tesi suesposta. Questo primo rilievo permette anche di ricordare che la lettera della norma è sufficientemente chiara per ciò che riguarda il soggetto cui spetta di garantire la proprietà, riferendosi la Costituzione alla legge e non alla Repubblica, come fa quando vuole assicurare direttamente il rispetto di situazioni, istituti, ecc. Ma v'è un terzo rilievo che non può essere trascurato, che permette di apprezzare il significato della formula della garanzia costituzionale dell'istituto della proprietà-lavoro. Ora, questa non può avere altro significato che quello di stabilire un rafforzamento o, se si vuole, una preferenza per la disciplina che si concreta nella proprietà-funzione. E ci si può legittimamente chiedere se abbia una utilità interpretare la norma costituzionale in questa maniera, se è vero — come sembra — che quanto così si vuol dimostrare è già implicito nella disposizione costituzionale che invita il legislatore ad assicurare la funzione sociale della proprietà. Se questo rilievo farebbe pensare piuttosto che la interpretazione di cui si parla è corretta ma superflua, es-

(32) L. Micco, *Lavoro*, cit., 106, 109, 169, 183-185, 219; si veda anche 123 e 135 ss. Proprietà-lavoro è la proprietà che è lavoro o che crea lavoro; la formula — secondo questo autore — va intesa sia con riferimento ai mezzi, sia con riferimento ai soggetti, sia con riferimento al contenuto.

sendo la medesima conclusione raggiungibile per altre e più piane vie, vi è peraltro da aggiungere che — sotto altro profilo — essa si mostra meno corretta, perlomeno sotto il punto di vista di una utilizzazione rigorosa della nozione di garanzia. Infatti, qui garanzia sembra intesa nel senso di norma che rafforza il contenuto di altre norme costituzionali. Ed, anche se è vero che è invalso l'uso di intendere in maniera molto lata la nozione di garanzia, non si può purtuttavia dimenticare che essa opera pur sempre in senso diverso, come congegno di protezione di interessi o situazioni soggettive. In altre parole, si vuol così mettere in rilievo come si operi un rovesciamento del tradizionale concetto per cui garanzia della proprietà nella Costituzione significa limite agli interventi del legislatore che possono ridurre l'ambito dell'agire libero di privati mentre affermare che la funzione opera sul piano costituzionale e che la garanzia ha riguardo alla proprietà che la legge ha trasformato rendendola proprietà-funzione o proprietà-lavoro vuol dire che la garanzia, lungi dal limitare l'azione del legislatore, nella misura in cui questo limita a sua volta la proprietà privata, rafforza e costituzionalizza l'intervento legislativo ora indicato. Ora, non si vuol dire che la nozione di garanzia non possa essere adoperata nei termini ora descritti, ma solo che, per operare un rovesciamento così vistoso, bisogna adeguatamente chiarire i contorni di una nuova siffatta accezione di garanzia costituzionale. V'è infine da aggiungere che, aderendo alle tesi esposte e criticate, diviene difficile spiegare l'esistenza di una garanzia costituzionale, che forse esiste nel nostro ordinamento, per singole categorie di beni, quale l'abitazione, ad esempio. Affermare il contrario, e cioè che, proprio seguendo la interpretazione qui criticata, si può spiegare la particolare posizione fatta a determinati beni (33), lungi dal rafforzare la tesi che si vuol sostenere, fa sorgere un dubbio; che l'affermazione della esistenza di una garanzia costituzionale della proprietà-lavoro o funzione sia intesa nei termini tradizionali al pensiero liberistico per cui la proprietà privata assicura di per sè la funzione sociale in quanto la massimizzazione del profitto individuale, in mercato di con-

(33) Come sembra affermi L. Micco, *Lavoro*, cit., 234.

correnza perfetta, permette di raggiungere altresì, ed automaticamente, il massimo benessere sociale. E non si pensa che vi sia bisogno di aggiungere che questa tesi — proprio sulla base di una interpretazione di stretto diritto positivo, argomentando dalla disposizione costituzionale che rimette alla legge di garantire la funzione sociale e che quindi non sembra presupporre che la proprietà privata per sè sia in grado di assicurare tale funzione sociale — non è certamente accolta dal nostro ordinamento (34).

3. Abbiamo visto che ognuno può rendersi titolare di beni; in altre parole, che vi è regime di libera appropriazione a norma della Costituzione. Ma abbiamo anche visto che l'effettivo esplicarsi della appropriazione rischia di essere grandemente limitato da impedimenti che si ponessero alla appropriazione di beni quando tali impedimenti fossero disposti per illimitate o grandissime quantità di beni. Non c'è alcun limite alla possibilità del legislatore di disporre tali impedimenti? Oppure, non v'è nessun limite che il legislatore deve rispettare quando disponga tale inappropriabilità con riguardo a beni, nel senso che possa farlo solo nel rispetto di interessi pubblici predeterminati dalla Costituzione? Come si vede, già nel formulare in tal modo la domanda è implicito il riconoscimento della circostanza che possono darsi sia limiti di tipo quantitativo sia limiti di tipo qualitativo. I primi agirebbero nel senso di assicurare che una certa quantità di beni debbano essere sempre lasciati liberamente appropriabili da privati, i secondi nel senso che possa sù essere disposta la inappropriabilità di beni nelle quantità volute dal legisla-

(34) Si vedano però anche i riferimenti di questo autore al superamento della formula della proprietà inviolabile, 59 ss., con ricchi richiami storici; e ai modi di realizzazione dell'accessibilità (cenni a p. 233, nel senso che possa realizzarsi attraverso una redistribuzione del risultato della utilizzazione della proprietà, attraverso la redistribuzione di frazioni materiali del bene o attraverso una semplice elevazione del reddito da lavoro; questi riferimenti andrebbero messi in relazione a quanto si dirà più avanti a proposito dell'accessibilità, dove, però, a noi interessa solo la seconda delle tre forme che il Micco indica; ciò si comprende se si riflette solo un momento al tema di questa indagine, che non verte sulla complessiva posizione nella Costituzione dei beni e delle imprese).

tore, ma che debba poi il legislatore stesso disporre la inappropriabilità solo per determinati scopi. Una risposta al quesito, e principalmente una risposta alla domanda se vi siano limiti quantitativi o limiti di scopo, va ricercata nello stesso articolo 42 della Costituzione, l'unico che disciplini la proprietà in generale e nei confronti di qualunque bene (1).

A) Non può ovviamente trovarsi nel terzo comma, che disciplina l'espropriazione. Anche ad ammettere che tutti i beni dei pubblici poteri — o meglio tutti i beni su cui questi esercitano « proprietà pubblica » — derivino e debbano derivare da espropriazioni, compiute dai pubblici poteri, di beni dei privati, con il terzo comma dell'art. 42 (e, parallelamente per l'impresa, con l'art. 43 della Costituzione) non si riesce a dimostrare che un bene — una volta espropriato e trasferito all'autorità pubblica — non possa poi essere — in virtù del solo fatto che è stato colpito da espropriazione — oggetto di un diritto di proprietà da parte di privati.

Anzi, con riferimento a numerose specie di espropriazione, è lo stesso diritto positivo che prevede il rivivere della situazione di proprietà del privato: ad esempio, la legge del 1865 prevede la reviviscenza del diritto di proprietà del privato « se l'opera non siasi eseguita o siano trascorsi i termini a tal uopo concessi o prorogati » (art. 63). Esempi numerosi sono quelli forniti dalle leggi che prevedono espropriazioni per « rivendere » o « concedere » o « ricedere » o « assegnare » i beni espropriati. Per quanto qui sostenuto, non interessa infatti che sia lo stesso ex-proprietario o altro privato a divenire proprietario di beni espropriati (2).

(1) Non si è condotta una parallela disamina per l'impresa per non ampliare eccessivamente l'ambito dell'esame delle fondazioni costituzionali della proprietà degli enti pubblici. Si osservi peraltro che ad una conclusione simile, per l'impresa, dovrebbe condurre il rilievo letterale che nella Costituzione, art. 41, si parla distintamente di iniziativa economica e di attività economica. Su tale distinzione ha per primo fermato la sua attenzione l'Esposito; per informazioni e discussioni sul punto si veda A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963, 161 ss.

(2) F. BARTOLOMEI, *Contributo ad una teoria del procedimento ablatorio*, Milano, 1952, 300 ss.

B) Il fondamento costituzionale di quell'« impedimento » caratterizza il regime pubblicistico dei beni dei pubblici pote quindi ricercato nel secondo comma dell'art. 42. Questo afferm la legge determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti proprietà privata al fine di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

Ma qui si nota con evidenza che altra cosa è determinare i modi di godimento della proprietà altra cosa determinarne i modi di acquisto e i limiti. Il « godimento » è la facoltà che caratterizza il contenuto del diritto. Quindi, quando la Costituzione la disciplina suppone la pertinenza del bene a un soggetto — e cioè la titolarità del diritto per regolarne l'esercizio — e cioè l'esplicazione del contenuto di usare il bene. Questa interpretazione è rafforzata da uno scopi indicati, quello di assicurare la funzione sociale della proprietà si può infatti assicurare l'uso determinato di certi beni (e cioè il fine di esplicarsi della « facoltà di godere », *id est* la funzione sociale della proprietà) quando questi siano già in proprietà di qualcuno. A questo punto la Costituzione presuppone la titolarità del diritto per regolare l'esercizio.

Nell'interpretazione del secondo comma dell'art. 42 bisogna di distinguere la disciplina dei modi di godimento da quella dei modi di acquisto e dei limiti nonché il fine di assicurare la funzione sociale della proprietà da quella di renderla accessibile a tutti (3).

Non interessa qui stabilire quale contenuto abbia la disciplina del godimento al fine di assicurare la funzione sociale della proprietà. È noto che larga parte della dottrina ritiene che tale disciplina c

(3) Già U. COLI, *La proprietà*, cit., 376, poneva in connessione fine sociale e modi di godimento da una parte, limiti e fine di rendere i beni accessibili a tutti dall'altra. Sulla funzione sociale in generale, oltre agli autori citati qui di seguito, si vedano i contributi già citati di S. RODORÀ e P. GNO, *L'abuso del diritto*, « Riv. dir. civ. », 1965, n. 3, I, 231, 244 e *passim*; veda anche A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, *N. 1967*, 123, dove è brevemente discusso il problema della funzionalizzazione dell'impresa e del rispetto delle libertà, affermandosi che « la finalizzazione vi sarebbe nei riguardi dell'utilità sociale e non riguardo all'esercizio dei diritti di libertà dei suoi (dell'imprenditore) impiegati e collaboratori ».

essere solo negativa potendo consistere solo in limiti al godimento (4). Si afferma che sarebbe « inutile e assurdo » voler determinare le modalità del godimento di tutti i beni; che, fissando positivamente le modalità del godimento, il diritto di proprietà si scinderebbe in tanti diritti particolari (5); che la determinazione positiva dei modi di godimento comporterebbe l'abolizione della proprietà privata (che sarebbe caratterizzata dall'indeterminatezza del contenuto) (6); infine, che la funzione sociale può riguardare l'istituto, non il diritto di proprietà privata (7). Altri afferma che la norma del secondo comma dell'art. 42 obbliga il legislatore ad adottare le misure necessarie per rendere effettivo il godimento della proprietà: la garanzia della proprietà vuole che questa non debba essere ingiustamente sacrificata quando non ricorre l'ipotesi della espropriazione. Vi è, all'opposto, chi ritiene che la disciplina del godimento possa contenere obblighi positivi (purchè, naturalmente, non sopprimano ogni margine di scelta e di decisione o abbassino in misura non più remunerativa il profitto) (8) e che il concetto di limite esterno al diritto « costituisce l'impaccio più grave a una valutazione sistematica del fenomeno attuale » (9). Altri, infine, ritengono che l'art. 42 non dà al legislatore — a differenza dell'art. 44. — alcuna direttiva concreta sui modi per disciplinare il godimento e di assicurare la funzione sociale: lo lascia libero di decidere in proposito.

Ma, al di là di queste discordanze circa il contenuto che la disciplina deve avere, c'è un punto che si può ritenere acquisito: che la disciplina dei modi di godimento al fine di assicurare la funzione sociale della proprietà ha un oggetto diverso da quella dei modi di

(4) Oltre agli autori cit. in seguito, G. D'ANGELO, *Limitazioni*, cit., 45 e 86-87.

(5) M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 207-208.

(6) L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962, 147.

(7) Così M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 210 ss. e *Iniziativa economica privata*, cit., 1214.

(8) C. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, cit., 268.

(9) G. MOTZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 183-184. Sull'impossibilità di distinguere limiti positivi da negativi, L. MICCO, *Lavoro*, cit., 246 ss.

acquisto e dei limiti per rendere la proprietà accessibile a tutti: riguarda le facoltà del proprietario e quindi attiene a beni che siano attualmente in pertinenza di un soggetto (10).

Lo stesso può dirsi — senza bisogno di lunga dimostrazione — per l'impresa e la proprietà terriera. Per la prima, l'art. 41, quando afferma che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana e che può essere indirizzata e coordinata a fini sociali, fa espresso riferimento allo « svolgimento » dell'iniziativa privata e alla « attività economica privata » (10-*bis*). La norma ha ad oggetto i poteri di gestione dell'imprenditore e quindi attiene alle aziende attualmente pertinenti ad un soggetto per regolarne i modi di uso o gestione. Per la seconda, l'art. 44, quando prevede che la legge possa imporre obblighi e vincoli, promuovere ed imporre la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive, fa espresso riferimento alle proprietà terriere esistenti, mirando a regolare le facoltà di coloro che siano attualmente proprietari per disciplinare il modo di uso del bene-terra (11).

Anche per l'impresa e la proprietà della terra, bisogna quindi distinguere tra disciplina dei modi di godimento e riserva originaria a fini di utilità generale (art. 43 per l'impresa) o limitazione di estensione per regioni e zone agrarie (art. 44 per la proprietà della terra):

(10) Si veda quanto dice U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 127, dove afferma che la funzione sociale come limite interno del diritto di proprietà ha valore immediatamente negativo, « nel senso che porta ad escludere la legittimità di tutte quelle manifestazioni dell'esercizio del diritto stesso (prevalentemente sotto il profilo del godimento, ma non è escluso che possa venire in considerazione qualche ipotesi di disposizione), che si presentino in veste di chiara antisocialità ».

(10-*bis*) Sulla distinzione tra iniziativa e attività, criticamente, L. MICCO, *Lavoro*, cit., 263-267.

(11) Si discute se l'art. 44 riguardi anche l'impresa agraria: si veda A. PREDIERI, *In tema di pianificazioni agrarie e riserva di legge*, « Giur. cost. », 1963, spec. 191 ss. e *Pianificazione*, cit., 174 ss. Sull'art. 44 della Costituzione si veda anche L. MICCO, *Lavoro*, cit., 301-308, dove afferma che tale articolo riguarda anche l'impresa agricola e che la formula equi rapporti sociali riguarda l'utilità sociale e quindi la tutela del fattore lavoro nei confronti dell'impresa agricola.

vedremo che è nella riserva originaria e nella imposizione di limiti — così come nella determinazione legislativa dei modi di acquisto e dei limiti dell'art. 42 — che va ricercato il fondamento di quello « impedimento » che esclude i privati dall'accesso all'impresa o alla proprietà e che sembra il connotato di maggior rilievo della proprietà degli enti pubblici.

Ma vi è qualche autore per il quale il fine di assicurare la cosiddetta funzione sociale può essere raggiunto anche in modi diversi dalla disciplina della facoltà di godimento. Si romperebbe così il collegamento rappresentato dal fatto che il fine di assicurare la funzione sociale della proprietà può essere raggiunto solo mediante la disciplina del godimento.

La finalità di assicurare la funzione sociale della proprietà — si è detto — « è poliedrica e si direbbe addirittura indeterminata: tanti sono gli aspetti sotto i quali può concretarsi una funzione sociale, la quale avrà non solo varia rilevanza specifica, ma potrà avere rilevanza in funzione dell'importanza che l'elemento sociale acquista in un determinato momento agli occhi del legislatore (ordinario) » (12). Una dizione così ampia farebbe credere che il fine di assicurare la funzione sociale possa realizzarsi anche con sottrazione di beni e conseguenti spostamenti della titolarità del diritto e quindi che esso non presupponga la titolarità per mirare a regolare l'esercizio del diritto. Ciò sembra confermato da quanto dice lo stesso autore, con riferimento agli articoli complessivamente intesi: « non può esservi difficoltà ad applicare alla proprietà terriera ... la formula "proprietà-funzione": l'art. 44 e l'art. 42 della Costituzione sono strettamente legati tra loro » (13).

Questa opinione è però fondata sulla convinzione che i limiti alla proprietà agiscano su beni in mano di privati, privando questi della estensione in eccesso. L'art. 44 (e il 42) « opera causando la perdita della proprietà sulla estensione in eccesso (ed ecco una nuova

(12) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 277.

(13) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 281; sull'art. 44 si veda anche, dello stesso autore, *Lineamenti della proprietà agraria, La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 317.

funzione dell'espropriazione) nel momento iniziale di applicazione del principio limitativo; la insensibilità alla proprietà di un determinato soggetto, oltre l'ambito estensivo consentito: la mancanza di legittimazione alla situazione soggettiva di proprietà»; «... in tutte codeste ipotesi operano il limite di estensione e lo strumento dell'espropriazione, in perfetta correlazione: quest'ultimo assume una funzione diversa da quelle già note (espropriazione per pubblico interesse; espropriazione-sanzione), per cui si può parlare dell'attuazione della funzione sociale della proprietà, attraverso lo strumento dell'espropriazione. Il paradosso apparente si risolve facilmente, perchè l'espropriazione non annulla la proprietà, ma costituisce la premessa di una differente distribuzione di essa » (14).

Bisognava fermarsi su questa opinione — anche se in tal modo si anticipano nozioni che vengono illustrate in seguito — per chiarire appieno il significato del fine di assicurare la funzione sociale nei suoi rapporti con gli strumenti dell'espropriazione e della riserva. Ora, l'opinione riferita sembra contraddittoria. Infatti, o si colpiscono i soggetti nella titolarità di un diritto che ad essi pertiene o si colpiscono i soggetti in una situazione preliminare, il potere di divenire titolari del diritto. Nel primo caso presupposto dell'atto è la pertinenza del diritto, nel secondo presupposto dell'atto è l'esistenza di beni che non pertengano ad alcuno. Nel primo caso l'atto è un atto di espropriazione, nel secondo un atto di riserva. Nel primo caso vi è un indennizzo, nel secondo caso non vi è indennizzo.

Si comprende, quindi, come, per gli strumenti che agiscono sulla titolarità del diritto, convenga operare distinzioni precise tra serie di atti (procedimento di espropriazione - procedimento di riserva) (15). E si comprende anche come gli strumenti che agiscono sulla titolarità del diritto non siano idonei a realizzare la funzione sociale della proprietà perchè hanno comunque per risultato un intervento che

(14) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 288 e 290-291.

(15) G. MOTZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 192 criticano il Pugliatti ma ammettono (193) riserve senza indennizzo e quindi nei confronti di diritti pertinenti a privati; si veda lo stesso scritto a pagina 204 ss.

non ha effetti — se non secondari — sui modi di uso del bene: l'espropriazione agisce sulla titolarità del diritto ed è caratterizzata dal tratto della sottrazione del bene ad un soggetto (16) e della conseguente perdita della titolarità della proprietà da parte del soggetto.

Un'altra fattispecie nella quale espropriazione e cosiddetta funzione sociale sembrano esser collegate è la seguente: avvenuta la dichiarazione di pubblica utilità, la pubblica amministrazione rinuncia all'espropriazione contro l'obbligazione dei privati espropriandi a compiere quei lavori per i quali l'espropriazione era stata disposta. Questa fattispecie non può essere qui approfonditamente esaminata. Pure, sembra che, anche in questo caso, il collegamento espropriazione-funzione sociale sia solo apparente. Lo è, senza dubbio, se il privato non si obblighi al compimento dell'attività e si proceda all'espropriazione. Lo è anche nell'altra ipotesi, nella quale sembra che il procedimento di espropriazione iniziato e non portato a termine rimanga estraneo al rapporto obbligatorio nel quale il privato si impegna ad eseguire i lavori previsti e l'amministrazione a rinunciare all'espropriazione (17).

La funzione quindi lascia di regola salva l'appartenenza, anzi la presuppone, per indicare solo dei modi di uso: disciplinare, cioè, l'esercizio delle facoltà che sono il contenuto del diritto.

Detto ciò in generale sui rapporti tra disciplina dei modi di uso (funzione sociale della proprietà) e riserva ed espropriazione, bisogna anche ricordare che — come si è visto — riserva ed espropriazione non sono privi di effetti in ordine ai modi di uso. Solo che tale effetto è secondario, e non necessario. I beni espropriati possono esser gestiti in modo da assicurare la loro funzione sociale ma possono

(16) G. MOTZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, 192-193, riconoscono come caratteristica dell'espropriazione il trasferimento. C'è peraltro da chiedersi se veramente di trasferimento o non piuttosto di mera sottrazione si debba parlare.

(17) Sulla fattispecie, L. MAZZAROLI, *I piani*, cit., 154-162 (dove altra bibliografia). Più di recente, si veda il contributo di U. POTORSCHNIG al congresso tenuto a Firenze per il centenario delle leggi del 1865, che mette in luce il ruolo dell'espropriazione ai fini dell'utilizzazione dei beni e le pagine sui contratti sostitutivi di provvedimenti del *Corso* di M. S. GIANNINI, III, ed. cicl., Roma, 1967, 139.

anche esser conferiti in gestione o proprietà a enti per la cura di interessi dell'ente stesso. Questo rilievo è valido per la stessa riserva, che qui maggiormente interessa, ma anche in questo caso l'effetto che attiene al modo di uso è secondario e non necessario. Noi vedremo più avanti che in taluni casi la riserva è disposta proprio per incidere sul modo di uso: quando alla riserva segue la proprietà o l'uso collettivo, l'uso dei beni sottoposti a riserva sarà quello e solo quello che permette l'uso contemporaneo degli altri proprietari membri della collettività o degli altri contenti: dal profilo soggettivo discende quindi un effetto — secondario — che attiene ai modi di uso e quindi alla struttura del diritto. Ma tale effetto è secondario, perchè il profilo che viene principalmente in rilievo è quello della esclusione dell'appropriabilità del bene a titolo individuale e quello dell'appropriazione collettiva nella ipotesi di proprietà collettiva protetta da riserva e quello solo dell'inappropriabilità a titolo individuale nella ipotesi di beni sottoposti a riserva e in uso comune a tutti. In più, tale effetto è meramente eventuale, perchè in taluni casi alla riserva può seguire l'appropriazione e la gestione da parte di enti (riserva di impresa) e in tal caso l'effetto della riserva sarà solo quello di impedire lo svolgimento di attività da parte di soggetti privati; l'ente « monopolista » dell'attività sottoposta a riserva non necessariamente agirà a fini « sociali »: meglio, la Costituzione non dispone che i fini « sociali » o « generali » per cui è disposta la riserva diventino fini istituzionali dell'ente.

Concludendo, si nota come questa disposizione dell'art. 42 non possa applicarsi alla nostra fattispecie che è diversa: questa esclude i privati dalla titolarità stessa di proprietà in ordine a determinati beni; quella si limita a prevedere un certo modo di uso della proprietà.

C) Resta la parte che dispone: la legge determina i modi di acquisto e i limiti della proprietà privata al fine di renderla accessibile a tutti. Questa parte non presuppone più la pertinenza del bene e la titolarità del diritto ma ha ad oggetto il potere di disporre del

diritto. Ciò è chiaro per quanto riguarda i « modi di acquisto » (18). Meno chiaro per quanto riguarda i « limiti »: questo termine fa pensare o alla funzione sociale-limite della proprietà o alla limitazione di estensione in eccesso di beni (19).

Ambedue le interpretazioni presuppongono la pertinenza del bene e quindi negherebbero quel che si è prima detto. Ma la prima interpretazione è da escludersi: ogni tipo di intervento dei pubblici poteri sui modi di uso del diritto è contenuto e disciplinato dalla parte dello stesso articolo che riguarda il « godimento ». Non più convincente è la seconda interpretazione: lo strumento della espropriazione è contenuto e disciplinato dallo stesso articolo, nel terzo comma; ad esso bisogna far capo per cercare le regole costituzionali delle limitazioni quantitative di beni attualmente in proprietà (20).

Vedremo successivamente che i due termini « modi di acquisto » e « limiti » si riferiscono a due tipi di « riserva », una per categorie, e un'altra per eccedenze. Successivamente si metterà anche in luce come la riserva possa essere posta in essere contestualmente con la espropriazione (21).

Questa interpretazione è confermata dal fine: si fa accedere alla

(18) Vi è chi ha interpretato l'espressione « modi di acquisto » con riferimento all'art. 922 del cod. civ. U. COLI, *La proprietà*, cit., 376-377 ha sostenuto che, se la legge deve determinare i modi di acquisto al fine di rendere accessibili i beni a tutti, non sono ammissibili tutti i modi di acquisto dell'art. 922. Contro M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 206-207. Ritiene che il lavoro sia l'unico titolo di acquisto, ma in senso non tecnico, L. MICCO, *Lavoro*, cit., 220-222.

(19) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 288 (con riferimento, però, all'art. 44). L. MAZZAROLLI, *I piani*, cit., 146, interpreta nel senso di limiti alla proprietà e vi include anche quelli al potere di disporre. G. D'ANGELO, *Limitazioni*, cit., 86-87 sembra in dubbio tra le due interpretazioni riferite nel testo. M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 208-209, ritiene l'espressione limiti inclusiva sia di quelli al potere di disposizione sia di quelli quantitativi.

(20) P. VIRGA, *Principii*, cit., 321, per un caso simile: limitazioni della estensione della proprietà a norma dell'art. 44 a mezzo dell'espropriazione di cui all'art. 42.

(21) Sia chiaro fin d'ora, però, che la riserva non ha un « effetto espropriativo »: non riguarda diritti « attuali » ed attiene a categorie di beni (ivi incluse, quindi cose che non sono ancora venute in esistenza).

proprietà di beni sui quali non si espliciti un diritto di proprietà (22).

Evidenziato che questa disposizione presuppone la non pertinenza del bene resta da chiarire il fine per il quale può essere operata la riserva. A prima vista, esso sembra in contrasto con quanto qui si tenta di dimostrare: che vi è un atto previsto dalla Costituzione il quale costituisce il tratto pubblicistico della proprietà pubblica. Questo atto è la riserva (23), che — lungi dall'essere posta in essere per escludere i privati dalla titolarità di diritti su beni determinati — deve avere lo scopo di rendere la proprietà accessibile a tutti.

Non si può dare risposta al problema senza anticipare alcune nozioni. Cominciamo con l'osservare che la riserva non crea l'appartenenza di certi beni ai pubblici poteri ma si limita a rafforzarla (quando vi sia pertinenza). Vi può essere certamente pertinenza di beni ai pubblici poteri senza che intervenga riserva. D'altra parte, può esservi riserva senza assunzione del diritto: in questo caso può esservi al massimo un mero godimento. Abbiamo con questo escluso quella che sembrava la contraddizione più palese: che i pubblici poteri si appropriassero di beni proprio con un atto il cui fine è quello — opposto — di rendere i beni accessibili a tutti.

Ora, però, ci sono per lo meno due forme classificate come « proprietà pubblica » nei confronti delle quali interviene riserva e che sono perfettamente idonee al raggiungimento dei fini indicati dalla Costituzione. Innanzitutto quei beni nei confronti dei quali intervenga riserva ma che non siano appropriati dai pubblici poteri: qui il bene è accessibile a tutti, anche se a titolo di uso. In secondo luogo,

(22) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 277.

(23) Con riferimento alla proprietà, il termine è adoperato anche da C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 162; G. GUARINO, *Unità ed autonomia del diritto dell'energia*, *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, 1962, 239; G. D'ANGELO, *Limitazioni*, 30-33 e 43. Si veda anche G. CATALDI, *La riserva della impresa mineraria da parte dello Stato e della regione*, Milano, 1966, che sembra però identificare riserva con monopolio legale.

quei beni nei confronti dei quali intervenga riserva che privi della legittimazione alla titolarità di proprietà individuale: qui il bene è accessibile a tutti, a titolo di proprietà collettiva (24).

È questo secondo caso quello che soddisfa pienamente i requisiti posti dalla Costituzione poichè in tal modo i soggetti sono titolari di proprietà. E anzi vi è più di un motivo — oltre questo, sistematico ricostruttivo — per ritenere che nella nostra Costituzione la proprietà collettiva venga trattata con favore (25).

Sofferamoci ancora un momento sul fine della riserva. Abbiamo detto che l'accessibilità si realizza con la proprietà collettiva e con le cose in uso comune e libero a tutti. Infatti, qui si tratta di beni che sono strutturalmente tali che, se non servono a tutti, non hanno più utilità per nessuno. Si pensi ad una strada: questa non è che un tratto di suolo opportunamente attrezzato per assicurare la sua natura di mezzo di comunicazione: se essa non è resa accessibile a tutti, cessa la sua natura di mezzo di comunicazione: non ha più utilità come strada (l'avrà semmai come bene-suolo). D'altra parte, proprio il fatto che tutti la utilizzano, rende altamente probabile o possibile l'appropriazione individuale della strada; e poichè l'appropriazione individuale ne modificherebbe la natura, la collettività circonda di difese l'utilizzazione collettiva: sottopone a riserva il bene.

Visto il problema sotto questo profilo, si può anche fare un passo avanti e affermare che, al fondo, sia la riserva sia l'attribuzione di capacità in ordine a beni; sia la libertà di appropriazione e circolazione disposta per tutti i beni in generale sia la inappropriabilità disposta per taluni beni, cooperano allo stesso fine: l'accesso di tutti all'uso di beni. L'accesso si può realizzare talvolta con la proprietà

(24) Questo aspetto è posto in luce da G. MORZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 185 e 187-191.

(25) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 193 afferma: « ... le disposizioni in favore della piccola e media proprietà terriera non possono giustificare che la proprietà sottratta ai privati, i beni sottratti alla proprietà privata, possano essere contestualmente attribuiti ad altri privati, ma se mai solo che... la quantità di terre sottratte alla privata appropriazione sia diminuita ».

individuale; ma talora non può realizzarsi in tal modo, perchè l'uso di certi beni non si realizza in via esclusiva se non negando la natura stessa di tale bene: si pensi sempre all'esempio della strada. Lo stesso fine, si potrebbe dire, giustifica, in ordine a certi beni, l'appropriazione individuale e l'uso esclusivo; in ordine a certi altri beni, il divieto di appropriazione individuale e l'uso collettivo e contemporaneo. La prima regola potrebbe enunciarsi nel seguente modo: tutti possono divenire proprietari di (tutti i) beni; la seconda così: nessuno può divenire proprietario di alcuni beni per assicurare a tutti la possibilità di usare tali beni.

Allo stesso risultato può giungersi in altro modo: affermando che vi sono situazioni soggettive di cui può essere titolare un individuo e situazioni soggettive di cui può essere titolare una collettività; oppure che si tratta nel primo caso di situazioni soggettive attribuite a individui e nel secondo caso di situazioni soggettive attribuite a individui in quanto membri di una collettività. Ma una impostazione di questo tipo non porterebbe chiarezza perchè, a parte le difficoltà che presenta, a causa della circostanza che lo studio delle situazioni soggettive è stato sempre compiuto sulla base dello stampo individuale, confonde due aspetti che vanno tenuti separati: la esclusione di tutti dall'appropriazione e la proprietà collettiva. E ciò è chiarissimo se si pensa all'ipotesi nella quale la prima ci sia e la seconda no: beni in uso comune di tutti.

Una conferma dell'interpretazione per la quale il fine dell'accessibilità ispira sia la norma che detta il principio della libera appropriabilità dei beni sia la norma che autorizza il legislatore a disporre riserve, può essere rintracciata nell'art. 47 della stessa Costituzione, là dove si dispone che la Repubblica favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del paese. Norma, questa, che ripete letteralmente il termine accesso, rivolto però non più alla proprietà collettiva, bensì alla proprietà individuale. Questa norma peraltro non sembra tanto una disposizione di tipo garantistico quanto una

disposizione volta principalmente a promuovere una diversa situazione di fatto: in questo senso forse si comprende come, nell'art. 47 è la « Repubblica » e non il legislatore solo che deve favorire l'accesso del risparmio a quei tipi di proprietà.

In conclusione, nell'art. 42 — così interpretato — si può rinvenire la previsione di un atto — definito dalla Costituzione con riguardo all'impresa — di riserva. La riserva opera impedendo che soggetti — pur capaci — possano diventare titolari di una situazione giuridica soggettiva: prescrive una mancanza di legittimazione alla situazione giuridica (26). Con riferimento ai beni (così come all'impresa) la riserva opera quindi impedendo l'esplicazione della capacità — garantita costituzionalmente — dei privati a divenire titolari di proprietà e rafforzando quindi indirettamente l'appartenenza in capo a collettività quando ad esse pertengono i beni gravati da riserva (27).

(26) Un'applicazione di queste nozioni all'art. 43, con riferimento all'impresa, in S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, « Giur. cost. », 1960, 1342 n. 46 (la distinzione è posta nei termini di situazione nel rapporto e situazione preliminare).

(27) La tesi qui avanzata sembra vicina a quella che dice oggetto di proprietà pubblica i beni che servono ad una funzione esclusiva dell'ente pubblico. Conviene esaminare questa tesi più attentamente. Si dice che vi sia demanio quando si sia in presenza di beni immobili appartenenti ad un ente territoriale che siano necessari ad una funzione dell'ente. E si aggiunge che il bene deve servire ad una funzione esclusiva dell'ente: « mentre alcuni dei beni di un ente pubblico territoriale, pur essendo destinati ad una funzione svolta dall'ente, possono essere goduti, allo stesso modo in cui questo ne gode, anche da privati, che esplicando sul bene un'attività della stessa natura di quella che vi esplica l'ente pubblico, ne traggono le stesse utilità perseguendo le stesse finalità: altri, se siano goduti da privati, danno luogo ad utilità diverse e mutano, in una col nome, la loro natura ». « Si è attribuita la causa del fenomeno alla natura della cosa, e si è caduti in errore, perchè esso dipende, come si è detto, dalla qualità del soggetto proprietario: non quindi insuscettibilità di proprietà privata sul bene demaniale, ma incapacità in ogni altro soggetto ad esercitare sul bene la stessa attività che vi esercitano gli enti pubblici territoriali: e quindi esclusività per questi ultimi delle funzioni che si svolgono sui beni demaniali ». La demanialità è dunque « un regime di particolare protezione, grazie al quale l'ente pubblico sottrae il bene, che è necessario ad una sua funzione esclusiva, alla commerciabilità secondo il diritto privato; impedisce che esso gli venga tolto

Si pensa di aver così fornita una risposta al quesito. L'impedimento di cui si parla può essere posto in ordine a beni e con riferimento a soggetti determinati (28) da leggi che hanno per effetto di privare della legittimazione a divenire titolari del diritto di proprietà in ordine a quei beni. La stessa Costituzione, che tutela la qualità generale (capacità di divenire titolari del diritto di proprietà),

indipendentemente dalla sua volontà; e se ne assicura il godimento fino a che il bene non sia più necessario alla funzione a cui serve o a che l'ente pubblico cessa di riservare a se solo l'esplicazione, o addirittura di esercitarla. Questi rilievi valgono a dimostrare quanto più sopra si era asserito circa il carattere necessario del diritto di proprietà dell'ente pubblico sui beni del suo demanio: carattere che si giustifica colla considerazione che, se quei beni sono necessari all'esercizio delle rispettive funzioni, se queste sono esclusive dell'ente pubblico, e inoltre debbono essere esercitate, in quanto corrispondono a dei fini essenziali... l'ente pubblico "deve" averli a propria disposizione, in modo sicuro da molestie e usurpazioni di terzi: ciò che appunto ottiene ponendoli quali oggetto di proprietà pubblica» (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 72-74). Per l'applicazione dei criteri individuati dal Guicciardi, in particolare per quello attinente alla destinazione, si veda, dello stesso autore, *La condizione giuridica delle valli di pesca secondo il codice della navigazione*, «Il dir. dei beni pubblici», 1942, gennaio-aprile, I, 1-9 e *La condizione giuridica delle valli salse da pesca*, «Riv. dir. nav.», 1942, 228-267.

La tesi esposta sembra avvicinarsi a quella che è qui sviluppata. Essa tuttavia tratta insieme i problemi del soggetto — funzione dell'ente, sua natura — con quelli della situazione soggettiva del proprietario — uso del bene a fini pubblici — e con quelli della situazione dei soggetti non proprietari, loro «incapacità» a divenire titolari del bene. Vedremo avanti perchè convenga distinguere l'esame della situazione soggettiva da quello del soggetto e del bene. Tenteremo di mettere in luce che i diritti dei pubblici poteri vanno esaminati tenendoli separati dal regime dell'attività anche se quelli non sono indifferenti a questo: si comprende perchè non appaia giustificato connettere l'esclusività del diritto all'esclusività delle funzioni pubbliche. Vedremo anche che non possa parlarsi di incapacità con riferimento ai soggetti non proprietari nei riguardi dei beni pubblici: più esattamente sembra che debba parlarsi di mancanza di legittimazione. Il Guicciardi ha, peraltro, successivamente alla emanazione del codice del 1942, integrato la sua tesi affermando che «la nozione di demanialità si è modificata scindendosi in due manifestazioni distinte, comprendenti la prima i beni che sono necessariamente oggetto di un diritto di proprietà pubblica da parte di un determinato ente pubblico, la seconda i beni che sono necessariamente oggetto di un diritto reale pubblico di godimento a favore di un ente pubblico territoriale in genere» (E. GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, Scritti per la Cedam, II, Padova, 1953, 521).

(28) Vedremo poi in qual senso determinati.

prevede la possibilità di interventi legislativi che — in ordine a beni e soggetti determinati — sottraggono ai privati la legittimazione al diritto: impedendo così al privato di divenire titolare (29) ma assicurandogli l'accesso al bene (30).

(29) È interessante notare che K. RENNER, *The institutions of private law and their social functions*, London, 1949, 90 n. 1 (v. anche 206-208) affermava che un cambiamento dell'assetto della proprietà privata sarebbe potuto intervenire solo con la limitazione della capacità di possedere beni (dal lato della persona) o con la dichiarazione di un largo numero di beni come « extra commercium » (dal lato della cosa). Egli aggiungeva poi che invece — dal lato della persona — si era proceduto solo ad espropriazioni di una persona a favore di altra e — dal lato della cosa — si era diviso il patrimonio nei suoi componenti che poi vengono raggruppati di nuovo in moderne unità di possesso. R. SCHLESINGER, *Soviet legal theory*, New York, 1945, 28 osserva che Renner non ha notato che quello che egli auspicava (cambiamento della proprietà mediante modificazione del contenuto ma attraverso la limitazione dei potenziali proprietari di certi beni e la dichiarazione di un crescente numero di beni come cose fuori commercio) è avvenuto in U.R.S.S.

Non molto diversa la disciplina della riserva delle public lands negli Stati Uniti. L'atto con il quale la riserva può essere posta in essere non deve essere necessariamente del Congresso perchè — sulla base di numerose leggi di delega — il Presidente può disporla con « proclamation » o « executive order ». A sua volta il Presidente può delegare la competenza a un ministro. Tanto il Presidente che il ministro hanno potere delegato poichè il potere di riserva è del Congresso (da ultimo, U.S. v. Texas, 339 U.S. 707 (1950)). Oggetto della riserva può essere solo una « specific portion of public domain » che non sia stata precedentemente trasferita a uno Stato o a privati (ma una « mere occupation of nonsurveyed public land » o il « settlement in order to obtain a preferential right of purchase » non impedisce la riserva). I motivi non sono limitati: qualunque uso al quale il governo federale pensa di destinare la terra. È alla « discretion of Congress » la decisione sulla riserva, sulla disposizione, ecc. (U.S. v. Gratiot, 14 Pet. 525, 537 (1840)). Effetti della riserva sono: a) sottrazione della terra a vendita o acquisto; la terra viene così posta in una posizione particolare tra quelle del « public domain » e resta oggetto di proprietà assoluta del governo; b) acquisizione, da parte del Governo, del diritto di non ammettere alcuno all'uso o, in caso di ammissione, di controllare l'uso ponendovi termini e condizioni; c) acquisizione da parte del governo di libero e illimitato uso, che può essere esercitato nelle forme amministrative, senza « trial and findings » (Corpus Juris Secundum, vol. LXXIII, Brooklin, N. Y. 1951, paragrafo 73, n. 72-80 per la giurisprudenza in generale; la legislazione sulla riserva è raccolta nel U.S. Code Ann., ed. 1958, par. 43, numeri 141-143, 155-158, 150, 144-148, 711, 851 e, nell'ed. 1964, par. 16, 431 e 796; sull'ultimo effetto indicato, Camfield v. U.S., 167 U.S. 518, 525 (1897)).

La politica di riserva è stata esercitata dal governo federale fin dallo scorso secolo: 1817 (military posts, lighthouse, wagon roads), 1832 (warm springs

L'impedimento al quale si è fatto riferimento è non diverso dai modi e limiti che la legge può disporre in ordine, secondo la ter-

of Arkansas), 1872 (Yellowstone), 1891 (foreste), 1897, 1902 (per scopi di irrigazione), 1910 (atto che sanziona il principio generale della riserva, per ogni tipo di terra); su questo tema, l'opera più importante è quella di L. PEPPER, *The closing of the public domain, disposal and reservation policies, 1900-1950*, Stanford, 1951, 14-15, 17, 33, 115-119. Si veda anche M. CLAWSON - B. HELD, *The federal lands, their use and management*, Baltimore, 1957, 3 ss.; sui primi periodi, T. DONALDSON, *The public domain, its history with statistics*, Washington, 1879, 13 ss. e 1157 ss.

(30) Altri ha già interpretato l'art. 42 come norma che legittima riserve. Essa è stata però interpretata come « un fatto estintivo di ogni sorta di proprietà sui beni... che non sia la proprietà dell'ente pubblico ». Di conseguenza si è detto che « i beni che la legge riserva originariamente allo Stato non sono beni di proprietà privata, perchè seppure tale qualità avevano, con la legge di riserva acquistano in modo permanente e istituzionalmente la qualità di beni pubblici. Per le utilità che essi fornivano a privati loro proprietari al momento dell'entrata in vigore della norma che ne muta la qualità e che i privati perdono, non è necessario pagare indennità... » (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 78-79).

Lo stesso autore, nell'espone le vicende dei beni, afferma che per i beni artificiali di proprietà collettiva vi è una privazione della legittimazione a negoziare: « ciò che il legislatore vuole è una garanzia della loro esistenza, e ottiene questo risultato mediante la privazione della legittimazione a negoziare... » (108-109 e 39).

Bisogna peraltro aggiungere che va forse distinta l'ipotesi di riserva compiuta antecedentemente alla Costituzione del 1948 da quella di riserva compiuta successivamente. Nel primo caso infatti poteva forse dirsi che la riserva avesse un effetto espropriativo « perchè il riconoscimento della demanialità di un corso di acqua non sottrae al privato diritti già costituiti e quindi indennizzabili. La concezione legislativa della demanialità delle acque ha avuto effetto immediato ed illimitato, posto che le leggi che definiscono le acque pubbliche, statuendo quali sono gli elementi in concorso ed in dipendenza dei quali le acque vengono classificate come pubbliche, sono leggi che attengono ad una materia di stretto ordine pubblico ed hanno natura dichiarativa delle acque, delle quali lo Stato vuole riservarsi la disponibilità. In altri termini, la dichiarazione di demanialità dell'acqua opera con effetto retroattivo, come se l'acqua non fosse stata mai di proprietà di alcuno, e ciò per il carattere originario di demanialità di uso pubblico, che rende il bene insuscettibile di privato dominio » (Trib. sup. acque pubbl., 11 maggio 1965, n. 10, C.S. 1965, II, 243-244; si veda anche la sent. 12 luglio 1962, n. 9, C.S., 1962, II, 351, che afferma: « la questione se l'art. 1 t.u. 31 dicembre 1933, n. 1775, il quale stabilisce che le acque si trasformano da private in pubbliche ove acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse, sia o non in contrasto con l'art. 42 Cost., configurando un caso di espropriazione senza indennizzo, non è rilevante nell'ipo-

minologia della Corte costituzionale, al regime di appartenenza dei beni in generale o di intere categorie di beni. E infatti va ricordato che, con costante giurisprudenza, la Corte ha affermato che la legge può legittimamente disporre in ordine al regime di appartenenza senza che sorga obbligo di indennizzo, purchè il vincolo sia destinato alla generalità dei soggetti i cui beni si trovino in determinate condizioni e purchè esso abbia carattere obiettivo (carattere che è da intendere nel senso che siano identificabili *a priori*, per caratteristiche intrinseche, le categorie di beni). Questo orientamento della Corte, affermato prima in occasione di una decisione sulle servitù militari (n. 6 del 1966) e poi in due sentenze in tema di miniere cave e torbiere (n. 20 e n. 119 del 1967), permette di riconoscere un atto — qui chiamato riserva — che opera ad un livello diverso dalla espropriazione, come è dimostrato dalla circostanza che in ordine ad esso non sorga obbligo di indennizzo. D'altra parte, tale atto può disporre, in via generale e obiettiva, sui modi di godimento di beni oppure in ordine alla situazione di beni privati nei confronti di beni o interessi della pubblica amministrazione, ma può disporre altresì — come si è visto — sul regime di appartenenza di beni. E gli effetti che si sono posti in luce finora attengono appunto al regime di appartenenza di categorie obiettivamente predeterminate di beni in relazione ad interessi pubblici.

Va peraltro espressamente notato che la Corte costituzionale accomuna le ipotesi della esclusione della proprietà privata e della limi-

tesi in cui la pubblicità dell'acqua non sia stata accertata anteriormente all'entrata in vigore della Costituzione » (ma non spiega poi, se l'art. 1 cit. trovi attuazione in periodo successivo alla Costituzione, se possa darsi luogo a dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge perchè prevede espropriazione senza indennizzo)).

Ci riferiamo, nel testo, principalmente alla proprietà collettiva in ordine alla quale l'atto di esclusione sia deliberato dal legislatore; ma ciò non esclude la esistenza di forme di proprietà collettiva in ordine alle quali la esclusione discenda da un atto convenzionale dei proprietari collettivi: in questo caso si tratterà di proprietà collettive di gruppi più ristretti. In questo caso, è più difficile distinguere tra il momento della esclusione dell'appropriazione a titolo individuale e quello della proprietà collettiva in senso stretto.

tazione al godimento sotto il segno della generalità. Così ancora, esplicitamente, nelle sentenze nn. 55 e 56 del 1968 e in particolare nella prima, dove afferma che « il principio della necessità dell'indennizzo non opera nel caso di disposizioni le quali si riferiscano a intere categorie di beni (e cioè interessino la generalità dei soggetti), sottoponendo in tal modo tutti i beni della categoria senza distinzione ad un particolare regime di appartenenza » ma poi accomuna di nuovo le due ipotesi parlando della determinazione del regime di appartenenza da parte del legislatore: « nel determinare tale regime, il legislatore può persino escludere la proprietà privata di certe categorie di beni, come può imporre, sempre per categorie di beni, talune limitazioni in via generale ». Ora, dovrebbe esser chiaro che l'aspetto che qui interessa è quello della determinazione generale del regime di appartenenza che consiste nel rendere inappropriabili determinate categorie di beni, non quello che consiste nella imposizione di limitazioni al godimento (ma meglio sarebbe dire di determinazioni dei modi di uso) per categorie di beni che restano in mano privata. In realtà questo secondo aspetto non può forse farsi rientrare nella riserva e interessava la Corte solo al fine di porre una linea di discriminare tra limitazioni che è necessario indennizzare e limitazioni che possono non essere indennizzate.

L'orientamento della Corte trova riferimento in dottrina nell'insegnamento di chi afferma che, poichè per l'art. 42 della Costituzione « spetta alla legge determinare il regime di appartenenza dei beni », « la legge può, nell'esercizio di tale funzione, avocare alla mano pubblica un'intera « categoria » di beni (per esempio, le cave, i terreni costieri), con la conseguenza che in tal modo non si realizza una espropriazione » (30-bis).

(30-bis) A. M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, « Scritti per Giuffrè », II, Milano, 1967, 913; nella stessa raccolta di scritti, si veda R. ALESSI, *Rilievi in ordine all'incostituzionalità della disposizione contenuta nell'art. 45, comma 4° della legge mineraria in materia di cave*, 1-17. Non rileva la esistenza di beni o servizi riservati P. BADURA, *Das Verwaltungsmonopol*, Berlin, 1963, che esamina prevalentemente l'aspetto funzionale dei « monopoli », a seconda che essi abbiano funzione di « polizia », di direzione,

Non è il solo art. 42 a prevedere riserve: anche l'art. 43, per l'impresa (31), e l'art. 44, per la proprietà, prevedono riserve. Le disposizioni di questi due ultimi articoli sono peraltro di minore importanza ai fini di questo studio perchè fanno riferimento a specie particolari di beni: i beni conferiti in azienda e la terra. Al contrario, l'estensione della riserva di cui all'art. 42 è generale, potendo

di prestazione, di finanziamento. Sempre sotto un profilo funzionale, M. CARABBA, *Spesa pubblica e iniziativa imprenditoriale*, Torino, 1968, 130-148 mostra l'esistenza di riserve attuate a mezzo di sovvenzioni: queste ultime, cioè, permettono di ottenere gli effetti stessi della riserva di cui agli artt. 42 e 43 della Costituzione. Da quest'ultima impostazione discende una serie di problemi che non possono essere qui trattati e che riguardano i limiti dell'attività del legislatore quando questo si propone di raggiungere fini che sono tipici di alcuni atti con mezzi diversi; il problema è discusso dagli studiosi inglesi: basta vedere D. K. SINGH, « *What cannot be done directly cannot be done indirectly* »: *its meaning and logical status in constitutionalism*, « *The modern law rev.* », 1966, may, 273-288 ove altra bibliografia (si badi peraltro che il tema della « indirect avoidance of constitutional limits » ha una ampia varietà di applicazioni, tra cui principalmente il campo della legislazione federale in tema di imposizione nei paesi a struttura federale nei quali i compiti di « regulation » sono riservati agli Stati federati).

Oltre alle sentenze citate nel testo, va ricordata anche la sentenza C. Cost., 6 luglio 1966 n. 90, « *Giur. cost.* », 1966, 3-4, 1136 ss. dove si distingue la ipotesi di una legge che dichiara di pubblica utilità intere categorie di opere da quella nella quale la legge disponga nei confronti di singoli beni.

Si ricorda altresì, tra le molte, la sentenza del Trib. Sup. acque pubb., 23 maggio 1967 n. 14, « *Foro amm.* », 1967, I, 1, 454-455, che afferma che il passaggio delle acque dal patrimonio privato al demanio idrico deriva da un fatto naturale, quale la obiettiva destinazione del bene all'uso pubblico; in questo caso, non v'è trasferimento perchè alla perdita della cosa consegue il contemporaneo acquisto della stessa da parte di altri, in via del tutto autonoma e indipendente: si noti la diversa ricostruzione che il tribunale delle acque dà della riserva originaria.

Sulla decisione n. 55 della Corte costituzionale del 1968, i commenti di V. TESTA e F. PIGA, « *Foro amm.* », 1968, II, 115 e 122, che peraltro non toccano il punto che qui interessa. Si veda, invece, E. GUICCIARDI, *L'art. 42 della Costituzione e la svalorizzazione della proprietà privata*, « *Riv. giur. edilizia* », 1968, marzo-aprile, 93-102 (precedente alla sentenza costituzionale) che illustra il punto della generalità del provvedimento anche in relazione al problema della riserva di legge (97-98).

(31) Secondo G. GUARINO, *La disciplina giuridica dei permessi di ricerca e delle concessioni minerarie*, *Scritti*, cit., 274 un altro tipo di riserva per l'impresa è prevista dall'art. 41. Si veda, inoltre, A. PREDIERI, *Pianificazione*, cit., 188 ss.

riferirsi ad ogni tipo di bene. Conviene, tuttavia, dedicare un rapido esame anche alle norme di specie.

Già altra volta (32) abbiamo cercato di mostrare come la riserva dell'art. 43 opera impedendo che soggetti privati possano diventare titolari di impresa: prescrive la mancanza di legittimazione alla situazione soggettiva di impresa. Non vale tanto insistere, quindi, sugli effetti di tale riserva quanto rilevarne l'affinità con quella dell'art. 42. Peraltro, un elemento di differenziazione c'è: la riserva *ex* 43 non è disposta al fine di rendere accessibile a tutti le proprietà ma, più genericamente, a fini di utilità generale (33). Qui « utilità » non è evidentemente riferita a una particolare categoria di utilità (economica o sociale o materiale) ma a ogni tipo di utilità. Là dove il costituente ha ritenuto opportuno precisarne ulteriormente il contenuto, lo ha fatto esplicitamente, come nell'art. 41, col riferimento alla « utilità socia-

(32) S. CASSESE, *Legge di riserva*, cit.; successivamente, sulla riserva *ex* 43, V. CRISAFULLI, « *Riserva* » e trasferimento nel disegno di legge per la nazionalizzazione delle imprese elettriche, « Riv. int. sc. econ. comm. », 1962, ottobre, spec. 905 e 911; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Nazionalizzazione (disciplina interna)*, « Noviss. Dig. It. », *ad vocem*, spec. 16-17 (dell'estr.) e C. CHIOLA, *La concessione delle imprese « riservate » dall'art. 43 Cost.*, « Giur. cost. », 1965, 3-4, 727 ss. Va inoltre segnalata la sent. n. 68 del 17 giugno 1968 della Corte costituzionale, « Corte cost. », 1968, fasc. 6-7, spec. 398-399, per la quale nell'art. 43 della Costituzione il concetto di impresa coincide, senza residui, con il complesso dei beni organizzati per l'esercizio delle attività elettriche e dei relativi rapporti giuridici e viene utilizzato dal legislatore all'esclusivo scopo di identificare e circoscrivere ciò che va trasferito all'Enel e non certo per individuare i soggetti ai quali viene preclusa la legittimazione a svolgere attività imprenditoriale nel settore elettrico.

(33) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 320 afferma che deve portare vantaggio a collettività di persone, eventualmente minori di quella nazionale. La Corte Cost. ha tentato di precisare tali fini nella sent. n. 11 del 1960 (« Giur. cost. », 1960, III) identificandoli in un interesse igienico-sanitario pubblico; nella sent. n. 59 del 1960 (« Giur. cost. », 781): interesse ad esercitare i servizi radiotelevisivi « in più favorevoli condizioni di obiettività, di imparzialità, di completezza e di continuità in tutto il territorio nazionale »; e spec. nella sent. n. 14 del 1964 (« Giur. cost. », 1964, 157) con nota di L. PALADIN, *Il sindacato della Corte cost. sull'« utilità » delle leggi*, ivi, spec. 156 ss.

le » (34). L'art. 43 non sembra ammettere solo la riserva per dar luogo a forme di proprietà o godimento collettivo come fa l'art. 42, ma sembra lasciare maggiore libertà alla scelta del legislatore nell'attribuzione dell'impresa soggetta a riserva a un soggetto piuttosto che a un altro. E, d'altra parte, l'art. 43 espressamente legittima all'assunzione del diritto sottoposto a riserva enti e collettività.

Le differenze rilevate si comprendono se si riflette al fatto che, nel caso della impresa, la riserva è di altro tipo. Infatti, l'impresa è una attività e quindi in ordine alla impresa la esclusione non opera tanto impedendo che dei singoli privati possano appropriarsi di una cosa quanto impedendo lo svolgimento di una attività. Un esempio può rendere più chiara la differenza: se un ente o una collettività è proprietaria di tutti i beni di un certo tipo, nessun altro può esserne proprietario per la forza di esclusione derivante dalla proprietà. Ma se un ente pubblico è l'unico esercente attività imprenditoriale in un certo settore, nulla impedisce che altri entrino nello stesso settore divenendo imprenditori. La riserva ha una funzione diversa nel primo e nel secondo caso: nel primo caso, la riserva impedirà che, qualora vengano ad esistenza beni della stessa categoria di quelli che l'ente ha, altri possano divenirne proprietari: se un bene privato diventa spiaggia del mare, automaticamente vengono a cadere tutte le possibilità che esso divenga proprietà privata o resti tale. Nel secondo caso, la riserva impedisce che altri svolgano la stessa attività imprenditoriale che svolge l'ente pubblico: e infatti nessuno può oggi divenire imprenditore nel settore elettrico.

In questi termini si comprende il fatto che il fine sia diverso: per i beni, quello di renderli accessibili a tutti; per le aziende, il fine di utilità generale. E, naturalmente, nulla impedisce che questo ultimo fine si realizzi in taluni casi rendendo accessibile la gestione della impresa a comunità di lavoratori o di utenti. Ma proprio perchè qui lo scopo è di utilità generale e non di rendere « accessibile a tutti »,

(34) S. CASSESE, *Legge di riserva*, cit.; si veda peraltro l'opinione di S. RODORÀ, *Note*, cit., 1280-1281.

tali comunità non necessariamente debbono comprendere tutti: esse infatti possono essere composte di collettività limitate.

Esaminiamo ora la riserva di cui all'art. 44 (35). Questo afferma che la legge fissa limiti alla estensione della proprietà terriera privata secondo le regioni e le zone agrarie al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali.

In dottrina si è discusso se l'imposizione di limiti comporti oppure no indennizzo. Alcuni hanno sostenuto la tesi positiva affermando che il fatto che l'art. 44 non preveda espressamente l'indennizzo è da ricercare nella circostanza che tale articolo concerne solo la estensione della proprietà e non si occupa dello strumento attraverso il quale deve effettuarsi la riduzione, che è l'espropriazione salvo indennizzo di cui all'art. 42 (36). Altri hanno invece insistito sulla lettera dell'art. 44 che esclude il diritto dei titolari delle preesistenti proprietà all'equivalente pecuniario del valore dei beni divenuti di proprietà sociale, ammettendo però che il legislatore potrebbe prevedere particolari, occasionali forme di indennizzo (37).

Ma il fatto che l'art. 44 non abbia fatto cenno dell'indennizzo sembra debba essere inteso in altro senso: che, in tal caso, non si è in presenza di una espropriazione (e di una riserva) ma solo di una riserva. Si comprende, allora, perchè non vi sia indennizzo: la riserva non comporta nessun sacrificio di utilità attualmente godute da privati. L'espropriazione di beni è compiuta sempre e solo a norma dell'art. 42, terzo comma, che non prevede espressamente ma neppure

(35) Sull'art. 44 in generale, G. BOLLA, *L'articolo 44 della Costituzione italiana e la sua interpretazione organica*, « Riv. dir. agr. », 1949, gennaio-marzo, I-18 e i cenni, in relazione alla impresa, di G. MINERVINI, *Contro la « funzionalizzazione » dell'impresa privata*, « Riv. dir. civ. », 1958, I, 622 ss.

(36) Così P. VIRGA, *Principi*, cit., 321; C. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, cit., 277 (che ammette peraltro la possibilità di una graduazione dell'indennizzo); G. MIELE, *La proprietà terriera nella Costituzione*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1956, 14.

(37) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 168, n. 1; G. MORZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 193; abbiamo già esaminato prima la tesi del Pugliatti su questo punto e sull'art. 42.

Il problema dei rapporti riserva-espropriazione e dell'ammissibilità di una riserva con effetto espropriativo senza indennizzo non riguarda solo l'art. 44 ma anche l'art. 42 (su questo, si veda M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 79).

impedisce che possa essere espropriata una parte sola dei beni in proprietà di un soggetto. Contestualmente, può essere disposta una riserva che renda permanente il limite (38) impedendo che il proprietario si appropri di altri beni o degli stessi beni espropriati in modo da raggiungere di nuovo la estensione che i suoi beni avevano prima di essere espropriati. Ma la riserva impedisce altresì che altri — non proprietari al momento della espropriazione — diventino proprietari di beni eccedenti il limite. Naturalmente, nulla impedisce che l'espropriazione operi riducendo la proprietà ad una estensione minore del limite fissato dalla riserva poichè riserva ed espropriazione sono atti separati. D'altro canto, non è possibile l'inverso: il limite della riserva non può essere minore di quello creato dall'espropriazione nelle proprietà attualmente esistenti perchè in tal caso la riserva avrebbe un effetto ablativo nei confronti dei proprietari che superassero attualmente il limite (non nei confronti dei futuri proprietari di beni di estensione superiore al limite). E si comprende perchè ciò non possa avvenire se solo si riflette al fatto che la riserva è un atto generale che deve colpire *tutti*, mentre la espropriazione è pur sempre un atto singolare che colpisce — salvo indennizzo — coloro che sono attualmente titolari di proprietà (o di impresa).

Prima di concludere, bisogna esaminare quali indicazioni discendano dai fini per i quali è disposta la riserva *ex art.* 44 per decidere la sorte dei beni sottoposti a riserva.

Innanzitutto, si è posto il problema se questi fini fossero da intendersi coessenziali. Vi è chi ha interpretato la norma nel senso che sia possibile graduarli o realizzarli disgiuntamente (39); chi nel senso che debbano sussistere congiuntamente essendo essi coessenziali (40); chi, infine, ha ammesso che, pur essendo coessenziali, non è da esclu-

(38) Come afferma G. MIELE, *La proprietà*, cit., 12, intendendo però che l'art. 44 legittimi sia limiti alle proprietà esistenti sia la creazione di un limite permanente.

(39) Autori cit. da C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 166, n. 1 e da C. MORTATI, *Iniziativa privata e imponibile di mano d'opera*, « Giur. cost. », 1958, 1198, n. 21.

(40) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 166, n. 1; C. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, cit., 273; G. MIELE, *La proprietà*, cit., 8.

dere che nei singoli casi prevalga uno di essi, purchè l'altro non venga meno (41) (opinione che sembra da condividere).

Per ciò che riguarda il loro contenuto, gli equi rapporti sociali e il razionale sfruttamento del suolo sembra che vadano intesi in quanto si realizzino non all'interno dei rapporti tra proprietario e lavoratori (42) ma in senso più ampio, comprendendo le sfere di proprietari e di lavoratori (43). I principi regolativi dei rapporti di lavoro in atto sono infatti contenuti negli artt. 36 e 37 e non avrebbe ragione un richiamo ad essi per il lavoro agricolo. Il fine di dare la piena occupazione ai residenti nelle zone agricole per evitarne l'esodo come mezzo per realizzare equi rapporti sociali e quello di assicurare l'uso collettivo dei residenti su certi beni per ottenere lo sfruttamento razionale del suolo (44) là dove questo, per condizioni « naturali », non può essere che collettivo (ad esempio, zone montane) paiono quindi i modi per realizzare le norme dell'art. 44. Le proprietà di enti pubblici e collettività appaiono quindi come le forme più rispondenti ai fini dell'art. 44: successivamente alla riserva, i beni eccedenti il limite dovrebbero essere quindi attribuiti a enti pubblici e a collettività.

(41) C. MORTATI, *Iniziativa*, cit., 1199 e, sembra, M. MAZZIOTTI, *Iniziativa*, cit., 1216.

(42) Come C. Cost., sent. n. 78 del 1958 (si veda però V. CRISAFULLI, *Costituzione e imponibile in agricoltura*, « Giur. cost. », 1958, 1207 che l'interpreta in maniera diversa); si veda anche C. Cost., sent. n. 61 del 1957 (« Giur. cost. », 1957, 695 ss., spec. 703). U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro, I, Introduzione*, Milano, 1955, 109, ritiene i due fini validi per tutto il complesso degli articoli dal 41 al 47 (nel senso, sembra, che essi indichino esplicitamente il contenuto degli altri fini: utilità sociale, utilità generale, ecc.). Contro una tesi di questo tipo, G. MINERVINI, *Contro la « funzionalizzazione » dell'impresa privata*, « Riv. dir. civ. », 1958, I, 622.

(43) Così C. Cost., sent. n. 49 del 1961, « Giur. cost. », 1961, 1037; M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 226 connette il primo fine con il principio di eguaglianza e con il fine di utilità generale; G. MOTZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., affermano che i fini di utilità generale non differiscono da quelli indicati nell'art. 44.

(44) Specialmente se si intende, come C. Cost. sent. n. 49 del 1961, cit., che la riserva non debba colpire i terreni migliorati perchè i limiti alla proprietà privata costituzionalmente consentiti dovrebbero tendere ad una maggiore produttività (ma è peraltro dubbia una esclusione singolare: C. ESPOSTO, *Note esegetiche*, cit., 163-164).

Questo è negato da molti autori, che pongono in relazione congiuntiva la norma sui limiti con l'altra sulla piccola e media proprietà (e con l'altra dell'art. 47) ed affermano che, successivamente alla riserva, la terra debba essere redistribuita, per dar luogo al sorgere di piccoli e medi proprietari (45). Va detto che con questa opinione si voleva negare che alla riserva potessero conseguire solo nazionalizzazioni o statizzazioni della terra (46).

Ma, nella contrapposizione tra le due tesi estreme, sfuggiva la considerazione della possibilità di altre forme di proprietà. E infatti fu poi suggerita — in contrapposizione alle tesi estreme — una soluzione che lasciava aperta ogni possibilità: una volta posta in essere la riserva, il legislatore sarebbe libero di redistribuire la terra a piccoli e medi proprietari, di affidarla ad un ente pubblico o anche di creare nuovi tipi di proprietà collettiva (47).

Ora, se è vero che l'art. 44 non indica i soggetti ai quali attribuire i beni sottoposti a riserva nè indica a quale titolo tali soggetti possano divenir titolari di proprietà di tali beni, è vero però che il fine per il quale la riserva è disposta non sembra permettere la distribuzione dei beni a privati che diverranno medi e piccoli proprietari. Innanzitutto, vi è un elemento esegetico. Le disposizioni sui limiti e sull'aiuto alla media e piccola proprietà vanno interpretate in senso disgiuntivo. Non è che i limiti — come cercheremo di dimostrare più avanti — colpiscano necessariamente la grande proprietà per permettere la costituzione della piccola proprietà. Nè dai limiti alla proprietà si deve evincere che possa darsi luogo alla piccola e media proprietà, perchè con ciò si va oltre al dettato della Costituzione, che prevede ausili finanziari ai proprietari piccoli e medi oggi esistenti e non la costituzione di nuovi piccoli e medi proprietari (48). D'altra parte, che senso avreb-

(45) C. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, cit., 271-273, 274-275 e 281-283; G. MIELE, *La proprietà*, cit., 10. È esclusa dall'esame la parte dell'art. 44 che si riferisce a obblighi e a vincoli ecc. perchè agisce sui proprietari esistenti per assicurare la funzione sociale.

(46) Tesi di C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 165 ss.

(47) G. MOTZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 186-193.

(48) Insomma, l'art. 44 non può essere rigorosamente interpretato se

be continuare ad avere nuovi piccoli e medi proprietari che — ritenuti deboli in via di principio dall'art. 44 — occorrerebbe poi sussidiare? In secondo luogo, vi è un elemento di carattere più generale: se è vero che l'art. 44 prevede limiti nel senso di riserve e se è vero che la riserva dispone la mancanza di legittimazione di tutti alla proprietà di beni colpiti da questo atto, comporterebbe una violazione del principio di eguaglianza la legge che, dopo aver escluso l'appropriazione di tutti in ordine a quei beni, li assegnasse ad alcuni privati cittadini. D'altra parte, come si determinerebbero i piccoli e medi proprietari? Non dovrebbero essere soggetti già proprietari perchè in tal modo si correrebbe il rischio di farli diventare proprietari di latifondo. Si dovrebbe dire allora che i piccoli e medi proprietari sono creati, in quanto proprietari, dalla legge? E quale termine di riferimento avrebbe una tale legge per fissare la proprietà piccola e media?

Sembrirebbe, quindi, di poter trarre dai fini dell'art. 44 una indicazione nel senso che la terra oggetto di riserva può essere attribuita solo ad enti pubblici e a collettività.

In senso contrario, potrebbe, invece, argomentarsi affermando che il riferimento dell'art. 44 non è ai piccoli e medi proprietari ma all'istituto della piccola e media proprietà. E l'affermazione potrebbe avere qualche fondamento, pur con i dubbi che sorgono per ciò che riguarda la definizione di istituto; sì da far ritenere che la proprietà terriera possa, successivamente alla riserva, essere devoluta non solo ad enti pubblici e a collettività, ma anche a privati. In questo senso si potrebbe anche argomentare che la riserva, nell'ipotesi che consideriamo di riserva per eccedenze (e cioè per le quantità di bene che superano il limite), non viola il principio di eguaglianza in quanto serve a disporre un limite che non si può valicare e che vale per tutti: per i proprietari di beni che già eccedevano il limite e che sono stati espropriati (e non possono nella stessa regione o zona agraria ridiventare proprietari di una quantità di terra che ecceda di nuovo il limite); per i soggetti che volessero divenire proprietari successivamente per

non si distinguono le diverse norme in esso contenute a seconda del diverso oggetto che esse hanno.

quantità superiori al limite fissato per la regione o zona agraria, non essendo proprietari nella zona o essendo proprietari nella zona per quantità che non eccedevano il limite; per gli stessi soggetti che si valessero dei beni espropriati ai proprietari di terra eccedente il limite, nel senso che neppure essi potrebbero divenire, successivamente, titolari di un diritto reale su beni di estensione superiore ai limiti.

D) Non era questa la sede per sviluppare una interpretazione complessiva delle norme della Costituzione sulla proprietà perchè qui interessano, di queste, solo alcune: quelle che permettono di comprendere come mai un regime di libera appropriazione dei beni possa subire delle eccezioni, le eccezioni che attengono alla « incommerciabilità » dei beni cosiddetti demaniali. Poichè era questo il precipuo oggetto della nostra ricerca non interessava qui compiere un più attento esame delle norme che incidono sul diritto di proprietà e di quelle che incidono sulle facoltà che ne fanno parte.

Non si può, tuttavia, non rilevare, per giustificare la complessiva interpretazione data delle norme costituzionali sulla proprietà in generale, che lo scoglio più grande contro il quale urtano molte delle opinioni citate è quello della contraddittorietà. Affermare che esiste una garanzia costituzionale della proprietà e, ad un tempo, la possibilità — prevista dalla Costituzione — di apporre limiti al principale diritto reale o di espropriarlo; affermare che la garanzia costituzionale della proprietà riguarda i singoli diritti e che la funzione sociale invece attiene all'« istituto » della proprietà; sostenere che la Costituzione dispone che la proprietà è libera e ad un tempo prevede una — eventuale — disciplina dei modi di godimento dei beni; cercare di dimostrare che i beni sono — per disciplina costituzionale — accessibili a tutti e contemporaneamente che taluni beni sono incommerciabili, significa formulare proposizioni che si negano a vicenda se non si ammette che le norme costituzionali hanno diverso oggetto. Su quest'ultima via si è cercato di procedere: partire dal riconoscimento che un attento esame dell'art. 42 mostra che esso non ha ad oggetto la sola situazione soggettiva di proprietà ma qualità e posizioni ad essa preliminari e facoltà in essa comprese e mostrare che gli

interventi legislativi legittimati dalla Costituzione si diversificano in ordine ai diversi oggetti.

Non era così nelle costituzioni successive alla rivoluzione francese e nello statuto albertino: lì era preso in considerazione solo il diritto di proprietà, come è dimostrato dal fatto che quelle costituzioni contenevano una disciplina solo degli atti di espropriazione e non anche degli atti di riserva e di disciplina del godimento dei beni. Infatti, solo l'espropriazione incide direttamente sul diritto di proprietà con la sottrazione del bene, mentre la riserva opera sull'appropriazione del bene e la disciplina del godimento sulla attività lecita di uso del bene da parte del proprietario (cosiddette facoltà che fanno parte del diritto). La scienza contemporanea del diritto civile ha preso atto del fatto che non esistono più solo norme poste a tutela di diritti soggettivi ma anche norme che garantiscono altre attitudini dei soggetti: qualità, posizioni, facoltà soggettive. Del pari, occorre prendere atto che la vigente Costituzione non ha più solo ad oggetto diritti ma anche altre attitudini dei soggetti, come abbiamo cercato di accennare.

Sottolineato ciò sotto il profilo dell'interpretazione sistematica delle norme costituzionali, va anche posto in chiaro che, dall'interpretazione esposta, risulta che la Costituzione non pone limiti quantitativi quanto ai beni che si possono sottrarre alla libera appropriazione. Invece, il centro della normativa costituzionale va visto nella limitazione posta al legislatore con il fine di rendere i beni accessibili a tutti, nel senso che il Parlamento può sì disporre impedimenti alla appropriazione di quantità più o meno estese di beni ma può farlo solo allo scopo di rendere tali beni accessibili a tutti. Si è così risposto alla domanda posta all'inizio: nella Costituzione non vi sono limiti quantitativi ma solo limiti qualitativi, che incidono sul fine per il quale il legislatore può disporre l'appropriabilità. Sotto il profilo costituzionale, non interessa la quantità di beni liberamente appropriabili ma il modo in cui può avvenire l'esclusione di beni dall'appropriazione privata libera poichè questa esclusione può essere disposta solo per fini collettivi. E questi debbono essere intesi in senso soggettivo,

nel senso di permettere che l'esclusione per ogni singolo si risolva nell'accesso per tutti.

Quanto si è detto permette di rovesciare quella che poteva apparire una contrapposizione tra la norma che vuole la libera appropriabilità e la norma che, legittimando la possibilità di limitazioni alla appropriazione, pone esclusioni con riguardo a categorie di beni ed è quindi suscettibile di incidere sulla effettività della prima. L'aver identificato un limite alle leggi che dispongono l'inappropriabilità nel fine di rendere i beni da esse colpiti accessibili a tutti, permette di comprendere che, al fondo, le due disposizioni costituzionali si muovono nella stessa direzione, che è quella di potenziare la posizione dei privati e negare un ruolo assorbente all'ente Stato. Ambedue non fanno che disporre l'accesso, ma in modo diverso: la prima a titolo individuale, la seconda a titolo collettivo; la prima direttamente, la seconda indirettamente, in quanto la limitazione dell'accesso individuale deve aver un motivo — e quindi risolversi — nell'accesso di tutti. La riserva — l'atto col quale si dispone la inappropriabilità — concorre a rendere effettuale l'esplicazione di quella capacità attribuita a titolo individuale della Costituzione ma inabile ad esplicarsi appieno quando molti beni vengano dichiarati « incommerciabili ». Perchè è vero sì che la capacità sussiste anche quando possa esplicarsi su un numero molto limitato di beni, ma è vero altresì che in tal caso le sue possibilità di esplicazione sono grandemente limitate dal fatto di esser pochi o nulli i beni sui quali possa trovare applicazione ogni sua manifestazione. Ed è chiaro che, un limite non essendovi in ordine al numero dei beni sottoponibili a riserva (eventualmente indicati per categorie o settori come fa per l'impresa l'art. 43), assume grande importanza la norma costituzionale che predetermina gli interessi pubblici che il legislatore, che voglia disporre una riserva, deve necessariamente curare. Quanto si vuol qui sottolineare è che tali interessi pubblici sono indirizzati nella medesima direzione della norma che permette a chiunque di divenire proprietario, e quindi la rafforzano. Dal che si evince anche il diverso modo di operare delle garanzie costituzionali, in ordine alla proprietà e in ordine all'impresa: nel primo caso, di-

ponendo limiti alla riserva che attengono al motivo della legge di riserva, nel secondo caso, disponendo limiti alle imprese che possono essere oggetto di riserva; nel primo caso, sarà costituzionalmente illegittima una legge che disponga riserva senza il fine di rendere i beni oggetto di riserva accessibili a tutti, nel secondo caso, sarà illegittima costituzionalmente una legge che disponga riserva al di fuori di servizi pubblici essenziali, fonti di energia o situazioni di monopolio.

D'altra parte, il rilievo che le due norme mirano allo stesso fine dovrebbe esser chiaro se si pensi solo al tipo di bene avuto principalmente presente da questa norma, e cioè ai fiumi, alle strade, alle spiagge ecc. Or è anche da una mera riflessione evidente che il negare la libera appropriazione di beni di questo tipo serve proprio ad assicurare che su di essi vi sia accesso da parte di tutti. E ciò è necessario proprio perchè un accesso individuale ed a carattere esclusivo (appropriazione) toglie sia la possibilità ad altri di usare lo stesso bene sia la maggiore utilità allo stesso bene, utilità che consiste nell'essere il bene mezzo di comunicazione, strumento per il godimento di beni individuali ecc. Se si volesse mettere tutto ciò nei termini usati dai giuristi e dai sociologi dello scorso secolo, si potrebbe dire che vi sono beni per natura appropriabili individualmente e beni per natura appropriabili collettivamente e che il sottrarre i secondi all'appropriazione individuale non toglie nulla alla libertà dei singoli, anzi l'accresce perchè ciò comporta che tutti possano goderne.

4. In altra sede — perchè qui non interessa la disciplina costituzionale del procedimento con il quale si pone in essere la riserva — occorre esaminare gli elementi della riserva: le figure soggettive, i motivi, l'oggetto, i presupposti, l'effetto, i soggetti nei confronti dei quali opera (1). Qui ci limiteremo ad esaminare il profilo strutturale del problema: questo infatti interessa chi voglia definire i caratteri pubblici della proprietà dei pubblici poteri ricostruendo la disciplina

(1) Basti ricordare che in ogni caso (42, 43 e 44) la riserva può essere disposta solo con legge: è allo Stato-legislatore, quindi, con esclusione di altri soggetti, che è rimesso il potere di esclusione di cui si parla.

dei beni pubblici per ciò che attiene alla loro circolazione e, quindi, ai rapporti che discendono dal regime della circolazione tra i soggetti (privati e pubblici) in ordine ai beni. Il problema poi può essere esaminato sotto il profilo dinamico nello studio delle vicende dei beni degli enti e quindi degli atti necessari ad assumere e a dismettere tali beni. Esaminiamo, quindi, le qualità, le posizioni e le situazioni giuridiche che discendono dall'atto di riserva per i privati esclusi da una parte e per i pubblici poteri (2) proprietari dall'altra; successivamente i beni nei confronti dei quali possa esservi riserva, e cioè l'indicazione costituzionale dell'estensione della proprietà pubblica.

A) Per ciò che riguarda le qualità dei privati, abbiamo già visto che — in ordine alla proprietà — vi è una garanzia costituzionale della capacità. A questo proposito si pone il problema seguente: se la capacità è un attributo generale, che significato ha che venga disciplinata nell'art. 42, con riguardo al diritto di proprietà (3)? A prima vista, in

(2) Finora e d'ora in poi si intende con « privati » tutti i non legittimati; per « pubblici poteri », « pubblica amministrazione » o « enti pubblici » tutti i soggetti legittimati. Da quanto si dice nel testo si comprende che tali espressioni sono formule di comodo; a rigore, tra i soggetti legittimati rientrano le comunità di lavoratori e di utenti alle quali non si deve forse attribuire natura pubblica. Per indicare i soggetti legittimati si è preferito non ricorrere alla locuzione « Stato » perchè sono legittimati alla proprietà di beni nei confronti dei quali opera la riserva anche enti pubblici diversi dallo Stato.

(3) Si prescinde qui dall'esame del problema dei rapporti tra soggettività e capacità (A. FALZEA, *Capacità (teoria generale)*, « Enc. dir. », *ad vocem*, II paragrafo). Se si ammette che la soggettività coincide con la capacità di diritto, occorrerebbe esaminare se vi sia una norma costituzionale attributiva di soggettività.

Vi è chi afferma: « non esiste... nella Carta una norma che esplicitamente attribuisca all'uomo come tale la personalità. Anzi, l'art. 22, nello stabilire che « nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica », farebbe pensare, argomentando *a contrario*, che non solo si potrebbe, per motivi politici, essere privati della capacità di agire e menomati della capacità giuridica (cioè vedere questa più o meno ristretta, per esempio, alla sola capacità di diritto privato) ma che addirittura per motivi diversi dai politici, si potrebbe essere privati della stessa capacità giuridica. Cioè, per esprimerci in una forma alquanto paradossale, ma non perciò meno aderente alla lettera di questo articolo, un eventuale ritorno alla... schiavitù che non fosse fondato su ragioni politiche, sembrerebbe costituzionale! È però evidente l'assurdo e quindi la necessità di attribuire all'articolo un significato diverso da quello letterale.

questo articolo c'è una disciplina delle capacità con riguardo a un certo diritto, la proprietà, e quindi a certi oggetti — o serie di oggetti — di questo diritto: le cose. Si potrebbe quindi pensare che le norme

Infatti, è indubbio che il nostro sistema costituzionale abbia inteso vietare la privazione della capacità giuridica non solo per motivi politici, ma per qualsiasi ragione: abbia cioè inteso inibire qualsiasi forma di *capitis deminutio maxima*. Ciò va dedotto, in primo luogo, dall'articolo 2 che esplicitamente, e in via generale, parla di diritti inviolabili dell'uomo e quindi implica la capacità di quest'ultimo di essere titolare di diritti; inoltre dalle numerose disposizioni, sopra indicate, che attribuiscono all'uomo, come tale, concreti diritti o altre situazioni giuridiche soggettive. Di conseguenza, il riconoscimento della capacità giuridica dell'uomo, non solo resta confermato, ma assurge a principio di diritto costituzionale insuscettibile di essere violato da leggi ordinarie, neppure entro i limiti (apparenti) dell'articolo 22. Il contenuto normativo di questo articolo devesi perciò trovare in ciò che esso non dice: cioè nel vietare, non solo la privazione, ma anche la semplice limitazione della capacità giuridica (e di agire) per motivi politici, così come l'articolo 3 comma 1 vieta qualsiasi limitazione di capacità giuridica e di agire per ragioni relative al sesso... ». (C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, « Studi economico-giuridici », Cagliari, 1952-53, 16-17. Quanto al riferimento all'art. 2, va ricordato che per U. NATOLI, *Limiti*, cit., 69, la garanzia della personalità dell'uomo « trova la sua più piena formulazione » nell'art. 2 (e 3). C'è da chiedersi, tuttavia, se si possa dare una interpretazione lata alla norma che espressamente si riferisce a *diritti*).

Un'altra opinione è quella di chi desume i principi della capacità dall'art. 3 della Costituzione in materia di eguaglianza. Infatti si afferma che « le osservazioni tendenti a dimostrare l'esistenza di diseguaglianze costituzionalmente previste per motivi di *capacità*, sono ineccepibili; ma, appunto perchè esse attengono alla capacità, non hanno a che fare con la *qualità* di soggetto privato, con la *personalità*. Cioè, tutti i soggetti privati sono posti dalla Costituzione in posizione di perfetta eguaglianza tra loro dinanzi alla legge, e quindi dotati di qualità, o *status*, perfettamente identici; soltanto differenze di capacità possono creare diseguaglianze; ma allora, all'opposto di quanto si afferma nella citata dottrina, la *lex generalis* sarà quella della eguaglianza, ed eccezionali saranno le norme sulle incapacità. Alla prima dunque, e non alla seconda potrà applicarsi l'analogia ». Lo stesso autore afferma: « Questa norma viene a confermare quanto si è notato al paragrafo precedente: l'eguaglianza delle qualità di soggetto privato è la regola; solo le differenze di capacità tra soggetti privati possono creare diseguaglianze; ma tali differenze non possono mai essere basate su motivi politici, nel quale caso violerebbero e la regola generale e quella, semplice corollario, contenuta nell'articolo 22 della Costituzione ». (P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 13, 14, 215. Dello stesso autore, si veda anche *La libertà nella Costituzione*, Padova, 1966, 24 ss. Sul problema dei rapporti tra capacità e eguaglianza e sulla riduzione del principio di eguaglianza alla eguale capacità giuridica, le osservazioni di

disciplinatrici della capacità contengano non la disciplina della capacità in generale; contengano invece la disciplina dell'attitudine dei soggetti a rendersi titolari di diritti con riguardo a particolari oggetti.

Occorre fare una distinzione tra norme che disciplinano la capacità in generale e norme che, pur disciplinando la capacità in generale, lo fanno in ordine a certi particolari beni. Cioè, l'attitudine generale del soggetto a diventare titolare di diritti, può essere disciplinata in generale o con riferimento a certi particolari diritti. Quello che cambia non è l'attribuzione, alla persona che viene presa in esame, di una attitudine generale, ma è il modo della disciplina. Nell'art. 42, I comma, non si disciplina una « capacità speciale » per il semplice fatto che si prende in esame la capacità in ordine a particolari beni. Questa è una caratteristica che dipende dal modo in cui si realizza questa disciplina: vi è una norma generale non espressa che si manifesta in ordine a serie di diritti. Non bisogna confondere attributi di carattere specifico con disciplina di carattere specifico: il fatto che in un articolo della Costituzione sia disciplinato un attributo generale della persona quale è la capacità della persona, con riguardo a certi particolari diritti, non significa che oggetto di questo articolo sia una « capacità speciale », per il fatto che qui quello che cambia è il modo in cui viene presa in esame la capacità da questo articolo, e non invece l'oggetto di questo articolo, e cioè l'attributo della persona al quale ci si riferisce. Bisogna, insomma, fare attenzione e distinguere tra l'oggetto che viene preso in considerazione nella norma e il modo in cui la disposizione normativa contenuta nell'articolo dispone su questo oggetto. Cioè, il modo in cui l'ordinamento si pone nei confronti del-

L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965, 21 ss., 174 ss. e 250 ss.). Vi è chi afferma che « gli artt. 2 e 3 della Costituzione interpretati in coordinazione segnano piuttosto dei fini dello Stato con riguardo all'individuo, mentre le regole della capacità giuridica e di agire deriverebbero piuttosto dagli artt. 1-3 cod. civ. » e che « qualsiasi soggetto di diritto è giuridicamente capace; questa è una regola generale che ammette soltanto limitazioni espressamente disposte (art. 1 c.c.) e che non richiede altre precisazioni » (G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1954, n. 17, 12 e 41).

l'oggetto, guardandolo nel suo insieme o guardandolo in alcune sue parti.

Quindi non esiste una norma generale sulla capacità: questa viene dalla Costituzione disciplinata in maniera atipica, cioè con riguardo a particolari diritti. Si è detto che non bisogna farsi trarre in inganno dal modo in cui si realizza questa disciplina: essa, nell'art. 42, I comma, si realizza con riguardo a un particolare diritto; con riguardo ad altri diritti, in altri articoli. Ma, che si espliciti nei confronti della proprietà, che si espliciti nei confronti dell'impresa, che si espliciti nei rapporti politici, che si espliciti nei rapporti sindacali, l'oggetto è sempre uno: una capacità, un'attitudine generale.

Può dirsi quindi che l'art. 42, I comma, contiene una norma che ha per oggetto la capacità delle persone di diventare titolari di diritti. Il primo comma dell'art. 42 stabilisce un principio di libertà di entrata e di libertà di uscita dal campo. Nessuno può essere, nel nostro ordinamento, proprietario coatto: è lasciato (esclusivamente e senza nessun limite) alla scelta del soggetto il diventare o no proprietario o imprenditore.

Ora esaminiamo più da vicino l'articolo 42. Questo afferma « la proprietà è pubblica o privata; i beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati » e poi continua « la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge » (4). Esaminiamo, innanzi tutto, i soggetti che possono diventare titolari di proprietà. L'articolo 42 fa riferimento a proprietà pubblica o privata e allo Stato, ad enti o a privati. Esso legittima i cittadini e gli stranieri, le formazioni sociali (o, meglio, le altre figure soggettive) ma legittima anche quelle figure soggettive che non sono persone fisiche. Con riguardo alla proprietà, in altre parole, la capacità è disciplinata sia per i cittadini, sia per gli

(4) Le due espressioni hanno « un valore meramente classificatorio » per G. MORZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 182; U. COLI, *La proprietà e l'iniziativa privata*, Commentario Calamandrei-Levi, I, Firenze, 1950, 370, afferma che le due enumerazioni sono « di una sconcertante vacuità » e « meramente tautologiche »; M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 199-201, rileva che l'art. 41 c. 1 non garantisce costituzionalmente la proprietà collettiva perchè non la menziona; si veda anche S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 224.

stranieri, sia per le altre figure soggettive diverse dalla persona fisica (5), sia, ancora, per le figure soggettive aventi natura pubblica. E, tra queste figure soggettive, in particolare per lo Stato in quanto ente.

Ciò che finora si è detto riguardava il profilo dei soggetti, cioè riguardava la possibilità che taluni soggetti hanno di diventare titolari di proprietà. Questa possibilità, come è evidente, la si può esaminare anche sotto il profilo dei beni, cioè spostando l'angolo visuale dal profilo dei soggetti al profilo dei beni. Ora, sotto il profilo dei beni, la stessa norma si può ripetere in questi termini: che alcuni beni sono liberamente appropriabili dai privati. Si è detto alcuni beni e non tutti i beni, perchè non vi è nella Costituzione nessuna indicazione che ha riguardo alla quantità di beni che debbono essere appropriabili e alla quantità di beni che non debbono essere appropriabili. In linea generale, la capacità, come attitudine generale, può esplicarsi sia su pochi beni sia su tutti i beni esistenti in un certo determinato momento: l'importante è che tutti i soggetti siano dotati della stessa capacità, cioè che tutti coloro che siano capaci, lo siano in maniera eguale nei confronti dei beni, non essendo importante quanti beni siano appropriabili oppure no (vi è infatti chi fa discendere anche dall'art. 3 la norma che dispone l'eguale diritto di partecipazione ai beni, la loro accessibilità a tutti (6)).

Il problema, posto nei termini indicati, si basa sulla distinzione tra proprietà pubblica e privata; tra proprietà statale e proprietà di

(5) Sul problema della garanzia costituzionale della proprietà e dei diritti fondamentali per le persone giuridiche, W. WEBER, *Eigentum und Enteignung, Die Grundrechte*, II, Berlin, 1954, 361 e, principalmente, W. RÜFNER, *Zur Bedeutung und Tragweite des Artikels 19 Abs. 3 des Grundgesetzes (Anwendbarkeit der Grundrechte auf juristische Personen)*, AÖR, 1964, n. 89, oktober, 314-315, che distingue l'ipotesi della garanzia del diritto di divenir proprietari da quella della difesa da limitazioni non legittime per i proprietari e afferma che ambedue valgono per le persone giuridiche; salvo che per il primo aspetto il legislatore può disporre limitazioni nel senso di disporre che solo certi soggetti possano divenire proprietari; ma l'associato che come tale non possa divenire proprietario, ha la possibilità di divenire proprietario a titolo individuale.

(6) M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 224-226.

privati. Ma si può dare anche un'interpretazione diversa dalla precedente: che tutti i beni siano appropriabili e non soltanto alcuni dei beni; che, sotto il profilo della libera appropriabilità dei beni, sia indifferente chi si appropria, cioè se i pubblici poteri oppure i privati. In questo caso, sarà indifferente la quantità di beni che viene appropriata dai pubblici poteri e la quantità di beni che viene appropriata dai privati. In altre parole, la disposizione dell'art. 42 mira a questo scopo: porre tutti i soggetti (nella specie, persone fisiche, cittadini o stranieri, figure soggettive, pubbliche o private) sulla stessa linea di partenza; attribuire cioè a tutti costoro capacità a diventare proprietari. Una volta che sia attribuita capacità a tutti questi soggetti, non ha alcuna importanza, ai fini della Costituzione, sapere quali soggetti siano proprietari della maggiore quantità di beni. Vi è una appropriazione pubblica e una appropriazione privata; che i pubblici poteri esplicino questa potestà di appropriazione più dei privati o che i privati la esplicino più dei pubblici poteri, è indifferente; ciò che importa è che sussista quello che in termini economici si chiama un « settore privato » accanto a un settore pubblico. Le dimensioni del settore privato e le dimensioni del settore pubblico sono indifferenti.

B) Dobbiamo ora esaminare più approfonditamente la posizione in cui i privati si trovano nei confronti dei beni oggetto di proprietà dei pubblici poteri (dei soli, naturalmente, nei confronti dei quali opera riserva, perchè gli altri sono di pertinenza dei pubblici poteri *jure privato*, nel senso di senza riserva). Si è già detto che essi sono privati della legittimazione ad essere titolari di proprietà di quei beni.

Ci si chiede innanzitutto perchè la Costituzione sia ricorsa ai due termini « modi di acquisto » e « limiti »; mentre la prima è perfettamente comprensibile, la seconda fa pensare — come si è visto — a espropriazione, quindi a beni che siano già di pertinenza di privati.

Ora è evidente che i privati possono essere privati della legittimazione solo nei confronti di diritti dei quali non siano già titolari (7). Questi ultimi possono essere oggetto solo di espropriazione.

(7) Nell'atto con il quale un bene viene organizzativamente inserito nella

Può accadere che — ad esempio nei confronti di proprietà ritenute eccessivamente estese — si disponga un'espropriazione. L'espropriazione di beni determinati non impedisce al proprietario espropriato di diventare proprietario di altri beni dello stesso tipo, eventualmente contigui a quelli espropriati. Si comprende che in tal modo l'effetto voluto dalla Costituzione non si realizzerebbe: continuerebbe ad esservi il grande proprietario. Per evitare ciò, è prevista una riserva che opera ponendo un limite di quantità a tutti coloro che volessero diventare proprietari per estensioni eccedenti tale limite (8).

Abbiamo in questa maniera illustrato la combinazione di espropriazione e di riserva. Non è peraltro necessario insistere su questo punto perchè esso interessa più l'esame dei procedimenti di riserva e di espropriazione che lo studio del regime pubblicistico dei beni dei pubblici poteri.

Può la riserva colpire solo alcuni soggetti privati oppure deve colpirli tutti? A questo proposito si afferma da molti che la riserva debba essere un provvedimento generale e non singolare. In questo modo però si vorrebbe anche sostenere che la riserva non si possa operare su singoli beni. È facilmente comprensibile come, in questa maniera, la definizione della generalità del provvedimento non attiene più ai soggetti che vengono colpiti ma attiene invece all'oggetto. Invece riserva come provvedimento generale va inteso in un altro senso: che la riserva priva tutti i soggetti della legittimazione con riguardo a determinati beni. La riserva opera l'esclusione sopra indicata con riguardo a tutti i soggetti: non possono quindi essere poste in essere riserve che operano questa esclusione con riguardo a categorie di soggetti: in questo senso, veramente, la riserva deve essere generale.

pubblica amministrazione « liegt mitnichten eine Enteignung auf kaltem Wege; denn der öffentlichrechtliche Status kann nur begründet werden, wenn der organisierende Sachherr selbst Eigentümer ist oder wenn zwar ein anderer Eigentümer ist, dieser aber dem Organisationsakt zustimmt », così afferma K. STERN, *Die Öffentliche Sache*, « VStRL », n. 21, Berlin, 1964, 204, che parte però dalla negazione della esistenza di proprietà collettiva.

(8) Si tengano presenti i problemi posti dall'applicazione dell'art. 44 con la legge Sila e la legge stralcio di riforma: G. MIELE, *La proprietà*, cit., 12.

Se non fosse così, infatti, sarebbe violato il principio di eguaglianza. L'eguaglianza si deve supporre in tutti i soggetti nel momento preliminare all'acquisizione del diritto: tutti possono concorrere all'acquisizione di un certo bene, all'appropriazione (9). Se la riserva opera per alcuni e non per altri, escludendo alcuni e non escludendo altri, è evidente che alcuni non saranno sulla stessa linea di partenza.

Nella riserva possono essere inclusi gli stessi proprietari dei beni a titolo di proprietà collettiva o gli utilizzatori di *res communes omnium*. In altre parole sono colpiti da riserva gli stessi soggetti che possono diventare proprietari collettivi di quel bene: infatti la riserva colpisce l'appropriazione individuale e non l'appropriazione collettiva. Nel caso invece di *res communes omnium*, opera nei confronti degli estranei, opera nei confronti dei singoli soggetti in quanto singoli e opera perfino nei confronti di tutti i soggetti in quanto collettività, perchè quel bene non può essere che una *res communis omnium*. È evidente però che la distinzione tra proprietà collettiva e *res communes omnium* è una distinzione storica: tutti i beni sottoposti a riserva offrono delle utilità a tutta la collettività; salvo che alcuni di questi beni sono in abbondanza tale in natura che non è necessario che tutti siano proprietari, perchè tutti ne possono godere liberamente: l'aria; l'acqua del mare, ecc. Altri beni, quali le strade, le acque pubbliche, si presentano in quantità limitate; addirittura sono composti di beni artificiali, come le strade costruite mediante l'opera dell'uomo. Non è necessario affermare la proprietà, oltre la riserva, di beni che esistono con tale abbondanza in natura che non si pone un problema di proprietà. Nella misura però in cui gli uomini scoprono nuove forme di utilizzazione di questi beni, per questi cominciano a porsi dei problemi di proprietà. Nell'evoluzione storica, i beni in natura abbondanti, nella misura in cui se ne scoprono nuove utilizzazioni, diventano limitati in quantità e quindi tendono a verificarsi nei confronti di essi dei fenomeni di proprietà.

Torniamo al tema della generalità del provvedimento. La generalità del provvedimento non esclude che vi sia la possibilità di un

(9) Si veda M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 224-226.

limite per regione: potrebbe essere disposta una riserva per i beni esistenti in una determinata zona. Non vi è infatti nessuna trasgressione del principio della generalità del provvedimento in quanto, nei confronti dei beni di quella determinata zona, vi sarebbe una privazione della legittimazione di tutti i soggetti della collettività (10). Si vede quale importanza abbia la definizione della generalità sulla base dei soggetti che vengono colpiti e non degli oggetti. Possono essere colpiti anche oggetti bene identificati, purchè, in ordine a quegli oggetti, tutti abbiano un eguale punto di partenza. E questo va collegato anche al fatto che l'oggetto della riserva, creando la privazione della legittimazione, deve essere identificato. Un atto di riserva non può non indicare l'oggetto al quale si riferisce perchè la riserva opera una privazione della legittimazione come attitudine generale dei soggetti con riguardo a diritti che attengono ad oggetti determinati. Una prova della legittimità costituzionale di una riserva posta per beni in particolari zone è data dal fatto che una riserva simile è contenuta per una particolare specie di beni, la proprietà terriera, nell'art. 44 della Costituzione.

Al rilievo che la riserva colpisce tutti i privati bisogna aggiungere che essa non può operare a favore di un privato e a danno di tutti gli altri. Questa ipotesi è contraria alla Costituzione sia perchè non conforme al principio di eguaglianza, sia perchè in tal modo non si raggiungerebbe lo scopo di rendere i beni accessibili a tutti.

Ritorniamo al fenomeno della mancanza di legittimazione.

a) Il profilo di teoria generale della mancanza di legittimazione in ordine a taluni beni deve essere qui adeguatamente illustrato. Per far ciò occorre prendere le mosse dalla teoria delle cose di proprietà pubblica come cose incommerciabili.

La posizione giuridica particolare di taluni beni è stata infatti avvertita dalla dottrina che sostiene essere i beni del demanio cose fuori commercio. Fuori commercio si dicono le cose fuori della sfera dei rapporti patrimoniali privati. Entità giuridiche, quindi, alle quali

(10) S. CASSESE, *Legge di riserva*, cit., 1353 e ivi bibliogr.

è « inapplicabile il diritto privato » (11). L'incommerciabilità è ritenuta « canone principalissimo » anche se non è dato riscontrarlo nelle leggi, che lo affermano solo indirettamente: « su tale postulato fondamentale è ordita tutta la tela delle disposizioni, che contrassegnano i caratteri dei beni pubblici » (12).

(11) B. BIONDI, *I beni*, Torino, 1956, 178.

(12) G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, III, Firenze, 1900, 280-281. Vi è chi parla di insuscettibilità alla proprietà privata dei beni demaniali: si veda la bibliografia cit. in E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 29-30.

Si è detto che le cose che sono in commercio hanno capacità ad essere economicamente oggetto di scambio e giuridicamente di rapporti giuridici privati (specie di diritti reali privati); le cose che non sono in commercio non possono formare oggetto di rapporti giuridici privati. Le cose fuori commercio sono « cose non suscettibili di appropriazione e che non possono essere oggetti di diritti, ma in ordine alle quali si esplicano potestà o funzioni pubbliche » (S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 160-161). « Le cose demaniali sono fuori commercio: ciò si argomenta dalla tradizione del diritto romano e comune e dall'art. 430 (823) che li dice inalienabili. Ciò implica innanzitutto che non sono oggetto di rapporti giuridici privati...; i singoli non possono acquistare diritti privati su detti beni; non la proprietà, che sarebbe incompatibile coll'uso pubblico e neppure qualunque altro diritto reale... Infine i detti beni non sono capaci di formare oggetto di contratto *jure privato*... ». Che le cose demaniali siano fuori commercio significa che esse non possono essere alienate, che non si può dai privati acquistare su di esse alcun diritto totale o frazionario di dominio, sia per convenzione sia per prescrizione. Quindi esse sono inalienabili, non assoggettabili ad ipoteca o a servitù prediale, non sottoponibili ad espropriazioni per debiti nè ad espropriazione per pubblica utilità, non sottoponibili a servitù legali stabilite dal codice civile a favore di privati, all'imposta fondiaria e a quella sui fabbricati, imprescrittibili e non assoggettabili a possesso. Le cose demaniali possono invece essere sottoposte a servitù per utilità pubblica per legge speciale (F. CAMMEO, *Demanio*, Dig., cit., 861, 893, 897 e *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 451 e 458).

Taluni dei più antichi autori sostenevano già che demanialità significasse insuscettibilità della cosa alla proprietà privata ma alcuni la facevano dipendere dai caratteri naturali della cosa, che l'ordinamento si limitava a riconoscere e constatare, altri la intendevano come il prodotto della destinazione della cosa (vedi riferite le opinioni in O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limite del demanio pubblico*, I, *Stato della dottrina e della giurisprudenza*, « Giur. it. », 1897, 18-19, 23, 26 e 27, 37 estr.; e II, *I beni demaniali nel diritto italiano*, « Giur. it. », 1898, 98 estr., dove l'autore critica la nozione di insuscettibilità alla proprietà privata per i caratteri naturali della cosa). La nozione di incommerciabilità, in altre parole, non va intesa in senso assoluto: « solo il commercio come (dal diritto privato) è inteso non è ammissibile, non ogni com-

Non è il caso di discutere la nozione di incommerciabilità. Bisogna piuttosto notare che essa è formula verbale riassuntiva di più effetti giuridici ed è quindi intesa in più accezioni: come esclusione

mercio, intesa questa parola in senso largo». Anzi, « il regime delle cose che non sono in commercio rileva dal diritto pubblico»: incommerciabilità non vuol dire che queste cose non possono formare oggetto di rapporti giuridici di diritto pubblico (SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 468-469-483. Così anche B. BIONDI, *I beni*, Torino, 1956, 178).

Di recente si è affermato: « la demanialità di un bene non produce la totale esclusione del bene dal commercio. Infatti la demanialità di un bene non è incompatibile con la presenza di diritti reali parziari di privati ed è ugualmente suscettibile di proprietà privata il bene sul quale l'ente pubblico abbia diritti reali di godimento (le c. d. servitù pubbliche). Sia i diritti reali, nel primo caso, sia la proprietà, nel secondo, sono alienabili, e non si può dire quindi che il bene sia *extra commercium* » (A. PINO, *Contributo*, cit. più avanti, 831-852).

Da una certa data in poi, la dottrina ha preferito parlare di inalienabilità anziché di incommerciabilità, assumendo quindi, come caratteristica dei beni demaniali, il riflesso dell'incommerciabilità sul soggetto: la limitazione al suo potere di disposizione.

Il demanio risulta dalla confluenza di due istituti: proprietà statale e inalienabilità: « l'ordinamento giuridico, per aumentare la garanzia della soddisfazione dell'interesse pubblico, non solo assoggetta la cosa alla proprietà statale, ma rende la cosa utilizzabile per il suo valore di uso ed inabile ad essere oggetto di rapporti di scambio, che possano comunque sottrarre l'utilità della cosa alla sua destinazione, cioè la rende inalienabile » (F. ROVELLI, *I beni demaniali*, Milano, 1937, I, 25-26).

I beni indicati al primo comma dell'art. 822 del codice civile sono assolutamente inalienabili fintantochè ne rimane ferma la destinazione. Vi sono poi beni (alcuni di quelli del secondo comma) che possono essere trasferiti da uno ad altro ente territoriale e beni (altri, sempre tra quelli del secondo comma) per i quali l'alienabilità è solo subordinata ad un'autorizzazione. Alcuni interpretano questa norma nel senso che rimane sempre ferma la possibilità di esercitare la funzione pubblica alla quale il bene pubblico è destinato, in virtù dell'art. 825 (E. GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, Scritti per la Cedam, Padova, 1953, II, 527-528).

Si notava poi peraltro che non è carattere della sola proprietà pubblica la inalienabilità. Anche la proprietà privata ammette limiti assoluti o relativi alla facoltà di disposizione (S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *la proprietà*, Milano, 1938, 161). Noi vedremo in seguito come carattere del « demanio » non è l'inalienabilità (da parte dei pubblici poteri) ma la riserva (esclusione dei privati). Altri riscontrata la caratteristica tipica della demanialità nella imprescrittibilità e nella inespropriabilità. Ma a proposito della prima si notava che parlare di imprescrittibilità dei beni demaniali non ha senso perchè non è possibile possesso, da parte di un terzo, di un bene che ha una destinazione pubblica necessaria (E. GUICCIARDI, *Il concetto*, cit., 529). A proposito della

dal commercio (e quindi con riferimento a tutti i rapporti); come esclusione dal solo commercio tra privati; come principio limitativo della potestà dispositiva della pubblica amministrazione (inalienabilità, sia che tale inalienabilità venga intesa in senso naturale, come discendente dalla natura fisica delle cose, sia che sia intesa come discendente dalla natura giuridica delle cose e quindi come dipendente dalla destinazione (inalienabilità relativa); sia che l'inalienabilità venga riferita alla cosa in senso stretto sia che venga riferita alla funzione di utilità pubblica cui la cosa è destinata e quindi al godimento della cosa (come limite gravante sullo Stato e avente ad oggetto la destinazione al pubblico della cosa (13)), come inidoneità a formare oggetto di negozi patrimoniali privati (e quindi dal punto di vista dei pre-

seconda si diceva che i beni demaniali non possono essere sottoposti ad esecuzione forzata e ad espropriazione per pubblica utilità nè possono costituire garanzia per eventuali obbligazioni civili dello Stato perchè altrimenti potrebbero essere sottoposti a trasferimento (F. ROVELLI, *I beni*, cit., II, 9).

I beni patrimoniali possono essere oggetto di espropriazione; non così i beni demaniali: «dove l'interesse pubblico che è causa dell'espropriazione lo consiglia, si può, dall'autorità competente, far cessare la demanialità appunto perchè l'espropriazione possa aver luogo, ma del procedimento vero e proprio di questa non è a parlarsi prima che il bene, sclassificato, non sia divenuto patrimoniale» (S. ROMANO, *Principi*, cit., 579). I beni demaniali non sono suscettibili di espropriazione forzata per i crediti di terzi verso l'ente pubblico come conseguenza dell'inalienabilità (E. GUICCIARDI, *Il concetto*, cit., 528).

Con maggiore precisione, a proposito dell'imprescrittibilità, si diceva: dato che la dottrina ha precisato il concetto di alienazione nel senso di ogni dismissione di diritto, sarebbe preferibile abbandonare la forma curiale e dire che essi sono beni «imprescrittibili e non passibili di negozi di diritto privato». Infatti è noto che essi possono essere oggetto di trasmissione da ente pubblico a ente pubblico, di espropriazione da parte dello Stato se siano di enti pubblici minori ecc. (M. S. GIANNINI, *Parere sul progetto del II libro del C.C. delle cose di proprietà pubblica*, «Studi sassaresi», 1940, II-III, 228).

(13) In quest'ultimo senso, A. DE VALLES, *Inalienabilità del demanio pubblico*, «Riv. dir. pubbl.», 1914, II, 413 ss.; seguito in parte da M. F. CLAVERO AREVALO, *La inalienabilidad del dominio publico*, Sevilla, 1958, spec. 56-57. Come esclusione per i beni demaniali del valore di cambio e non di quello di uso A. GAGLIO, *Sul concetto d'una proprietà di diritto pubblico*, «Riv. dir. pubbl.», 1921, I, spec. 452. Si veda in G. PANDOLFELLI, G. SCARPELLI, M. STELLA RICHTER, G. DALLARI, *Codice civile, libro della proprietà*, Milano, 1941, 61, relazione della commissione reale, p. 13 dove la inalienabilità è intesa come conseguenza della extracommercialità.

supposti del negozio) (14); come mancanza di attitudine ad essere oggetto di diritti privati (e quindi con riferimento alle situazioni soggettive di cui il privato può divenire titolare su beni incommerciabili (15).

Ben s'intende, non è che queste diverse accezioni si escludano l'un l'altra; anzi, talune sono in rapporto di genere a specie, altre in posizione di implicazione reciproca. Qui non interessano tutte, ma solo una. È forse vero infatti, che oggi non ha più importanza (16) parlare di incommerciabilità perchè questa è un'espressione troppo comprensiva che fa, ad esempio, perdere la percezione della esistenza di gradi diversi di commerciabilità (17).

b) Delle diverse accezioni di incommerciabilità — o, meglio, di uno dei tratti che in essa venivano riassunti — una permane nella più recente dottrina: quella di inidoneità o impossibilità del bene ad essere oggetto di determinate situazioni giuridiche (18). Questa ini-

(14) Sulla incommerciabilità come insuscettibilità dei beni demaniali di essere oggetto di negozi di diritto privato e sulla conseguente nullità del contratto di vendita che abbia per oggetto beni demaniali, Trib. sup. acque, 12 aprile 1945, « Foro it. », 1944-46, I, 964 e Cass. 21 aprile 1955 n. 1128, « Foro it., Mass. », 1955, c. 243. Si veda anche B. BRONDI, *La vendita di cose fuori commercio, Scritti giuridici*, III, Milano, 1965, 344 che afferma, per i *loca publica* romani, che se l'*habere licere* si fa consistere nel godimento conforme a destinazione, la vendita è nulla non perchè la prestazione sia impossibile ma perchè ripugna alla *bona fides* che anima il rapporto ammetter che taluno dia un corrispettivo per usare quelle cose su cui ha un diritto di uso in qualità di cittadino, nella stessa guisa che è nulla la vendita di cose proprie del compratore. Se invece l'*habere licere* si considera nel senso più ampio, che investe cioè la cosa nella sua pienezza, bisogna riconoscere che tale *habere licere* è impossibile a favore del singolo su cosa che dall'autorità pubblica è destinata ad un determinato uso della collettività.

(15) A questa diversità di effetti fa riscontro una diversità in ordine alla fonte della « incommerciabilità », che da alcuni è vista nella natura della cosa, da altri nella destinazione intesa in senso oggettivo, da altri nella destinazione intesa in senso oggettivo ma dalla quale sorgono diritti soggettivi di coloro che possono usare la cosa (un panorama in O. VON GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, 19-38).

(16) S. PUGLIATTI, *Cosa (teoria generale)*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 89.

(17) A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1948, 851.

(18) La dottrina esposta nel testo è anche definita con i termini di inappropriazione, o meglio inappropriabilità. Si è criticato che le cose diventano

doneità — ben s'intende — sarebbe dipendente dalla cosa stessa ed avrebbe — rispetto all'oggetto — un valore analogo a quello che ha l'incapacità rispetto al soggetto (19). In questo senso, i beni demaniali sarebbero cose che non hanno attitudine a offrire utilità agli uomini e ad essere assoggettate al loro potere. Non manca anche chi — vedendo tale inidoneità sotto il profilo dinamico — la prende in considerazione come idoneità dell'oggetto del negozio: i beni demaniali non avrebbero « attitudine... a ricevere l'assetto o regolamento pratico che il negozio ha di mira » (20). Inidoneità non va intesa — secondo questo orientamento — in senso naturale (21). I beni detti demaniali non sono inidonei ad essere oggetto di determinate situazioni soggettive per le loro caratteristiche fisiche: basti ricordare che, se fosse così,

beni solo con l'appropriazione: « se così fosse, il bene sarebbe tale solo in confronto del soggetto, titolare del diritto di proprietà, mentre il bene è anche rispetto a tutti gli altri soggetti, indipendentemente dall'esistenza di un proprietario del bene stesso. ...Con il negare l'idoneità al corpo umano vivente, con lo stabilire quali cose possono essere suscettibili di occupazione (art. 923) e quali possono essere *nullius* (arg. art. 827), il diritto si occupa precisamente di cose che non sono riferimento di alcun rapporto giuridico concreto. Si spiega così, perchè gli stessi sostenitori della necessità di appropriazione (attuale) parlano spesso di appropriabilità, intendendo per tale l'astratta possibilità del bene di divenire il riferimento di rapporti giuridici, e designano, cioè, con il termine " appropriabilità " ciò che più correttamente si indica con un concetto più ampio e che include anche l'appropriabilità: la idoneità » (A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1948, I, 837). Si veda anche M. LONGO, *Inalienabilità*, « Noviss. dig. », *ad vocem*, 922.

(19) F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 136 e A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1948, I, 835 (dove sostiene il parallelo tra l'810 come norma che attribuisce l'idoneità e l'art. 1).

(20) E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 237. SALV. ROMANO, *Vendita-contratto estimatorio*, « Trattato di diritto civile Grosso - Santoro - Passarelli », Milano 1960, 62-63 parla di beni esclusi dalla disponibilità privata.

(21) Come sosteneva la dottrina più antica (citata da O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, I, *Stato della dottrina e della giurisprudenza*, « Giur. it. », 1897, 18-19 (dell'estr.) e F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico della città del Vaticano*, Firenze, 1932, 297 in nota (che sosteneva essere carattere della demanialità l'infungibilità, riferendola ai beni immobili: su questa opinione, si veda E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 61-68-69).

non si spiegherebbe come mai possa aversi sdemanializzazione e passaggio a privati di beni demaniali. Nè sembra che possa essere intesa come riflesso dell'appartenenza di beni demaniali a soggetti pubblici nel senso che dalla natura pubblica del soggetto che è titolare di proprietà su questi beni discende la inidoneità dei beni ad essere oggetto di determinate situazioni soggettive dei privati. Basti pensare che in tal modo non si spiegherebbe la diversa natura dei beni detti demaniali (pubblici) e di quelli detti patrimoniali (beni privati di ente pubblico) e la circostanza che i primi siano colpiti dalla inidoneità e i secondi, invece, no (22). Dalla maggioranza degli autori idoneità è intesa in un terzo senso, come prodotto della destinazione della cosa ad una certa utilizzazione, compiuta dalle norme (23). Ma anche in questo senso la nozione di inidoneità dell'oggetto sembra possa essere sottoposta a critica. Dire che i beni cosiddetti demaniali non hanno attitudine — in senso giuridico — a offrire utilità agli uomini come singoli e ad essere assoggettati al loro potere non spiega il fenomeno più interessante e — con l'eccezione del demanio militare — più diffuso; che tali beni, pur essendo suscettibili di utilizzazione da parte di ogni membro della collettività, non sono « idonei » ad essere oggetto di proprietà di ciascuno di essi. In altre parole, dietro la « idoneità » rimane nascosto proprio ciò che va posto in luce: che vi è una disciplina per la quale, pur fornendo il bene utilità a ciascuno dei soggetti — a tutti, ad esempio, in quanto utilizzano le strade — è solo alla collettività che può essere assoggettato. La nozione di idoneità o inidoneità oggettiva non permette di comprendere — proprio perchè riferita all'oggetto — la diversa posizione dei soggetti come singoli e come collettività. E ciò si capisce se si pon mente al fatto che essa è stata formulata per il caso in cui vi sono utilizzabilità e potere indi-

(22) Che « nel nostro ordinamento la distinzione dei beni basata sulla persona alla quale appartengono è priva di qualsiasi valore scientifico » sostiene A. PINO, *Contributo*, cit., 851 (ma perchè questa non indica una caratteristica obiettiva del bene).

(23) « In quanto qualificata giuridicamente » (R. FRANCESCHELLI, *L'oggetto del rapporto giuridico*, « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1957, I, 10).

viduali e non quando l'utilizzabilità è di ogni singolo soggetto e il potere della somma di questi.

Inoltre, la nozione di inidoneità in senso oggettivo come prodotto della destinazione della cosa ad una certa utilizzazione, non tiene conto del fatto che la « inidoneità » non è disposta con riferimento a singoli beni bensì con riferimento a categorie di beni. In altre parole, la norma che dispone la cosiddetta inidoneità non si indirizza solo ai beni esistenti attualmente ma anche alle cose che verranno in esistenza purchè siano della medesima categoria. Ciò è confermato dalla lettera dell'art. 822, che dispone — come si è detto (24) — per « tipi » di beni. Ed è confermato altresì dal rilievo che — se non fosse così — l'atto che dispone l'« inidoneità » del bene sarebbe un atto singolare: colpirebbe solo coloro che volessero appropriarsi del bene al momento in cui è emanato l'atto e permetterebbe successivamente ad altri di appropriarsi di beni della stessa specie (25).

Inoltre, sostenere che la inidoneità dipende dalla determinazione degli usi (destinazione) nasconde due ordini di problemi che vanno tenuti distinti: la inappropriabilità del patrimonio collettivo, da parte di singoli membri della collettività o da parte di estranei, a titolo individuale, inappropriabilità disposta al fine di rendere il bene accessibile a tutti; la determinazione degli usi del bene collettivo. Ma questi problemi sono diversi tra loro e quindi bisogna trattarne in luoghi diversi per i seguenti motivi. In primo luogo 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 rendano accessibile a tutti il bene (cioè, che assicurano la possibilità del contemporaneo uso da parte di altri membri della collettività); se la determinazione degli usi è un

(24) A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 280.

(25) S. FOIS, « *Riserva originaria* » e « *riserva di legge* » nei « *principi economici* » della Costituzione, « Giur. cost. », 1960, 491 (riserva per categorie come riserva « generale »).

Si ricordi che le leggi di riforma contengono anche forme di « riserva temporanea » (per un periodo di 6 anni): C. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, cit., 281.

fatto consequenziale alla dichiarazione di inappropriabilità del bene, non può essere addotto a spiegare tale inappropriabilità. In secondo luogo la determinazione degli usi non riguarda solo i beni di proprietà collettiva ma anche quelli di proprietà individuale e ricorre anche per i beni in proprietà di privati; la circostanza che essa sia necessaria nella proprietà collettiva mentre è un fatto eventuale in quella individuale (perchè più persone non possono utilizzare lo stesso bene, senza entrare in conflitto o distruggere il bene, se i modi di utilizzazione non sono predeterminati nel senso che i proprietari possono godere del bene solo nei modi consentiti e non in tutti i modi con esclusione di quelli proibiti), non esclude che una determinazione degli usi possa esservi nella proprietà individuale — sia in quella di enti pubblici sia in quella di privati. Quindi, se, da una parte, il criterio per determinare gli usi è lo scopo per il quale è disposta la inappropriabilità (rendere il bene accessibile a tutti: art. 42 Cost.), e, dall'altra, la determinazione degli usi si può riscontrare anche in altri casi e ad altri fini — e, principalmente, anche nella proprietà di privati — la materia della determinazione degli usi trova più opportuna collocazione nell'indagine sulla disciplina di diritto comune della proprietà di enti pubblici (struttura del diritto) (25-bis).

(25-bis) Altri parla del « contenuto » del diritto o del « profilo dinamico » del diritto. Abbiamo preferito l'espressione « struttura del diritto » perchè più rigorosa: il termine contenuto e l'altro forma creano falsi problemi (esiste un « contenuto » stabile o minimo del diritto di proprietà? qual'è la « forma » del diritto di proprietà?). L'espressione profilo dinamico crea anch'essa delle alternative (dinamico e statico) che possono essere comodi punti di vista ma non nozioni rigorose giuridicamente.

Intendiamo per struttura del diritto il suo lato interno, le facoltà — e gli eventuali doveri od oneri che ad esse ineriscano — che lo costituiscono. La destinazione non sta ad indicare beni il cui uso sia limitato materialmente dalle caratteristiche naturali ma beni in ordine ai quali le facoltà del proprietario — altrimenti libere — sono soggette a limiti. Usando una terminologia imprecisa, si parla di limiti dall'esterno che modificano la struttura del diritto.

C'è innanzitutto da chiedersi se il diritto di proprietà degli enti pubblici differisca da quello dei privati sotto il profilo delle facoltà: se, cioè, i pubblici poteri abbiano sempre solo le facoltà espressamente ad essi attribuite. Ora, essi, quando sono titolari di proprietà, hanno — di regola — tutte le facoltà che ineriscono alla proprietà. In altri termini, la proprietà è la somma di facoltà:

Nell'indagine sulla disciplina dei beni pubblici derogatoria alle norme di diritto comune trova collocazione solo l'esame della « inap-

quando alcune di queste non siano attribuite, siano stabilmente escluse, non vi è proprietà. È contraddittorio affermare, da una parte, che i pubblici poteri sono proprietari e, dall'altra, che dipende dalla legge se ad essi certe facoltà siano attribuite oppure no. Ben s'intende che qui ci si riferisce all'esclusione stabile, permanente, di talune facoltà, non all'esclusione che dipende dalla sottoposizione del diritto al principio di funzione. La differenza sta nel fatto che, mentre la tesi — che si critica — che ai pubblici poteri siano attribuite solo le facoltà espressamente indicate, implica in ogni caso l'esclusione di tutte le altre; la sottoposizione del diritto al principio di funzione — come sarà chiaro tra poco — esclude facoltà o le condiziona a oneri od obblighi solo nei casi espressamente previsti. In altre parole, nel primo caso è la regola; nel secondo, può essere sia la regola sia l'eccezione.

Naturalmente, altro discorso è quello per cui sottoposto al principio di funzione non è il diritto ma il soggetto pubblico in quanto tale. Ma chi ciò affermasse dovrebbe poi dimostrare in qual maniera la norma che attiene al soggetto si riflette stabilmente sui diritti che pertengono al soggetto (altro e diverso problema è quello di cui parleremo più avanti del principio del necessario raggiungimento del fine come limite alla disposizione del bene).

Abbiamo visto sopra che esiste « proprietà pubblica » sottoposta a riserva e « proprietà pubblica » non sottoposta a riserva. Bisogna aggiungere ora che esiste proprietà dei pubblici poteri ad uso determinato e proprietà dei pubblici poteri ad uso libero. Ma — così come la riserva non modifica la struttura del diritto facendolo divenire, da privato, pubblico — la determinazione dell'uso non caratterizza la sola proprietà dei pubblici poteri. Esistono infatti proprietà private ad uso determinato (cosiddette proprietà-funzione). Questo punto è stato chiarito da tempo da chi afferma che « l'affectation n'est pas nécessairement liée à l'idée du domaine. Des biens privés, appartenant à des particuliers, peuvent également être affectés à une destination publique » (R. CAPITANT, *Nota in D.*, 1933, III, 50, alla decisione C.E., 17, 2, 1932 Commune de Barran). Può essere interessante notare che, invece, si orientano in senso opposto coloro che hanno fatto oggetto di studio *ad hoc* la nozione di « affectation »: questa, negli studi di Duverger, Maroger e Lenoir sull'argomento, diviene il tratto distintivo della proprietà pubblica o amministrativa. Può essere interessante altresì ricordare che una tendenza recente (si veda specialmente C. KLEIN, *La police du domaine public*, Paris, 1966, 275) si orienta nel senso di espungere la nozione di « affectation » in favore di quella di « police » dei beni pubblici. Su questi problemi nella dottrina francese, H. HARDINGHAUS, *Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachwaltung*, Berlin, 1966, 77 ss.

La determinazione dell'uso non solo non contraddistingue la « proprietà pubblica » per differenziarla da quella dei privati ma non è propria neppure del solo diritto di proprietà dei pubblici poteri; non è solo il diritto di proprietà bensì ogni altro diritto dei pubblici poteri — come dei privati — che può essere « funzionalizzato ». Ad esempio, il diritto di impresa.

Per comprendere in qual maniera la funzionalizzazione incide sul di-

propriabilità». Questa non attiene alla struttura del diritto (relazioni interne proprietario-bene), ma ai rapporti soggetti in quanto indivi-

ritto di proprietà, occorre prendere in esame le teorie della *destinazione* dei beni pubblici ad un uso pubblico generale, ad un servizio governativo, ad una funzione esclusiva dell'ente e quelle della *funzione* sociale della proprietà privata.

Il codice civile, all'art. 828, afferma: «... i beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano». Da questo articolo si evince la regola che elemento caratterizzante della proprietà di beni indisponibili è il vincolo di destinazione. L'indisponibilità — si è detto — ha due significati per i due gruppi di beni dell'art. 828: per il primo si vuole garantire che i beni non escano dalla proprietà dello Stato; per il secondo, non è escluso il trasferimento, salvo che non comporti la loro sottrazione alla destinazione ricevuta (E. GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, « Scritti per la Cedam », Padova, 1959, II, 534-535).

Ci si chiede, innanzi tutto, se tale vincolo riguardi i soli beni patrimoniali indisponibili. Ora, l'articolo citato del codice va inteso nel senso che i beni patrimoniali indisponibili sono, di regola, sottoposti solo al regime di vincolo di destinazione e non a riserva. Null'altro esso dice e quindi non esclude che i beni cosiddetti demaniali possano essere beni vincolati a una destinazione.

V'è chi afferma che sono demaniali i beni patrimoniali indisponibili *stabilmente* destinati ad un servizio pubblico o governativo. La temporaneità della destinazione sarebbe quindi il criterio di discriminazione tra beni patrimoniali indisponibili e beni demaniali: ambedue le categorie in quanto sono inalienabili e imprescrittibili hanno un elemento comune (F. ROVELLI, *I beni demaniali*, Milano, 1937, 16-19). Chi ritiene che la demanialità è frutto della confluenza di proprietà e di inalienabilità sostiene anche che da ciò consegue una limitazione dell'uso: « il bene, in quanto è inalienabile, non può essere utilizzato che per il suo *valore di uso*, esclusa ogni possibilità di essere utilizzato secondo il *valore di scambio* » (F. ROVELLI, *I beni*, cit., II, 7). « La demanialità essendo destinazione a scopi particolari di interesse pubblico, non assorbe — come la proprietà — tutte le possibili utilità che la cosa può rendere, non abbraccia la cosa nella universalità dei suoi rapporti » (F. ROVELLI, *I beni*, cit., II, 6).

Vi è chi vede come carattere distintivo della demanialità la destinazione necessaria del bene al soddisfacimento di un pubblico interesse. Per alcuni basta la destinazione al fine pubblico, per altri deve esservi anche la necessità della destinazione (opinioni riferite in R. RESTA, *Beni pubblici*, « Commentario al codice civile Scialoja Branca », Bologna-Roma, 1960, 66-67). La ragione della sottoposizione al regime cosiddetto demaniale — si dice — sta proprio nella specifica destinazione dei beni che vi sono sottoposti: tende ad impedire che ai beni che vi sono sottoposti sia data una destinazione diversa fino a che essi conservano la loro attitudine fisica a soddisfare la prima (E. GUICCIARDI, *Il concetto*, cit., 517 e ivi cit.).

dui (siano membri della collettività o non lo siano)-collettività, in ordine al bene collettivo: questo non può divenire di proprietà in-

Altri afferma che «... la destinazione può considerarsi come un limite, nel senso che non è consentito un godimento dei beni demaniali che contrasti con la destinazione medesima. Ogni limite si risolve nel divieto di esercitare la facoltà di godimento in contrasto con l'interesse che la norma, con l'imposizione del limite, mira a tutelare» (S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, 160-161). Per evitare che i beni vengano sottratti alla loro destinazione, è prescritto che siano inalienabili, imprescrittibili, insuscettibili di esecuzione forzata e di espropriazione.

Nessuno esclude, quindi, che l'art. 828 sia riferito non solo ai beni cosiddetti patrimoniali indisponibili ma anche ai beni detti demaniali: anzi, per lungo tempo la destinazione (all'uso pubblico o ad un pubblico servizio) è stata ritenuta elemento caratteristico della demanialità (si vedano gli autori cit. in E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, *passim*).

È, comunque, riconosciuto che il cosiddetto vincolo di destinazione operi — o possa operare — sia per i beni detti patrimoniali indisponibili sia per i beni detti demaniali.

Visto su quali delle categorie dei beni indicate dal codice agisce il «vincolo di destinazione», esaminiamone gli effetti. Neanche una recente indagine (S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962) fornisce lumi sulla struttura della destinazione e sul modo in cui essa opera sul diritto di proprietà. In realtà, nella ricerca menzionata, la nozione di destinazione è preliminare allo studio, volto a fornire invece una nuova classificazione dei beni dei pubblici poteri (diritti reali limitati, crediti, denaro, beni disponibili; beni destinati a uso pubblico, beni destinati ad un pubblico servizio, beni di particolare interesse pubblico). Solo qualche accenno si può cogliere là dove viene compiuto un raffronto con la destinazione dei beni nel diritto privato. Ivi si afferma trattarsi di «fenomeni ben diversi». La destinazione dei beni pubblici opera il «collegamento di un bene con determinati fini di interesse pubblico» mentre la destinazione nel rapporto pertinenziale, nella universalità di mobili e in altri casi pone «un collegamento economico tra beni». Vi è invece qualche aspetto in comune con gli atti di costituzione della dote o del patrimonio familiare: ad esempio, l'inalienabilità. Infine, «maggiore affinità esiste... tra la destinazione dei beni degli enti pubblici e la situazione in cui si trovano taluni beni dei privati che, per la loro attitudine a soddisfare pubblici interessi, sono sottoposti a determinati vincoli...»; ma «la diversità dei soggetti cui appartengono determina... delle notevoli differenze nel regime giuridico (specie per quanto riguarda l'incomerciabilità) e dà comunque luogo a problemi in gran parte diversi» (S. CASSARINO, *La destinazione*, cit., 197-199).

Non è che la dottrina non si sia interessata della destinazione: essa ha sempre sentito con maggiore interesse il problema della indicazione dei tipi di destinazione (problema del contenuto della destinazione): destinazione all'uso pubblico, al servizio pubblico, eccezionale ecc., destinazione alla conservazione, alla distruzione, destinazione aziendale, destinazione nazionale ecc.

dividuale. Il diritto positivo può disporre questa « inappropriabilità » in modi diversi: ad es.: dichiarando i singoli non legittimati agli atti

(per tutti, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 66 ss.); quello della nascita della destinazione: se sorga da una dichiarazione o da un atto reale; quello della efficacia della destinazione: nullità degli atti contrari alla destinazione, esclusione della funzione di garanzia per i creditori dei beni sottoposti a destinazione (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 63-65). Ma la indicazione dei tipi di destinazione deve trarsi dal diritto positivo e riguarda quindi i singoli beni pubblici. Il problema della nascita (e della estinzione) della destinazione attiene, invece, alle vicende acquisitive (e di dismissione) del diritto. In ordine all'aspetto della efficacia della destinazione, infine, qualche indicazione viene da chi si è chiesto quale collegamento vi sia tra indisponibilità e vincolo di destinazione. Questo è definito come rapporto tra il bene e la funzione che esso deve svolgere per l'assolvimento dei compiti propri dell'ente proprietario: vi ha quindi rilievo e il momento reale, oggettivo, e quello soggettivo. Dalla destinazione discende il divieto di porre in essere negozi che comportino il mutamento della destinazione (G. FALZONE, *I beni del « patrimonio indisponibile »*, Milano, 1957, 122, 124, 128-129). Per ciò che riguarda il mutamento dei soggetti titolari, l'autore afferma che « intatta rimane la disponibilità del bene, solo può dirsi che la medesima... si sottopone dal legislatore quasi a una condizione » (G. FALZONE, *I beni*, cit., 148); successivamente, tralasciando ogni limitazione condizionale, afferma « sono in realtà disponibili, con l'unico limite costituito dal vincolo della destinazione che non esclude però l'attuazione su tali beni di mezzi giuridici privati, ma gli stessi, in linea generale, consente, purchè non comportino mutamento o, più ancora, soppressione della loro destinazione pubblica » (G. FALZONE, *I beni*, cit., 149).

Va anche ricordato che l'esistenza di una destinazione è dall'autore riscontrata anche in numerosi beni privati quali alberghi, edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico, strade vicinali, aerodromi e impianti aeronautici privati, cose private, immobili e mobili, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnografico, bellezze naturali, foreste di proprietà privata (G. FALZONE, *I beni*, cit., 121 ss. Si è preferito qui prescindere dall'esame delle opinioni di chi riteneva incompatibile con l'idea di proprietà quella di limite o di destinazione che opera sul contenuto del diritto, come, ad esempio, A. GAGLIO, *Sul concetto di una proprietà pubblica*, « Riv. dir. pubbl. », 1921, I, 451).

La seconda delle nozioni che dobbiamo esaminare è quella di funzione sociale. È noto come questa ha avuto origine: staccandosi dalla nozione di limitazione intesa in senso negativo e superando le difficoltà fraposte da coloro che l'hanno interpretata nel senso opposto, per esprimere la subordinazione del momento sociale a quello individuale; da coloro che la vedevano riferita all'impresa e non alla proprietà e da coloro che la configuravano come rapporto personale connesso alla situazione soggettiva reale (l'evoluzione è descritta in S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà, La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 279-282 e 286).

Si è alla fine, potuto definire la funzione sociale come un limite che

che comportano il trasferimento in proprietà individuale del bene collettivo. Il nostro diritto positivo ha scelto invece un'altra strada: quella

penetra nella struttura del diritto subiettivo del proprietario — produttore e lo fa diventare discrezionale, sì che ad esso possono applicarsi le figure dell'interesse legittimo, dell'eccesso e dello sviamento di potere (E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, « Atti del I congresso nazionale di diritto agrario », Firenze, 1936, spec. 176-177).

Altri, in passato, ha sostenuto che proprietà-funzione e proprietà funzionale sono separate. Infatti — si è detto — il rapporto giuridico al quale si innesta il diritto di proprietà ha come soggetto attivo il proprietario e come soggetto passivo la collettività. Quando a questo rapporto reale si collega un rapporto personale con il quale il proprietario, in quanto tale, assume degli obblighi verso la pubblica amministrazione, si ha proprietà-funzione. L'obbligazione stimola a raggiungere, nell'esercizio del diritto di proprietà, finalità d'interesse sociale ma opera dall'esterno, nel senso che i due rapporti sono indipendenti. Le sanzioni dell'inadempimento dell'obbligo comportano la surrogazione da parte del creditore ma possono condurre fino all'espropriazione.

La funzione sociale può farsi sentire nell'interno dello stesso diritto di proprietà. In questo caso il potere è strettamente connesso col dovere: ma il collegamento della funzione pubblica con la facoltà di godimento non incide sulla struttura del rapporto (come, del resto, nella proprietà-funzione). Questa è la proprietà funzionale.

La imposizione di obblighi (proprietà-funzione) attua (mediatamente) la funzione sociale, servendosi del diritto di proprietà come mezzo e del proprietario come agente: il diritto di proprietà del privato è lo strumento per la attuazione della funzione sociale, sicchè si ha coincidenza tra l'attuazione di tale funzione e la realizzazione dell'interesse del proprietario e cioè la contemporanea attuazione di due finalità distinte e parallele. Nella proprietà funzionale, o proprietà pubblica, invece, la funzione sociale è insita nello stesso diritto di proprietà dell'ente pubblico; la funzione pubblica, operando dall'interno, colora in modo particolare lo schema strutturale del rapporto, ma non lo disintegra, non lo scinde in rapporti di natura diversa: « non perchè miri e tenda a realizzare un interesse pubblico -- e cioè per lo scopo — la proprietà pubblica si distingue dalla privata; ma per il modo con cui è garantita l'attuazione dell'interesse pubblico: tale scopo, infatti, può essere attuato anche dalla proprietà privata, ma solo indirettamente...; mentre è attuato direttamente dalla proprietà pubblica, con la specifica destinazione dei beni all'adempimento di una funzione pubblica, che diventa elemento integrante del rapporto di proprietà » (S. PUGLIATTI, *Istituzioni*, cit., 16-21 e 140-159; si veda anche, dello stesso autore, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., spec. 46-48. In senso simile, lo stesso autore ne *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, 1964, 82 ss., ove anche interessanti altre osservazioni sulla funzionalizzazione).

Si badi che lo stesso autore è tornato su questo tema in anni successivi affermando che « la proprietà (se già non è, tuttavia) si avvia ad essere strumento di realizzazione di una complessa e poliedrica funzione sociale ». Il

di impedire non gli atti ma, direttamente, che si realizzino gli effetti voluti da tali atti. L'esempio più semplice di come opera tale dichia-

nostro ordinamento conosce più modi per polarizzare la proprietà verso finalità sociali; proprietà funzionale, proprietà risolubile, proprietà formale, proprietà condizionata, proprietà fiduciaria (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., *passim*).

Vi è chi, dopo aver affermato che la proprietà terriera riconosciuta e garantita dalla Costituzione è la proprietà attiva (la proprietà di un bene produttivo non può non essere attiva, perchè la produzione richiede l'opera dell'uomo), sostiene che la proprietà chiamata ad assolvere la funzione sociale non è la proprietà-diritto soggettivo, ma la proprietà come istituto giuridico. La proprietà come diritto non è funzione sociale perchè non esistono diritti che siano doveri. Al contrario, alla proprietà come istituzione possono essere posti oneri e obblighi. Questi doveri devono, però, restare fuori di quel nucleo caratteristico del diritto soggettivo che è il potere di soddisfare un proprio interesse e soltanto il proprio interesse. Inoltre, di fronte alla discrezionalità della pubblica amministrazione, la proprietà degrada a mero interesse legittimo (F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, «Justitia», 1953, 173-175).

Vi è chi, ribadito che la funzione sociale opera dall'interno del diritto, ha affermato che essa si manifesta come mancata attribuzione di facoltà, come complesso di condizioni per l'esercizio di facoltà attribuite, come obbligo di esercitare determinate facoltà. Nel primo caso si ha una riduzione del contenuto della proprietà; nel secondo, l'efficacia degli atti compiuti dal proprietario è subordinata al ricorrere di determinati presupposti (S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1960, 1312-1313).

Vi è, anche, chi ha tentato la via analitica affermando che i vincoli alla proprietà privata possono consistere in obblighi di non fare relativi al godimento, vincoli di destinazione, vincoli di immodificabilità, obblighi di non fare relativi alla disposizione, obblighi di *pati* relativi all'esercizio di poteri da parte dell'amministrazione e obblighi di *pati* relativi all'uso pubblico (in questo senso P. VIRGA, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, Palermo, 1962, 178).

In tempi recenti si è posto in luce (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 127) che l'espressione «funzione sociale della proprietà» è meramente descrittiva e generica. Si è detto che — nei confronti della proprietà — il legislatore ipotizza, in parallelo con le attività dei privati, dei procedimenti amministrativi. Questi ultimi possono essere volti a controllare la circolazione giuridica di un bene privato o a controllare l'uso che del bene fa il privato. La seconda categoria si distingue in beni ad uso controllato a fini negativi e beni ad uso controllato a fini positivi: tra questi sono i beni a destinazione pubblica quando vi è obbligo di adibire la cosa solo ad un uso predeterminato. La facoltà di disposizione è conservata: l'obbligo incide invece sulla facoltà di godimento (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 128 e 136).

Alla tesi del Giannini si avvicina, ma solo in parte, P. STELLA RICHTER, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, «Riv. giur. edilizia»,

razione di inappropriabilità è offerto dall'art. 1145: il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto. Ben può

1968, marzo-aprile, 103-124, il quale distingue controllo dell'uso da destinazione d'uso: «mentre nel controllo dell'uso del bene l'autorità amministrativa agisce a tutela di interessi pubblici relativi all'attuale struttura del bene o della zona in cui il bene si trova o dei beni che si trovano ad esso vicini, nell'intervento a fini urbanistici, e cioè nell'intervento di destinazione d'uso dell'immobile, gli interessi pubblici tutelati non sono ricavabili da un esame del bene (o in sé od in relazione ai beni vicini) ed il risultato che si intende conseguire non è la conservazione di un certo valore esistente, ma la creazione di un nuovo valore con la modificazione dell'attuale stato di fatto» (110).

La critica del Giannini alla tesi della funzione sociale riguarda — come si può notare dal breve cenno fatto a essa — la significatività della formula. E, in questo senso, si riferisce al modo in cui il fenomeno della «funzionalizzazione» è stato studiato, per via di analisi dei modi in cui esso si manifesta ma dimenticando di ricostruire con completezza i caratteri della proprietà-funzione (alcuni di tali caratteri sono indicati, sia pure in via di ipotesi di lavoro, in questa indagine: ad esempio, l'autotutela che si accompagna alla «funzionalizzazione» della proprietà pubblica e privata).

Ma, oltre alla critica del Giannini, si è andato diffondendo molto di recente un altro tipo di critica alla tesi della funzione sociale della proprietà. Questo secondo orientamento critico tende a negare l'esistenza stessa del problema, laddove il Giannini si riferiva solo al modo di studiarlo scientificamente. L'orientamento critico al quale ora facciamo riferimento si è manifestato non solo in dottrina ma anche in giurisprudenza, nella recente sentenza della Corte Costituzionale n. 55 del 9 maggio 1968, dove si è affermato che «senza dubbio la garanzia della proprietà privata è condizionata, nel sistema della Costituzione, dagli articoli 41 al 44, alla subordinazione a fini, dichiarati ora di utilità sociale, ora di funzione sociale, ora di equi rapporti sociali, ora di interesse e utilità generale». Nella sostanza, la Corte ha in tal modo affermato che la proprietà è riconosciuta in quanto realizza la funzione sociale ed ha quindi negato che la funzione sociale sia estranea alla proprietà oppure sia caratteristica accidentale della proprietà.

Ma il secondo orientamento critico di cui si parla ha trovato il più ampio sviluppo in tre opere recenti e quasi contemporanee (L. Micco, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967) che sono giunte tutt'e tre, indipendentemente l'una dall'altra, a risultati molto simili.

Del primo dei tre volumi s'è già detto. Vanno ora considerati gli altri due contributi. Ambedue partono da una critica della tesi della funzione sociale della proprietà, anche se in termini diversi. Il Costantino afferma «ormai chiusa la questione della funzione sociale della proprietà» (255) e ne spiega i motivi: ogni istituto giuridico è diretto per sua natura ad assolvere una funzione sociale e concorre a realizzare più equi rapporti sociali (27); l'affermazione che la funzione sociale opera indipendentemente dall'esistenza

esservi possesso, purchè non si realizzi l'effetto di usucapione. La norma che permette l'emanazione di atti (legislativi) il cui effetto

di una norma in cui si concreti non fa progredire l'indagine, anche se è impostazione giusta (28; ma poi, 29, afferma che il giudice ha bisogno di una norma espressa per vietare un atto del proprietario contrario alla funzione sociale); è dubbio che la legge che determina la funzione sociale esprima il valore che la solidarietà sociale assume tra soggetti (29); la funzione sociale può essere intesa in modi diversi a seconda dei diversi orientamenti politici, mentre la legge considera l'attività del proprietario in concreto, in relazione al bene giuridico (29).

Detto ciò, il Costantino afferma che la proprietà come potere assoluto di godimento riflette lo schema della proprietà dei beni di consumo (144) e non corrisponde ad una valutazione sociale del fenomeno (89); l'attività del proprietario si può definire come utilizzazione secondo autonomia (90, 101; ma poi, 91, parla anche di utilizzazione secondo economicità). L'interesse del proprietario è tipico; non è indeterminata posizione di vantaggio del titolare verso gli altri soggetti ma si determina in concreto in riferimento alle destinazioni possibili del bene: la realizzazione piena dell'interesse coincide con l'attuazione del potere di scelta fra tutte le possibili destinazioni economiche del bene giuridico (128-129, 144-145, 157, 165, 174, 176, 178).

A queste premesse è legata l'affermazione del Costantino che la proprietà ha in sé la sua funzione sociale ed è come tale valutata (96); la legge *ex* 42 Cost. non aggiunge alla proprietà un valore che questa non ha, ma si limita a specificarlo, ad assicurare in concreto la possibilità della sua esplicazione (96 e 118). « L'utilizzazione dei beni secondo autonomia non è consentita in quanto coincide con il pubblico interesse. Se mai, è pubblico interesse garantire al privato il libero esercizio del suo diritto soggettivo nei limiti in cui è riconosciuto dall'ordinamento » (255); « la rilevanza giuridica della situazione soggettiva di collegamento non riduce l'ambito di una astratta signoria assoluta, ma anzi giustifica la tutela dell'interesse del proprietario, in particolare di quel proprietario che risulta il più idoneo ad attuare pienamente la funzione del suo diritto in base a una valutazione in concreto, comparativa degli interessi dei proprietari dei beni collegati » (317).

Interessa meno, in questa sede, rilevare che il Costantino riprende la tesi del carattere oggettivo della disciplina proprietaria per affermare che la disciplina del bene non si risolve in disciplina della proprietà (99, nota) sì che non si possono riferire alla proprietà tutte le vicende del patrimonio del soggetto. Interessa piuttosto rilevare che — su quelle premesse — egli fonda l'osservazione che non è l'esercizio del diritto di proprietà ad essere determinato da principi estrinseci, ispirati alla solidarietà sociale o all'interesse pubblico (72), in quanto la qualificazione di interesse pubblico opera in riferimento al bene giuridico ed è assoluta, non relativa alla sola proprietà: la corrispondente disciplina accompagna il bene sia quando forma oggetto di diritti sia quando costituisce il punto di riferimento di qualunque fenomeno giuridico; in questo caso la disciplina si applica al titolare di qualunque diritto reale di godimento, al possessore, al detentore ecc. (115; negli stessi termini,

è di impedire che privati acquistino la proprietà individuale è l'articolo 42, che prevede la possibilità di una riserva (che va tenuta distin-

333). Ciò che gli permette di affermare che la qualificazione di interesse pubblico di certe specie di beni non determina un diverso modo d'essere della proprietà, alterando la sostanza dell'istituto (115), che esiste un unico tipo di proprietà (117) e che il fenomeno del controllo è esterno alla relazione di proprietà (116 e 120).

Anche la citata indagine di F. Romano si muove su una linea critica della funzione sociale affermando che « la funzione sociale reagisce... sulle misure del potere e del dovere, determina la misura del potere attraverso il dovere; non c'è qui nulla della antitesi meccanicistica tra struttura e funzione » (237); in definitiva, la funzione sociale indica il valore della proprietà nell'ordinamento, « valore ottenuto attraverso la commisurazione del potere e del dovere » (246). Per l'autore vi sono doveri che si collocano come elementi di struttura della posizione soggettiva e obblighi che nascono in seno ad un rapporto che unisce due soggetti rispetto alla medesima *res*, e rispetto ai quali acquista un significato determinante il potere di autonomia (62 e 183 ss.). Con un « rinvio totale all'ordinamento » (43) si ottiene la figura complessiva di proprietà, composta di potere e dovere (così, con espressioni diverse ma univoche, 47, 55, 57, 193, 198, 226); nè diversamente è da dirsi, per il Romano, con riferimento alle cosiddette obbligazioni « *propter rem* » che nascondono situazioni di dovere che concorrono alla strutturazione del diritto reale (così 144, 149, 118-119, 220).

L'analisi di F. Romano svolge peraltro un ulteriore ordine di considerazioni che non possono essere qui tralasciate, anche perchè permettono di iniziare alcuni cenni critici con riguardo all'orientamento del quale si parla. L'autore dice: « respinta la tesi che utilizzando un formalizzato concetto di proprietà afferma l'incoerenza espressiva della espressione « funzione sociale della proprietà », e quindi respinto il presupposto dogmatico su cui quella tesi si fondava, vale a dire la identificazione della proprietà con il diritto soggettivo senza limite per cui l'accostamento dell'obbligo implicherebbe anche la compromissione di un'espressione della libertà, la funzione sociale fa il suo ingresso nel corpo delle regole che conformano la proprietà, diviene elemento della definizione strutturale di proprietà. Ma rotta la resistenza iniziale a riconoscere questa presenza; accettato l'inquadramento in termini di funzionalità della posizione del proprietario, cosa è dato di rinvenire di veramente nuovo, oltre ad una consapevolezza che si traduce al livello della descrizione che si fa della figura, nei confronti di una sostanza che già permetteva di scorgere, a chi si ponesse nell'adeguato punto prospettico, la composizione del potere e del dovere nella struttura della proprietà? » (227-228, ma anche 233-234, 247). In altre parole, le disposizioni in materia di proprietà sarebbero costanti, fin dal codice civile napoleonico; l'obbligo e il dovere hanno accompagnato sempre la posizione del titolare della proprietà, quello che è cambiato è l'atteggiamento degli interpreti (41, 165, 229).

Ora, la considerazione di questi rilievi di F. Romano interessa come indice di un atteggiamento non storicistico nei confronti delle norme (in

ta dalle riserve dell'art. 43 e dell'art. 44). La riserva dell'art. 42 opera impedendo l'effetto acquisitivo di ogni possibile atto mirante all'ac-

questo senso, le critiche all'orientamento del Romano di S. Rodotà, *Note sul diritto di proprietà e l'origine dell'art. 544 del 'Code civil'*, «Quaderni storici delle Marche», 1968, settembre, spec. 372 ss.): la affermazione che in qualche modo esiste un significato proprio delle norme, precostituito e indipendente rispetto ai processi con i quali gli operatori giuridici impiegano le norme, è stata da tempo criticata (di recente, un accenno critico in G. TARELLO, *Il « problema della interpretazione »: una formulazione ambigua*, « Riv. int. fil. dir. », 1966, gen.-marzo, 352) e qui interessa solo come indice rivelatore di un orientamento che prescinde dal mutare degli ordinamenti: basti pensare alla circostanza che, dalla codificazione napoleonica ad oggi, v'è stato perlomeno un mutamento di rilievo nella proprietà, consistente nell'essere essa stata spogliata degli attributi « politici » che le erano propri nello scorso secolo, con l'attribuzione del suffragio a tutti i cittadini e non solo a quelli dotati di un certo censo.

V'è poi da chiedersi se chi afferma che fa parte della proprietà stessa la funzione sociale intenda che questa sia « naturalmente » propria della situazione reale oppure sia introdotta in essa dalla legge. Nel primo caso, infatti, non si sarebbe fatto alcun passo avanti perchè non si farebbe che ripetere ciò che i giuristi dell'epoca liberale affermavano, esser la proprietà (privata) come tale consona alla funzione sociale. Nel caso che si segua la seconda via indicata, sorge un diverso interrogativo: può affermarsi che la Costituzione rinvia alla legge il compito di garantire e riconoscere la proprietà e solo la proprietà che la legge stessa assicuri conforme alla funzione sociale? Lasciamo pure andare il rilievo che, dando una risposta affermativa, si sostiene un duplice intervento legislativo — una volta diretto ad assicurare la funzione sociale e una volta diretto a garantire il proprietario che rispetti la funzione sociale —; questo rilievo fa sorgere il dubbio che il riconoscimento e la garanzia di cui parla la Costituzione non abbiano più funzione garantistica del privato o abbiano funzione garantistica su un piano diverso, ma è di secondaria importanza nei confronti di un'altra critica: se è vero che la Costituzione demanda al legislatore di garantire solo la proprietà-funzione sociale, deve concludersi che la proprietà che non sia tale (cioè la proprietà nei confronti della quale il legislatore non sia previamente intervenuto) non ha titolo di legittimazione nel nostro ordinamento, a norma della Costituzione. Affermazione che va attentamente considerata, anche perchè l'art. 42 si riferisce ad ogni bene e quindi anche ai beni di consumo, che son tra quelli che il più delle volte sfuggono all'intervento e alla « funzionalizzazione » del legislatore. A tutto questo va aggiunto che le critiche alla funzione sociale sono spesso formulate in modo che sembra che i loro autori intendano che la legge deve assicurare la funzione sociale dell'istituto della proprietà e non delle singole proprietà. Non c'è bisogno di ripetere i dubbi che fa sorgere l'espressione istituto della proprietà; basta ricordare che la teoria della funzione sociale afferma che essa deve riguardare le proprietà e non l'istituto. Ritenere la funzione sociale riferita all'istituto (nel senso della normativa) si-

quisto della proprietà individuale del bene collettivo: privando i singoli della legittimazione a ricevere. Dimostrato ciò, risulta chiaro che

gnifica riproporre la tesi che si è sopra criticata, per cui la legge garantisce la proprietà che la legge stessa disciplini secondo il canone della funzione sociale.

Altri argomenti si potrebbero aggiungere a favore delle critiche e delle perplessità esposte; basti pensare a quello che si ricava dalla stessa norma costituzionale che, in quanto si preoccupa di apprestare strumenti allo scopo di assicurare il conseguimento della funzione sociale della proprietà e della impresa, esclude che i fini sociali siano raggiunti naturalmente, per sè, dai proprietari e dagli imprenditori privati. Ma conviene ora richiamare anche un equivoco dal quale non sembra che l'orientamento favorevole alla funzione sociale si sia sempre tratto fuori. L'equivoco che proviene dall'uso del termine funzione, che fa pensare che la struttura del diritto di proprietà rimanga immutata, cambiando solo la sua funzione: affermazione non vera in quanto si dà sia l'ipotesi che la disciplina legislativa configuri una struttura proprietaria diversa da quella del codice civile, sia l'ipotesi che la medesima struttura sia adoperata per una funzione sociale che si suppone diversa da quella (individuale) tipica della figura di proprietà che si evince dalle norme del codice.

Già l'uguaglianza dei termini proprietà funzionale e proprietà-funzione, adoperati da uno degli autori citati, suggerisce la conclusione che i fenomeni della proprietà (dei pubblici poteri) con vincolo di destinazione e della proprietà (dei privati) con funzione sociale hanno una identica struttura giuridica.

Ciò che diversifica il fenomeno nel campo del diritto pubblico da quello del diritto privato è il diverso momento in cui è sorto e la sua diffusione. Il principio della funzione pubblica dei beni cosiddetti demaniali è un portato della legge demaniale francese del 1790 e del Code Napoléon. In epoche precedenti, infatti, i diritti del re su beni non sono sempre stati sottoposti a regime pubblicistico. In Italia, i codici preunitari « riproponevano, ancora non composta, l'antica e sempre nuova dialettica tra i principi della pertinenza alla corona e quelli della funzione pubblica: l'uno trasmesso dal medio evo, l'altro portato a definire il demanio dalla legge demaniale francese del 1790 e dal Code Napoléon » (E. CORTESE, *Demanio (diritto intermedio)*, « Enc. Dir. », 82). Il principio della funzione sociale dei beni privati trova applicazione abbastanza diffusa dopo la crisi del 1929-'30. Il primo è giunto al punto di massima diffusione, il secondo è consacrato in alcune disposizioni generalissime (art. 42 della Costituzione) e trova applicazioni sporadiche in pochi settori (agricoltura, urbanistica) (si vedano gli scritti citati di PUGLIATTI e di RODOTÀ).

Interessa ora esaminare in qual modo la destinazione o la funzione operi sul diritto di proprietà.

Chi ritiene che il diritto di proprietà sia nozione di diritto comune si chiede anche come può il *licitum* combinarsi con il *debitum* (D. BARBERO, *Il diritto soggettivo, Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, 119). Si porrebbe così il problema preliminare della compatibilità tra diritto e fun-

la cosiddetta inappropriabilità non è un carattere della proprietà dell'ente pubblico, tale per cui si possa dire che essa è pubblica, ma è un aspetto estraneo alla proprietà in senso stretto.

zione. Ma se la funzione opera dall'interno della struttura della proprietà, va riconosciuto che proprietà non è manifestazione di libertà, che essa è compatibile con il momento funzionale (S. RODOTÀ, *Note critiche*, cit., 1297 ss.). D'altra parte, di fronte alle continue riaffermazioni della incompatibilità di proprietà, *agere licere* e funzione, va ricordato che « esclusa una (facoltà), anche importante, molte altre ne restano » (S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 468). Basta qui aver posto queste premesse: esse vanno studiate in altra sede, poichè il tema generalissimo della inerenza di una funzione a un diritto va proposto come punto di passaggio obbligato per un esame degli attributi della persona e della nozione di autonomia.

In termini generali, si può dire che ogni modificazione della struttura del diritto opera ponendo limiti alla libertà di uso. Dalla pertinenza di un bene a un soggetto, a titolo di proprietà, discendono delle facoltà di uso in ordine alle quali vi è di regola piena autonomia di scelta del privato: è questo il caso di proprietà ad uso libero. Al contrario, può verificarsi il caso che un elemento estraneo si inserisca nella struttura del diritto: è questo il caso che ci interessa. Abbiamo parlato in generale di limiti alla libertà di uso. Ora, il principio di limitazione della libertà di uso può operare in molti modi, che dipendono tutti dal diritto positivo. Quelle che qui esporremo, quindi, non sono altro che le maniere prevalenti nelle quali, oggi, il diritto positivo limita le facoltà del proprietario.

Queste limitazioni sono qui chiamate sottoposizione del diritto al principio di funzione. Si deve però notare l'indifferenziazione della terminologia: il termine funzione è adoperato sia ad indicare una regola generale del soggetto pubblico sia un elemento che si inserisce nella struttura di una situazione soggettiva di cui il soggetto sia divenuto titolare. Sotto un profilo di storia della cultura, questo fenomeno si può facilmente spiegare: quando i privatisti hanno dovuto definire la fattispecie di limitazioni operanti dall'interno del diritto, hanno adoperato il termine che — con riferimento agli enti pubblici — indica l'esistenza di una attività il cui fine sia predeterminato: esso era infatti l'unico termine che desse una idea approssimativa di un limite operante dall'interno. L'espressione limite interno essendo, invece, contraddittoria perchè non può essere interno ciò che si riferisce al confine, al limite.

Quando si dice che contenuto del diritto di proprietà è la facoltà di godimento si intende — nel diritto privato — indicare tutte le possibili facoltà di utilizzazione e di sfruttamento della cosa, nel riconoscimento che tali facoltà non si possano enumerare (S. PUGLIATTI, *Istituzioni*, cit., 2. Si noti che questo punto è stato ampiamente e lucidamente sviluppato dagli studiosi della scuola istituzionalista americana che maggiormente sentirono gli influssi delle scuole di pensiero tedesche; va citato innanzitutto R. T. ELY, *Property and contract in their relations to the distribution of welfare*, New York, 1914, spec. 59-62 dove è sviluppata l'idea della proprietà come « bundle of rights »;

Se questo è vero, si può intendere inidoneità come destinazione ad una certa utilizzazione? Come riferire la destinazione a tutta la categoria e quindi anche a cose non ancora esistenti?

ma prima ancora, J. R. COMMONS, *The distribution of wealth*, New York, 1963 (I ed. 1893), 92 ss. che definisce la proprietà come « indefinite residuum », nel senso di tutti quei diritti che rimangono dopo che sono stati esclusi i definiti e specifici usi di altri sulla cosa; può essere interessante altresì citare il saggio di A. D. LINDSAY, *The principles of private property*, in *Property, its duties and rights*, London, 1914, spec. 72-73 dove osserva che la disciplina degli usi consiste nel dare ai privati solo i diritti coincidenti con gli usi prescritti, laddove la proprietà consiste in diritti di usare, astenersi dall'uso, permettere gli usi di altri, scegliere gli usi ecc.). Al centro della proprietà privata vi è l'interesse alla totalità delle utilizzazioni della cosa (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 302). Facoltà di godimento deve intendersi proprio, innanzitutto, come facoltà di scelta della utilizzazione preferita tra quelle possibili. Quindi, in senso stretto e nella sua accezione originaria, facoltà di godimento è facoltà di identificazione dell'inidentificato, proprio perchè i singoli modi di utilizzazione non sono identificati. Il collegamento tradizionale di proprietà e libertà stava a significare proprio questo: la mancanza di una tipizzazione, di un elenco: la libertà, del proprietario, di stabilire i modi di utilizzazione possibili prima di presceglierne uno o più. In questo modo si è posto in luce un fatto importante: che nella operazione definita utilizzazione sono da identificare due momenti logicamente diversi: il primo, che consiste nella identificazione astratta dei modi di uso; il secondo, che consiste nella scelta di uno o più modi di uso e nell'attività di uso. Finora questa distinzione non ha assunto rilievo per il giurista perchè la libertà nella scelta del modo di uso implicava di regola libertà di identificazione astratta dell'elenco degli usi. L'ordinamento lasciava, di regola, libero il proprietario di stabilire i possibili usi e presceglierne uno o più tra questi. Si comprende, quindi, perchè gli studiosi della proprietà fino a qualche anno addietro non si occupassero di indicare neppure i tipi principali di uso: le formule in uso erano le stesse del diritto romano: *uti abuti frui*.

Oggi non è più così: l'ordinamento può lasciare libero il proprietario nella scelta degli usi o nell'attività d'uso, ma si riserva di fare l'elenco degli usi possibili dei beni sottoposti a « funzione sociale ». Diviene quindi importante per il giurista lo studio degli usi e la loro tipizzazione.

La tipizzazione può essere più o meno analitica e quindi più o meno lunga: quando non sia analitica si dà al proprietario ulteriore possibilità di identificazione di specie di usi, nell'ambito dei generi indicati dalla (norma che contiene la) tipizzazione. Naturalmente, quando si dice che gli usi sono tipizzati, si afferma che sono elencati tutti gli usi consentiti — tra cui è consentita la scelta — e non è data al privato facoltà di usare in altro modo il bene. Se fosse altrimenti, infatti, la tipizzazione non avrebbe alcun significato. Di più: nella stessa scelta di uno o più modi di uso, si nasconde una alternativa: tra il non uso del bene (che qui è concepito come uso) e l'uso

D'altra parte, il rilievo che qui interessa, quello della indifferenza della riserva alla destinazione o all'uso è posto da tempo in rilievo

o — in altre parole — tra uso negativo e uso positivo del bene. Si vede — a parte la verbale identità tra i due — la differenza sostanziale: nel primo caso la proprietà si riduce a mera pertinenza.

Ben si intende che il fenomeno al quale ci si riferisce è diverso da quello per cui le caratteristiche naturali di un bene ne restringono i modi di uso. Qui è la conformazione naturale di un bene che ne limita i modi di uso; lì è l'ordinamento giuridico a prescrivere la sottoposizione al principio di funzione.

Concludendo, la prima facoltà è quella di determinare i possibili usi: essa può essere sottoposta al principio di funzione. In questo caso, il principio di funzione opera mediante la tipizzazione degli usi.

Ma abbiamo visto che il proprietario ha anche facoltà di scelta tra i vari usi. Questa facoltà può essere libera oppure no. Quando non lo sia, diciamo che è sottoposta al principio di funzione.

Questo secondo tipo è più noto poichè è già stato evidenziato dagli studiosi. Il proprietario può scegliere tra l'uso negativo e l'uso positivo; tra l'uso diretto o l'uso indiretto mediante, ad esempio, locazione; tra uso congiunto di più cose e uso separato di singoli beni, ecc. I diversi tipi di uso non sono indifferenti: può essere preferito l'uso positivo perchè comporta lo sfruttamento delle utilità della cosa; l'uso congiunto di più beni perchè comporta una « economia di dimensione » ecc. Queste « preferenze » delle norme si manifestano collegando alla facoltà prescelta o a quella che si vuole escludere una situazione giuridica passiva: obbligo di usare in un certo modo, onere gravante su un certo uso ecc.

Si badi, però, che ogni volta che vi è limitazione della facoltà di scelta vi è anche identificazione di (almeno) alcuni usi: non vi può essere infatti obbligo o onere che con riguardo a un comportamento identificato.

Infine, c'è la determinazione dei modi di uso; questa non è indifferente per ciò che riguarda la pertinenza del diritto. Si dirà che si tratta di problemi diversi: che gli usi sono oggetto di facoltà e che queste sono parte del diritto: come tali, non possono incidere sulla pertinenza del diritto. Ma — a ben riflettere — è evidente che al privato titolare di proprietà su beni ad usi determinati si dà sempre la possibilità di abbandonare la situazione di proprietario dei beni. In altre parole, quando il privato non ritenga conveniente detenere beni dei quali non può usare a suo piacimento, egli può venderli. Questo principio (costituzionale) può essere enunciato nei termini seguenti: l'esercizio di diritti (ovvero le facoltà) possono essere sempre sottoposte al principio di funzione; non così la capacità (di assumere e, correlativamente, di dismettere la situazione di proprietario) che è necessariamente sottoposta al principio di cosiddetta autonomia privata.

La perdita della titolarità di proprietà può anche avvenire mediante procedimenti ablatori: è il caso dell'art. 838 del codice civile. In questo caso, è vero che, dal punto di vista funzionale, l'espropriazione opera da stimolo della

dalla giurisprudenza, sia pure in termini che talora appaiono scarsamente rigorosi (ad esempio, quando i giudici parlano di proprietà pub-

attività del proprietario e da sanzione se il proprietario rimane inerte. Ma questo è vero solo dal punto di vista funzionale, poichè, dal punto di vista strutturale, altro è il principio di funzione — che opera sulla facoltà — altro è l'espropriazione — che colpisce il diritto *tout court*.

La pubblica amministrazione può privarsi del bene perchè la disciplina costituzionale attribuisce anche agli enti pubblici capacità libera in ordine ai beni (art. 42, comma 1°). Ma il principio di libertà dell'esercizio della capacità può urtare contro due limiti. Il primo discende dalla riserva e dalla proprietà collettiva che impedisce al soggetto gestore la disposizione del bene (anche nel senso che esso deve essere accessibile a tutti e l'ente gestore è tenuto a far rispettare tale accessibilità) (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 266-267).

Il secondo è quello che discende dalla natura del soggetto, legato, in quanto pubblico, al principio del necessario raggiungimento dei fini. Ora, la sottrazione dei beni può compromettere o impedire il raggiungimento di tali fini: se l'Università vende le aule può avere più reddito ma non può raggiungere i suoi fini (M. S. GIANNINI, *Gli « atti di disposizione dei beni degli enti pubblici » adottati sotto l'impero del governo neofascista*, « Giur. compl. Cass. Civ. », 1945, I, 299 e *Atti aventi ad oggetto beni di enti pubblici emanati sotto l'impero della repubblica sociale*, *ibidem*, 1951, III, 1, 293 ss.); se un soggetto pubblico, unico gestore di impresa o di proprietà sottoposta a riserva e creato a questo fine, si priva dei beni, viola lo scopo per il quale era stato creato.

Abbiamo finora veduto il principio di funzione in quanto discende da legge dando per scontato che per i beni pubblici operi la medesima riserva di legge che è disposta dalla norma costituzionale dell'art. 42 (anche se sarebbe interessante accertare poi se per i beni pubblici ad operare la destinazione non basti un atto interno). La fonte del principio può, però, essere anche convenzionale, dipendere da atto del proprietario: è, questo, un problema che attiene agli aspetti di diritto comune della proprietà in quanto riguarda principalmente i soggetti privati: un esempio è quello della destinazione ad azienda di un bene, da parte del proprietario.

L'efficacia intersubiettiva della destinazione è solo indiretta. Abbiamo visto che la destinazione opera limitando la facoltà d'uso: essa agisce sulla facoltà del proprietario. Ciò significa che, in linea di principio, essa grava su quello che si chiama solitamente aspetto interno del diritto di proprietà e quindi non ha efficacia intersubiettiva. Può averla perchè — si dice — se la cosa « può circolare solo a patto di conservare la sua destinazione, ciò significa che nella maggioranza dei casi non può circolare » (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 75). Ora, dire questo significa affermare che la destinazione ha una efficacia intersubiettiva solo eventuale: in quanto dalla circolazione possono discendere violazioni della destinazione.

Il fatto è che i beni sottoposti a vincolo di destinazione possono — in via di principio — essere trasferiti in titolarità di altri soggetti poichè — in

blica, dovendosi invece, come vedremo, più correttamente non attribuire l'aggettivo « pubblica » alla proprietà). Così quando le corti

linea astratta — di ciò non soffre la destinazione. Infatti, viene trasferito il complesso delle facoltà di uso del bene, con le limitazioni che su queste gravano e — in linea di principio — l'accipiente non può usare il bene se non con il rispetto del principio di funzione. La destinazione opera prescindendo dal soggetto titolare del diritto che ne è gravato: potrebbe forse dirsi che la sottoposizione al principio di funzione non sottrae il bene alla circolazione giuridica ma sottrae solo la destinazione ai rapporti giuridici tra privati e tra pubblica amministrazione e privati.

L'esempio di una disposizione normativa, in questo senso, è quello del comma 2° dell'art. 831 del c.c. « ... gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico, anche se appartengono a privati, non possono essere sottratti alla loro destinazione, neppure per effetto di alienazione, fino a che la destinazione stessa non sia cessata in conformità delle leggi che li riguardano ». Ed infatti è ammesso che le chiese siano liberamente trasmesse, e non solo da uno ad altro ente ecclesiastico, ma anche a persone giuridiche non religiose e a privati. Non diversamente avviene per le strade vicinali (G. FALZONE, *I beni*, cit., 133 (con altra bibliografia) e 139-140).

Queste affermazioni non sono complete se non si aggiunge l'esame concreto dei modi di disposizione che influiscono sulla circolazione lasciando inalterata la destinazione (un esame in G. FALZONE, *I beni*, cit., 154 ss.). Ma, da una parte, questo esame non può essere condotto indipendentemente da quello degli atti che influiscono sulla destinazione (la creano, la modificano, la fanno cessare). Dall'altra, non può aver luogo — per i motivi che saranno tra breve chiari — se non esaminando il diritto positivo riguardante i singoli tipi di beni.

Fra destinazione e indisponibilità deve farsi differenza: essi sono su piani diversi: l'una limita, nei modi che abbiamo visto, le facoltà che sono parte del diritto di proprietà, l'altra è esclusione del potere di disporre del diritto.

L'indisponibilità — si è detto — è la necessità di conservare ciò che è necessario per l'adempimento di un servizio pubblico. È un freno che la potestà legislativa e regolamentare pone a se stessa e subisce, per non cadere nella contraddizione di volere un servizio pubblico e non apprestarvi i mezzi: è una « incommerciabilità limitata a ciò che è strettamente necessario nell'interesse pubblico ». Essa comporta inalienabilità; ma non imprescrittibilità. I beni indisponibili, inoltre, sono soggetti ad espropriazione per pubblica utilità, a servitù, ad imposte. Non sono soggetti ad esecuzione forzata (F. CAMMEO, *Demanio*, « Dig. it. », 939-941).

Indisponibili sono i « beni destinati direttamente ed immediatamente ai bisogni dell'ente come tale... che servono... come mezzi diretti per l'esercizio delle funzioni pubbliche ». Di qui la necessità di mantenere questi beni nel patrimonio dell'ente pubblico: « ammettere la libera pignorabilità di tali beni, vorrebbe dire dare ai creditori la facoltà di perturbare il regolare funzionamento degli enti pubblici, rendere impossibile ai medesimi di adempiere al loro ufficio ». Questi beni devono essere indisponibili finché dura la loro desti-

hanno affermato che l'espressione «attitudine delle acque ad usi di pubblico generale interesse» «va intesa nel senso che è sufficiente ad

nazione: «ciò per i terzi è fondato sulla ragione politica, che non consente che si turbi o impedisca il regolare andamento delle funzioni pubbliche; per la amministrazione medesima, in quanto volesse disporre, è fondato sulla necessità logica, per la contraddizione, che non consente che si voglia lo scopo e non vi si destinino i mezzi per conseguirlo». «È la ragione della conservazione dell'ente, la ragione della possibilità attuale della sua vita e della sua funzione, che impone la indisponibilità dei beni, che sono mezzi diretti ed immediati per questo scopo» (O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico, III teoria*, «Riv. it. sc. giur.», 1899, 259-261 dell'estr.) si noti l'accento posto sulle funzioni dell'ente più che sulla destinazione del diritto).

Gli altri studiosi che si sono interessati del patrimonio indisponibile — e sono pochi perchè la storia degli studi su questi beni si è svolta al margine di quella del demanio — accedono quasi tutti alla nozione di beni destinati all'uso dell'ente (un panorama in G. FALZONE, *I beni*, cit., 35-38).

Ora, sembra che, nel nostro ordinamento, non possa farsi posto alla nozione di indisponibilità. La riserva disciplinata dalla Costituzione opera sul piano della circolazione dei beni non impedendo gli atti di disposizione (o che possano importare disposizione) del bene da parte dei proprietari, ma, al contrario, escludendo la appropriabilità da parte dei privati accipiendi. Ora, non vi sono norme che determinano l'appartenenza necessaria del bene. Se può parlarsi di appartenenza necessaria dei beni a soggetti pubblici, è solo in un senso riflesso: in quanto i beni siano indispensabili alla cura dei fini pubblici degli enti pubblici: se questi li vendessero, si troverebbero nell'impossibilità di rispettare la norma che pone il principio del necessario raggiungimento del fine. La appartenenza necessaria, può, in altre parole, farsi discendere da un principio strumentale che regola l'agire complessivo del soggetto. Nel nostro ordinamento non può parlarsi di un divieto di disposizione dei beni, gravante sugli enti pubblici. La cosiddetta indisponibilità è un mero rilievo di fatto, una sintesi verbale operata dalla dottrina sull'effetto, dipendente da altri principi che possono limitare la disposizione dei beni: il principio — attinente al soggetto e già esaminato — del necessario raggiungimento del fine; quello — attinente alla struttura del diritto — della determinazione degli usi; infine l'eventuale riserva, che impedisce l'acquisizione dei beni al patrimonio dei privati. È già stato detto che il *nomen juris* di «indisponibili» attribuito dal legislatore a determinati beni degli enti pubblici non trova corrispondenza con la loro reale condizione giuridica e si è proposto per essi la denominazione di «beni funzionali»: questa corrisponde alla normativa che permette la loro disposizione purchè non in contrasto con la destinazione (G. FALZONE, *I beni*, cit., 136 e 150).

La «funzionalizzazione» che agisce limitando i modi di uso del bene assume la massima importanza nel caso della proprietà collettiva. In questo caso, infatti, si è in presenza di una collettività di privati non vincolati al perseguimento di un fine. Ad essi quindi è lasciata la scelta tra gli usi consentiti;

attribuire ad un'acqua il carattere demaniale l'attitudine ad utilizzazioni di pubblico generale interesse, anche se manchi una destinazione attuale agli usi menzionati dalla legge sulle acque pubbliche » (26), riferendosi così ad una attitudine potenziale alla utilizzazione per usi di pubblico generale interesse, indipendentemente dalla sua attuale destinazione (27). Di conseguenza, quindi, si è osservato che la destinazione da parte di un comune di acque ad esso appartenenti

la scelta tra l'uso e il non uso; infine libertà nell'attività di uso (sempre che questo sia tra quelli consentiti e si svolga secondo le regole sue proprie). Ma nella proprietà collettiva vi è, nel nostro ordinamento, sempre determinazione pubblica dei possibili usi perchè, essendovi più proprietari, debbono esservi delle regole all'utilizzazione che essi fanno della cosa comune allo scopo di assicurare lo sfruttamento collettivo del bene, preservandolo dalla distruzione e dall'appropriazione individuale. D'altra parte, la collettività è composta di privati e non di soggetti pubblici: di persone, quindi, libere di scegliere il fine della propria azione: i beni debbono quindi essere lasciati al loro libero godimento ed essi, nell'usarne, non adempiranno un ufficio.

Lo strumento che permette di raggiungere i due scopi che potremmo dire, con terminologia imprecisa, funzione della cosa e autonomia della persona, è la tipizzazione dei modi di uso. I principi di funzione e di autonomia, in questo caso, coesistono, con riguardo al diritto di proprietà collettiva, nei membri della collettività.

Una tipizzazione dei modi di uso è riscontrabile nella proprietà collettiva a cui davano luogo usi civici: queste utilizzazioni avevano addirittura denominazioni diverse: legnatico, pascolo, macchiatico, vagantivo, pensionatico, erbatico ecc. (O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., 58 ss. n. 68).

Un esempio di tipizzazione degli usi e di limitazione della scelta è quello offerto dall'art. 838 del c.c. e dalla legislazione speciale sulle terre incolte. Il proprietario non può non conservare, coltivare, esercitare il bene: non ha più libertà incondizionata di coltivare o no, di fare o non fare coltivare la terra e neppure quella di coltivare bene o male (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 269).

Un esempio, invece, di sottoposizione a funzione operata dal proprietario è offerto dalla destinazione di cose ad azienda. Si è detto che la impresa non è altro che un tipo particolare di uso dei beni: l'uso che più si è sviluppato dal ceppo originario della proprietà. L'atto di destinazione delle cose a fini di produzione e di scambio — che, insieme ai primi atti di gestione, dà luogo al sorgere del diritto di impresa — non è altro che la decisione con la quale il soggetto proprietario sceglie un certo modo di uso del bene.

(26) Trib. sup. acque pubbl., 22 giugno 1957, « Acque, bonif. e costr. », 1957, 624 che conferma Trib. reg. acque pubbl. Palermo, 11 aprile 1956, « Rass. avv. St. », 1956, 207.

(27) Cass., 12 luglio 1961, n. 1673, « Acque, bonif. e costr. », 1961, 568 e 30 luglio 1964 n. 2178, « Foro amm. », 1964, I, 1, 571.

ad usi o servizi pubblici non attribuisce alle acque medesime la natura pubblica (28). Nè si dica che ciò riguarda solo le acque, in relazione alla speciale normativa per esse esistente, perchè invece vale per tutti i beni sottoposti a riserva; tant'è vero che per i beni cosiddetti patrimoniali indisponibili la giurisprudenza afferma che tale qualità presuppone non soltanto che il bene sia stato acquistato o fatto costruire con l'intendimento di destinarlo ad un pubblico servizio, ma anche che quella destinazione abbia trovato concreta attuazione mediante l'esercizio effettivo ed il fatto del pubblico servizio (29).

Il rilievo dell'attitudine a pubblico generale uso — e cioè dell'accessibilità — in contrasto con la destinazione è ulteriormente chiarito se poi si va ad esaminare l'effetto della riserva e la sua distinzione dall'espropriazione. La giurisprudenza, in sede di risoluzione del giudizio di manifesta infondatezza della questione di incostituzionalità dell'art. 1 della legge del 1933 sulle acque pubbliche per contrasto con l'art. 42, ha affermato che « è da escludere che l'acquisto, in qualsiasi modo avvenga (quindi anche per mezzo dell'uomo), dell'attitudine ad usi di pubblico generale interesse, operi un trasferimento allo Stato. Esso opera soltanto una trasformazione oggettiva del bene, per la quale trasformazione questo diventa insuscettibile di proprietà privata e diventa, a titolo originario, proprietà pubblica » (30). Di conseguenza, le eccezioni di incostituzionalità sono state ritenute infondate dai giudici perchè gli elenchi delle acque pubbliche hanno natura dichiarativa ed efficacia *ex tunc* dimodochè non attuano alcun trasferimento dell'acqua dal patrimonio del privato al demanio pubblico, nè pongono in essere alcuna espropriazione (31). Dal che consegue che, qualora le acque, per le loro caratteristiche, acquistino attitudine ad uso di pubblico generale interesse, non per questo vi è passaggio di proprietà di acque dal privato allo

(28) App. Cagliari, 8 ottobre 1961, « Rass. giur. sarda », 1961, 141.

(29) Cass., 8 agosto 1957, « Giust. civ. », 1958, I, 98.

(30) Trib. sup. acque pubbl., 18 luglio 1961, n. 13, « Acque, bonif. e costr. », 1962, 67 e 14 ottobre 1965, « Tributi », 1966, agosto-sett., 74.

(31) Trib. reg. acque pubbl. Palermo, 11 aprile 1956, cit. e Cass., sez. un., 2 maggio 1962, n. 849, « Foro pad. », 1963, I, 437.

Stato, e quindi espropriazione del bene privato nell'interesse pubblico, perchè dette acque, al pari delle altre, debbono considerarsi pubbliche fin dall'origine; trattasi, cioè di acquisto a titolo originario e non derivativo, cosicchè nessun indennizzo può pretendere il privato dalla loro iscrizione negli appositi elenchi (32). L'orientamento giurisprudenziale qui sommariamente riferito non fa che confermare quanto sopra si è detto circa le differenze tra espropriazione e riserva e pone altresì in luce un altro elemento, che esamineremo più avanti, quello che attiene agli effetti della riserva sulla categoria dei beni sottoposti ad essa. Ma, principalmente, tale orientamento conferma quanto sopra rilevato sulla necessità di distinguere nettamente tra riserva disposta al fine di rendere il bene accessibile a tutti e destinazione effettiva del bene. Naturalmente, l'influenza della riserva sulla destinazione non va poi sottovalutata, specialmente se si tiene conto dei limiti alla possibilità materiale di uso derivanti da un eccesso di usi « eccezionali » ammessi sul bene. Tale influenza dovrebbe costituire il punto di partenza di una ricerca riguardante la struttura della proprietà che attiene a beni pubblici.

Vi sono altri due motivi che sconsigliano di parlare di beni demaniali in termini obiettivi, come di beni sui quali siano impossibili taluni diritti. Il primo: che i beni demaniali non sono inadeguati ad essere oggetto solo di talune situazioni soggettive; ma presentano tale inadeguatezza al massimo grado: su di essi sono *di regola* escluse situazioni soggettive di privati, salvo quelle costituite da concessioni (33).

(32) Trib. sup. acque pubbl., 22 giugno 1957, cit.

(33) Sarebbe poi interessante accertare se è questo il carattere che distingue le privazioni di legittimazione che si pongono a privati nei confronti degli enti pubblici e delle collettività o se piuttosto non è vero che la riserva opera tanto tra gli enti pubblici e privati quanto nei rapporti tra privati (come sarebbe dimostrato dalle ipotesi di mancanza di legittimazione in materia successoria e di donazione e dalle ipotesi — riferentisi però a fattispecie di legittimazione all'attività e non di legittimazione ricettizia — relative ai brevetti e ai contratti di assicurazione, ricordate da M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 86). A sostegno della seconda ipotesi potrebbe sostenersi che — in realtà — i privati sono ammessi alla titolarità di proprietà su beni sottoposti a riserva purchè si presentino come collettività, ciò che funziona, appunto, come fatto di legittimazione all'assunzione del diritto.

È stato infatti detto che essi presentano inidoneità « nella forma più ampia e generale » (34): i beni comuni a tutti e quelli demaniali « sono assolutamente sottratti al commercio » (35). Ora, l'inidoneità oggettiva importa — di regola — l'esclusione di certi diritti, con riguardo a certi beni, ma non l'esclusione — in linea di principio — di tutti i diritti.

In secondo luogo, tale inidoneità è relativa (36): ha riguardo solo alle situazioni soggettive delle quali potrebbero divenire titolari i privati. E allora si tratta di spiegare il perchè della diversa posizione di enti pubblici e collettività da una parte e di privati dall'altra e quindi ritorna in primo piano il profilo soggettivo: che può spiegare il perchè dell'appropriabilità da parte degli uni e non da parte degli altri.

Se è vero che — sotto ogni aspetto — spunta sempre fuori il problema della diversa posizione di più figure soggettive (pubbliche in senso stretto, collettive e private) ci si può chiedere perchè la dottrina faccia ancora ricorso ad un profilo oggettivo che si rivela insoddisfacente a spiegare tale diversa posizione (37). A noi sembra che la spiegazione vada cercata nella tenace resistenza di una teoria — di stampo romanistico — delle *res* e, insieme, nell'insufficiente sviluppo di quella dottrina dei diritti soggettivi — di stampo giusnaturalistico — che è all'origine degli ordinamenti moderni e che pone l'uomo come centro di riferimento delle norme giuridiche (38).

(34) E. BETTI, *Teoria*, cit.

(35) F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1959, 59-60. Già O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., 212 affermava che l'extracommercialità « investe tutta la cosa, finchè è demaniale, senza distinzione se il diritto, che si vuol creare nel privato, sia o no compatibile con la destinazione della cosa, giacchè la demanialità esiste, finchè vi è la volontà dell'autorità pubblica diretta a creare e mantenere la destinazione della cosa e finchè vi è la possibilità attuale che questa destinazione, e cioè l'uso pubblico, si verifichi » (si veda anche 257).

(36) F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, cit., 138.

(37) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 73 afferma: « si è attribuita la causa del fenomeno alla natura della cosa, e si è caduti in errore, perchè esso dipende... dalla qualità del soggetto proprietario ».

(38) « ... in quanto si riferisce a determinati oggetti, la norma può garantire *in rapporto ad essi* diritti od obblighi poteri o vincoli a favore o a

c) Ma prima di tornare su questi aspetti, esaminiamo le norme del codice civile.

Ora, la incommerciabilità intesa come sottrazione alle situazioni soggettive di privati trova espressione nel codice. La disposizione contenuta nell'art. 823 cod. civile (39) — che i beni del demanio non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi — va interpretata

carico di determinati soggetti. Mentre dunque la relazione della norma al soggetto può essere esclusiva di ogni altra, il riferimento ad un soggetto presuppone necessariamente invece la relazione col soggetto. Difatti: la nozione dell'obbligo o del diritto *su di una cosa* è integrata dal riferimento della norma *ad un soggetto*, che viene considerato come titolare del diritto o sottoposto all'obbligo» (S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, IV, *L'oggetto del diritto*, Milano, 1937, 5-6).

(39) Commentando l'art. 823 si è detto: «corollario di tale principio codificato è che i beni demaniali non sono usucapibili, corollario la cui importanza non può sfuggire a chi pensi che la vera difesa del demanio, nei rapporti del commercio giuridico privato, non si attua tanto con la sottrazione dei beni che lo compongono ai negozi di diritto privato (incommerciabilità), quanto con la impossibilità di permetterne l'acquisto per prescrizione (imprescrittibilità) da parte di un altro soggetto» (R. RESTA, *I beni pubblici*, «Commentario Scialoja Branca al cod. civ.», Bologna, 1960, 90).

Si è detto che la disposizione dell'articolo 823 citata vuol dire che i beni del demanio non possono essere oggetto di negozi giuridici di diritto pubblico cioè di atti amministrativi, diretti a costituire su di essi diritti reali a favore di privati (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1955, IV, 6). Questa interpretazione sembra in contrasto con la lettera della disposizione che non si limita ad escludere negozi di privati aventi ad oggetto i beni del demanio ma esclude *i diritti* che abbiano ad oggetto tali beni. Si è detto anche che l'art. 823, I comma, risolvendo la questione se dalle concessioni amministrative discenda un diritto, sia pure affievolito, dispone che sui beni demaniali sono possibili diritti, ma nei limiti stabiliti dalla legge (B. BIONDI, *I beni*, Torino, 1956, 249). Questi problemi meritano un'attenta disamina. Si tratta di stabilire quali siano i diritti di terzi sui beni di proprietà pubblica sottoposti a riserva, ammessi dal codice «nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano». Come è noto, tali diritti sono stati detti diritti civici e sono tradizionalmente classificati in tre categorie: interesse all'uso ordinario generale del bene pubblico in relazione alla sua destinazione; interesse all'uso ordinario speciale, *ope legis*; interesse all'uso eccezionale speciale, in virtù di concessione. Si tratta di vedere in quale modo questi *diritti di terzi* siano compatibili con la riserva. Questo problema trova più opportuna collocazione nelle parti che seguono.

L'art. 823, I comma, è ritenuto come la norma sulla quale si fondano i cosiddetti usi eccezionali anche da E. GUICCIARDI, *Il concetto*, cit., 530 e da A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 291.

congiuntamente con quella dell'art. 810 — che sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti. Dall'esame congiunto dei due articoli si evince che la posizione particolare dei beni detti demaniali sta in ciò: che non possono essere beni per i terzi (39-*bis*). Ciò, d'altra parte, è confermato dalla circostanza che il codice disciplina i «beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici» nel titolo I, «dei beni», prima della proprietà, alla quale è dedicato il titolo II dello stesso libro terzo del codice civile.

I beni del demanio — afferma, cioè, il codice — sono, per i terzi, cose. Vuol dire, cioè, che detti beni — per i terzi — non possono essere oggetto di proprietà. Infatti, bene in senso giuridico sta ad indicare il termine oggettivo di un diritto soggettivo (40); è in riferimento necessario ad una situazione soggettiva che sulla cosa si esplica e che, in quanto si esplica, fa divenire la cosa bene in senso giuridico.

A questo proposito, sono necessarie due precisazioni. La prima, sul termine cosa nell'art. 810. Qui il termine è adoperato in senso naturalistico, non in senso giuridico: la norma afferma proprio che quelle parti del mondo naturale (cose) che sono oggetto di diritti sono beni in senso giuridico (41). La seconda, sul termine «possono»

(39-*bis*) La Cassazione, poi, talvolta (I, 25 marzo 1966 n. 802, «Foro amm.», 1966, I, 1, 313 ss.; si veda anche qualche cenno in sez. un., 31 marzo 1966 n. 846, in «Foro amm.», 1966, I, 1, 321, sia pur non esplicitamente) afferma che i beni cosiddetti demaniali non possono essere oggetto di diritti sia in senso immediato sia in senso mediato, per cui non possono darsi diritti di locazione sui beni demaniali. L'affermazione che l'inalienabilità esclude qualsiasi rapporto e che per gli usi cosiddetti speciali vi sia bisogno di atto della amministrazione come autorità (concessione) trattandosi di provvedimento che può incidere sullo scopo per il quale è disposta la riserva, sembra da condividere. La Cassazione afferma però anche che l'azione di spoglio è concessa solo in quanto si abbia la detenzione e che essa è concessa solo in via eccezionale e per ragione di ordine pubblico.

(40) S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, «Enc. dir.», ad *vocem*, 173; bene giuridico è l'«oggetto di una tutela giuridica destinata ad un determinato soggetto (considerata, cioè, in senso subbietivo) e ad esso attribuita specificamente come sua situazione soggettiva (o, in particolare, diritto soggettivo)». (*Ivi*, 187-188). Si veda anche, dello stesso autore, *Riflessioni in tema di «universitas»*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1955, 992.

(41) La nozione di cosa è pregiuridica e neutra in quanto costituisce l'elemento materiale del concetto giuridico di bene, S. PUGLIATTI, *Immobili e*

adoperato nello stesso articolo. Con questo termine si intende mostrare la attitudine (42) di talune cose a formare oggetto di diritto; ad essere quindi riferimento oggettivo di situazioni soggettive per tutti (beni in senso giuridico). E ciò proprio perchè talune cose *non possono* essere oggetto di diritto per la generalità dei soggetti e quindi — nei confronti di questi — sono considerati alla stregua di cose (43).

Come si spiega che, mentre l'art. 810 fa riferimento a cose, l'articolo 823 fa riferimento a beni? La risposta è semplice: mentre il primo definisce in generale la posizione di tali cose per tutta la collettività (i « terzi » dell'art. 823), l'art. 823 prende in considerazione tali cose in quanto oggetto di diritti dello Stato (quindi in quanto beni) proprio per ribadire che esse *non possono* essere oggetto di diritti per i terzi e quindi che per i terzi essi sono considerati alla stregua di cose. Infatti, l'art. 823 è collocato dopo quello nel quale vengono elencate le cose (beni) che appartengono allo Stato ed è quindi concepito con riferimento alle cose in quanto sia avvenuto quel riferimento oggettivo e siano quindi beni.

Che così vadano interpretate le due norme è poi confermato dal fatto che l'art. 1145 del codice civile considera i beni demaniali dello

perinenze nel progetto del secondo libro del codice civile, « Riv. dir. agr. », 1939, I, 33; dello stesso, *Cosa (teoria generale)*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 20; R. NICOLÒ, *L'adempimento*, cit., 78; S. PUGLIATTI, *Cosa*, cit., 86, sembra confermare la tesi esposta nel testo con riferimento al termine cosa nell'art. 810, quando ricorda che l'art. 812 non fa riferimento alle cose in sè e per sè ma ai beni. Sul significato di bene e di cosa nell'art. 810, U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 55 e gli autori ivi menzionati.

(42) Si spiega così perchè il codice allude all'*attitudine* anzichè alla *condizione attuale* degli oggetti; si veda la precisazione di S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 174.

(43) Forse in questo senso G. Russo, *Delle azioni a difesa della proprietà*, « Comm. D'Amelio, libro della proprietà », Firenze, 1942, 511, che afferma « l'art. 1 (del libro della proprietà) ricollegando le cose alla nozione di beni, adopera il comune denominatore della possibilità delle cose di diventare obbietto di diritti. Tale possibilità è coordinata, quindi, a due coefficienti: la natura della cosa, l'idoneità della stessa a diventare obbietto di diritti » (che però sembra trarre dall'osservazione iniziale conclusioni diverse da quelle che si indicano nel testo).

Stato, della provincie e dei comuni come « cose di cui non si può acquistare la proprietà » (da parte di « terzi ») (44).

Si noti come la posizione di queste cose è diversa in relazione ai diversi soggetti dell'ordinamento: per Stato, provincia e comune sono beni; per i terzi sono cose. Non si tratta di entità completamente estranee al diritto ma di beni dei quali i pubblici poteri possono acquisire la situazione di proprietari; manca, invece, nei privati la possibilità di farne oggetto di atti, negozi o rapporti di diritto patrimoniale (45). Comincia a delinarsi una differenza che attiene non più all'oggetto a sè stante ma all'oggetto in quanto posto in rapporto a soggetti; e a due gruppi di soggetti in diversa posizione.

d) Come si vede, la dottrina che parla di inabilità dei beni a essere oggetto di diritti dei privati trova un riscontro nel codice che parla di beni che non possono essere oggetto di diritti dei privati. Ma ambedue risolvono il problema sotto il profilo dell'oggetto. È questo l'errore che qui va posto in luce. Infatti, quello dell'oggetto può essere un comodo punto di vista ma mai un modo rigoroso di ordinare i fenomeni giuridici. Per i caratteri e la formazione storica del nostro ordinamento — come della maggior parte degli ordinamenti contemporanei — i fenomeni giuridici non possono non essere ordinati intorno al soggetto. Se questo è il centro delle ipotesi normative (come è dimostrato anche dal passaggio dal codice abrogato, che fa-

(44) Ciò è confermato da quanto diremo avanti a proposito dei limiti del possesso ai fini dell'acquisto della proprietà sui beni demaniali; si veda, per tutte, Cass., 14 luglio 1949, n. 1796, « Foro it. Rep., voce *Demanio*, n. 19 (inedita): « il possesso dei beni demaniali da parte di un privato è senza effetto ai fini dell'acquisto della proprietà del bene stesso per usucapione ».

(45) S. PUGLIATTI, *Cosa*, cit., 89-90: « se per determinazione del diritto privato, che risponde del resto ad una lunga tradizione, sono da considerare fuori commercio i beni pubblici sui quali tuttavia agli enti pubblici territoriali competono situazioni soggettive di diritto reale (a partire dalla proprietà), e in ordine ai quali gli enti titolari possono compiere attività tendenti al godimento, all'impiego, alla destinazione, al mutamento soggettivo, alla cessazione della particolare destinazione, è evidente che l'incommerciabilità si concreta nella mancanza o quanto meno notevole limitazione dell'attitudine a formare oggetto di atti, negozi o rapporti di diritto patrimoniale privato » (dove il PUGLIATTI si esprime sempre nei termini oggettivi qui criticati).

ceva riferimento alla « proprietà », al codice vigente, che all'art. 832, fa riferimento al « proprietario ») (46), è in relazione ad esso — alle sue qualità, posizioni e situazioni giuridiche — che vanno definiti i divieti delle norme. Si tratta quindi di capovolgere l'impostazione della dottrina e del codice e di vedere che significa — sotto il profilo dei soggetti — la inabilità di cose a divenire beni (47).

Quando si afferma che certi beni sono sottratti al diritto dei privati si indica — con riferimento all'oggetto — un fenomeno di limitazione della capacità dei privati (vedremo poi in che senso) perchè si riconosce che i soggetti non possono divenire proprietari di determinati beni. In questo senso, è quindi vero che la nozione di incommerciabilità — come fatta propria dal codice, nel senso di insuscettibilità di diritti patrimoniali di privati su certi beni — suggerisce la soluzione del problema che ci si è proposti: di comprendere la posizione dei soggetti nei confronti dei beni per i quali opera la riserva. Solo che, poichè è il soggetto che è al centro dei fenomeni giuridici, è ad esso — e ai suoi attributi — che occorre far riferimento. In altre parole, occorre rovesciare la concezione che fa riferimento all'oggetto, per poter dare una soluzione dogmaticamente corretta (48).

Va precisato che la concezione (che fa riferimento all'oggetto) qui criticata è quella, di stampo romanistico, che ordina i problemi dei diritti reali intorno all'oggetto e al soggetto, quasi che si trattasse

(46) Su questo problema, S. RODOTÀ, *Note critiche*, cit., 1255-1256 e 1321-1322 e *Proprietà*, cit., 27; U. NATOLI, *La proprietà*, Milano, 1965, 49-51.

(47) Diversamente, F. NEGRO, *Osservazioni sull'indisponibilità dei beni*, « Giur. it. », 1941, IV, 112, afferma che l'indisponibilità attiene alla particolare situazione della cosa e di riflesso colpisce la persona, mentre l'incapacità colpisce la persona e di riflesso il patrimonio.

(48) Non si deve dimenticare che « il riferimento al proprietario anzichè alla proprietà (nel codice del 1942) è indice di una tendenza che ha un significato politico-sociale, oltre che tecnico-giuridico. Si è voluto accentuare il profilo soggettivo del rapporto anzichè quello oggettivo » (S. PUGLIATTI, *La definizione della proprietà nel nuovo codice civile. La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 127; lo stesso a., a p. 129, critica la tesi che la proprietà è una « proiezione della capacità » perchè « quel che si dice della proprietà... può ripetersi, per quanto concerne la capacità del soggetto, per ogni altro diritto »).

di entità della medesima natura e con caratteri simili. Infatti, non si vuole escludere che l'oggetto possa avere un rilievo giuridico; anzi, cercheremo più avanti di mettere in luce che una diversa disciplina giuridica hanno i beni se considerati in quanto singoli o considerati come categoria. Nè sembra potersi negare che nel codice si evidenzino distintamente una disciplina del diritto di proprietà e una disciplina del bene in proprietà, ma solo nel senso che nel secondo caso questa « disciplina assume una rilevanza obiettiva, tale da riprodursi su tutte le situazioni giuridiche che insistono sul bene stesso » (49).

Peraltro, deve essere fin da ora chiaro che l'affermazione che le norme fanno riferimento al soggetto non importa l'altra conseguenza che i beni siano sempre in pertinenza a soggetti: qui si vuol solo mostrare come — in ordine a certi beni — taluni soggetti soffrano di una limitazione di capacità (vedremo poi in che senso) per non poterne divenire proprietari. Vedremo poi cosa accade di questi beni: se rimangano in pubblico uso oppure siano appropriati dai soggetti a ciò legittimati (quelli, evidentemente, ai quali la riserva non si diriga).

e) Torniamo ora al punto dal quale abbiamo preso le mosse per mettere a fuoco con precisione il problema da risolvere. Una norma costituzionale contiene l'attribuzione a tutti i soggetti della capacità in ordine alla titolarità di proprietà sui beni. Un'altra norma costituzionale (che trova una prima e generale applicazione nel codice civile) prevede la possibilità di escludere l'esplicazione di tale capacità in ordine a certi beni. Tutti i soggetti sono capaci ma, se interviene una riserva, vi è un impedimento che esclude certi sog-

(49) In questo senso A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960, 142, per il quale la distinzione rileva nella contrapposizione tra azione di rivendicazione e azione di regolamento di confini, nell'art. 866 cod. civ., nell'art. 838 cod. civ.; per questo autore la disciplina del bene si rivolge ad una sfera più ampia di soggetti (proprietario e chiunque altro sia nel godimento del bene) quando si ispira ad un interesse pubblico. Ma lo stesso autore critica la nota tesi del Finzi, per il quale la proprietà si oggettivizza (la proprietà come diritto reale scompare e appare la proprietà come cosa).

getti dalla titolarità di certi beni. Ci si chiede allora se l'una norma sia in contrasto con l'altra o, invece, le due norme si elidano.

Non c'è bisogno di lunga dimostrazione per scartare la soluzione che porterebbe alla elisione delle due norme: nel senso che la Costituzione, legittimando atti che abbiano per effetto limitazioni della capacità permetta una eliminazione della capacità dei soggetti sia pur riferita alla sola proprietà (50). Non si vedrebbe, in tal caso, perchè la Costituzione abbia affermato la capacità per poi permetterne l'eventuale totale perdita. D'altra parte, il fatto che le due norme non contengano l'una attribuzione di capacità e l'altra possibilità (rimessa alla legge ordinaria) di comminazione di incapacità è dimostrato dal fatto che qui non vi è incapacità perchè non vi è esclusione con riguardo a qualsiasi bene, bensì solo con riguardo a taluni beni (51).

In realtà la caratteristica della nostra Costituzione sta proprio nell'aver sostituito alla affermazione della inviolabilità della proprietà il riconoscimento della capacità dei soggetti di essere proprietari da una parte, e la previsione di (eventuali) riserve che colpiscono l'esplicazione di tale capacità in ordine a soggetti e beni determinati — dall'altra —. È proprio il fatto che questa è caratteristica nuova e tipica degli ordinamenti contemporanei che spiega la novità del problema — che si pone alla dottrina — della spiegazione del modo in cui avviene il contemperamento dei due opposti principii.

(50) Si tratta, al contrario, di un'antinomia risolubile perchè le due norme incompatibili sono l'una totale, l'altra parziale (per questo modo di soluzione del tipo di antinomia di cui si discute, si veda N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 91 ss.; sulle antinomie, in generale, G. GAVAZZI, *Delle antinomie*, Torino, 1959).

(51) A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 189 afferma « che non si tratti di incapacità di diritto risulta evidente, quando si consideri che il diritto è posto non in relazione ad una categoria generale di diritti soggettivi o anche ad un singolo diritto considerato nella sua astratta configurazione normativa, ma in relazione a particolari diritti di particolari persone che si trovano in particolari situazioni giuridiche ». Così anche nella voce *Capacità (teoria generale)*, 46: « ... non è inibita ogni forma di acquisto, rispetto a chiunque e relativamente a qualsiasi bene: la inibizione concerne solo determinati beni e in quanto gli stessi appartengono a patrimoni nei confronti dei quali il soggetto si trovi nella situazione prevista dalla legge ».

Cominciamo col precisare che sia la norma attributiva della capacità sia quella che ne prevede limitazioni riguardano la capacità. Ma la riguardano in maniera diversa perchè la prima l'attribuisce in generale, la seconda la sottrae ai singoli e con riguardo ad alcuni beni. Gli stessi soggetti possono infatti rendersi proprietari di altri beni ed altri soggetti — quelli non colpiti da riserva — possono rendersi proprietari di quei beni nei confronti dei quali opera la riserva (in ordine ai primi soggetti).

Definire questo fenomeno come inabilità giuridica occasionale (52) non pone sufficientemente in luce la circostanza che qui è la capacità (ma nel senso che sarà precisato più avanti) ad essere colpita. Definirlo come incapacità giuridica speciale o relativa (53), al contrario, sottolinea troppo la connessione tra la norma positiva (di attribuzione di capacità) e quella negativa (di privazione di capacità per alcuni soggetti con riguardo a taluni beni) e rischia di non far comprendere proprio ciò che più interessa: che, pur operando le due norme sulla capacità, l'una ha per oggetto la capacità, l'altra ha per oggetto quella che potremmo chiamare la parte negata della capacità. La norma negativa ha, più precisamente, per oggetto la legittimazione a

(52) Come fa D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I, Torino, 1958, 150-151. Egli tuttavia intende legittimazione con riguardo al compimento dell'atto e non in senso ricettizio. A parte la diversità dei termini, egli concorda col fatto che vi possa essere « inidoneità all'acquisto soprattutto in quanto effetto, cioè alla derivazione di quel singolo rapporto da quella data persona ».

(53) La nozione è adoperata, tra gli altri, da F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1962, 26-130 (incapacità relativa come inidoneità a determinati rapporti e in confronto di determinate persone) seguito da P. RESCIGNO, *Capacità (diritto civile)*, « Noviss. dig. », *ad vocem*, 876. D. BARBERO, *Sistema*, cit., 158 n. 2, afferma — contro la tesi che la mancanza di legittimazione si può considerare come incapacità relativa — che tra capacità e legittimazione vi è una differenza di qualità e non di quantità. A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 191 afferma che « per parlare... di incapacità di diritto, anche solo da un punto di vista... specifico, il soggetto dovrebbe avere precluso un campo di diritti in modo assoluto »; si veda anche la voce *Capacità*, cit., 12-13.

Di capacità speciale o capacità di diritti speciali come « capacità di essere soggetto di determinati rapporti giuridici », parla G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Padova, 1962, 89-90.

ricevere: questa si pone su un piano diverso da quello sul quale si colloca la capacità giuridica (54). La capacità giuridica continua a sussistere anche se a taluni soggetti è — con riguardo a taluni beni — posta una limitazione: in questo senso è vero che nei nostri ordinamenti la capacità è generale non nel senso che tutti l'hanno su tutti i beni (intesi in senso ampio), ma nel senso che è elastica: si espande sin dove non incontra un limite. E non è vero che tra i due attributi dei soggetti si ponga un rapporto di opposizione perchè a ciò osta la specialità della limitazione (55): l'opposto della regola della capacità è l'incapacità *tout court* non l'incapacità a essere validamente titolari disposta solo con riguardo a beni determinati.

Si chiarisce così come le due norme hanno oggetti diversi; la prima, la capacità: qualità astratta e irrelata del soggetto; la seconda, la legittimazione: posizione rilevante in relazione ad un oggetto determinato (56). Ma la diversità non sta solo nella differenza dell'ogget-

(54) A. FALZEA, *Capacità*, cit., 12 afferma « ma si tratta, appunto, di esclusioni specifiche, dipendenti di massima da opzioni di tipi di vita e soggette eventualmente a cadere con la loro revoca. Esse perciò si verificano su un piano diverso da quello in cui si colloca la soggettività giuridica e, di conseguenza, la capacità giuridica ».

(55) In questo senso è esatto ciò che dice A. FALZEA, *Capacità*, cit., 26 che « per la capacità giuridica l'unica opposizione rilevante è quella che corre tra la regola della capacità giuridica generale e l'eccezione dell'incapacità giuridica speciale » e che quindi la limitazione si pone in relazione all'attribuzione di capacità come in un rapporto tra eccezione e regola. Nel senso che non è opposizione in senso stretto tra entità della stessa dimensione e poste sullo stesso piano, ma contrasto, in senso « trasversale » (come afferma Falzea) tra entità di cui una — quella di dimensioni più estese — è la regola, l'altra l'eccezione.

Ulteriore bibliografia e considerazioni sui rapporti tra legittimazione e capacità in E. ZANELLI, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, spec. 389 ss. Il tema che qui interessa confina con quello della capacità « speciale » degli enti pubblici (su cui lo scritto più recente è quello di G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, « Annali Fac. Giur. Genova », 1966, I, spec. 135 ss.).

(56) Si veda A. FALZEA, *Capacità*, cit., 44-45. Bisogna ricordare, anche — a giustificazione dell'ammissibilità di un'autonoma categoria di legittimazione — che la storia delle situazioni soggettive si è sviluppata proprio seguendo la tendenza a una loro articolazione e differenziazione (R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetti - linee di una vicenda concettuale*,

to, bensì anche nel modo in cui questo è assunto nell'ordinamento. Infatti, la legittimazione è dalle norme presa in considerazione in quanto è negata. Questo non è un carattere che attiene al modo della disciplina in taluni casi, bensì una nota costante della regolazione legislativa della legittimazione. Infatti, l'attribuzione di legittimazione a ricevere (norma positiva o, meglio, a contenuto positivo) vi è sempre quando vi è attribuzione di capacità. In questo senso legittimazione a ricevere non è altro che capacità in ordine a un particolare rapporto. Al contrario, quando vi è una disciplina (di privazione) della legittimazione, questa è posta su un piano diverso dalla capacità. Si può dire che essa assume autonomia, viene evidenziata giuridicamente, in quanto è negata. In altre parole, la mancanza di una tutela costituzionale *positiva* della legittimazione fa pensare che — in mancanza di una privazione di tale potere — la Costituzione ritenga che essa discende dalla qualità astratta del soggetto costituzionalmente garantita.

Si comprende così come la nozione discenda dall'intreccio tra i rapporti di genere e specie e di affermazione e negazione. La specie assume rilievo giuridico in quanto negata. Non può essere altrimenti ch'è l'affermazione del genere è anche affermazione della specie.

Si può anche dire che la legittimazione a diritti su beni discende — per la nostra Costituzione — dalla capacità: la Costituzione tutela la capacità perchè presuppone che — in mancanza di atti legislativi che privano della legittimazione — questa consegua a quella. Se la legittimazione avesse autonomia nei confronti della capacità non vi sarebbe ragione di prevedere — come fa la Costituzione — un sistema di garanzie perchè le limitazioni della legittimazione non possano diventare tanto ampie da operare a danno della capacità. E, d'altra parte, si comprende come la negazione riferita all'attributo di specie lo trasformi, ponendolo su un piano diverso da quello dell'attributo di genere.

«Ius», 1960, 148-196). Sarebbe poi interessante accertare se le ramificazioni delle attitudini del soggetto non siano proprio dovute al tentativo di portare fino in fondo quella concezione individualistica alla quale si deve la costruzione giuridica dei diritti soggettivi.

Messi in luce i due termini di riferimento che la riserva deve avere, si comprende anche perchè, se si vuol risolvere il problema, dianzi posto, del modo in cui avviene il contemperamento tra norma attributiva di capacità e norma che prevede la privazione di legittimazione a ricevere, l'attenzione si deve ora spostare sui soggetti e sui beni per i quali opera la riserva.

f) Prima di far ciò, tuttavia, occorre fornire alcuni chiarimenti sulla nozione di legittimazione a ricevere (o passiva o all'acquisto) (57) della quale si è fatto uso. Infatti la nozione di legittimazione è

(57) E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, 235, definisce passiva o ricettiva tale tipo di legittimazione. Anche questo autore, pertanto, come il Falzea, riconosce l'esistenza di una legittimazione « ad assumere il rapporto giuridico corrispondente al regolamento di interessi avuto di mira col negozio » (235) come riferita alla capacità di diritto. Egli la definisce come « competenza » (235) e la riferisce correttamente agli effetti (242) per cui « il difetto di legittimazione sotto il profilo che ora interessa si risolve in una impossibilità (incapacità relativa) di acquistare i diritti... » (377; si veda anche 214, dove la mancanza di legittimazione è definita inettitudine a risentire gli effetti di atti giuridici). Ma egli parla di legittimazione in tal senso con riferimento agli articoli 596, 598, 1471, 1394, 1395, 1188, 1189, 2357 e 596-598; esclude però implicitamente che alla legittimazione possa farsi ricorso per i beni pubblici poichè tratta della in commerciabilità tra le inidoneità dell'oggetto del negozio.

La nozione di legittimazione come competenza appare anche nella definizione che ne dà G. GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, 144: « aspetto relazionale soggettivo-oggettivo che concerne l'attitudine specifica del soggetto ad un determinato regolamento di interessi per riguardo alla posizione di competenza che lo qualifica rispetto agli stessi ».

Sulla nozione di legittimazione ricettiva, oltre agli scritti già citati di Falzea e di Monacciani, si veda S. PUGLIATTI, *Gli istituti del diritto civile*, Milano, 1943, 163, che fa cenno alla legittimazione con riferimento a « definite situazioni giuridiche ». La nozione di legittimazione ricettiva alla quale fanno cenno Falzea, Betti e Pugliatti (e, sulle orme di Falzea, Monacciani) non è stata discussa in dottrina, al contrario di ciò che è accaduto per la legittimazione ad agire. SALV. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1955, I, 1024 dice: « potrebbe obiettarsi che si tratta di limiti di autonomia configurati per un determinato rapporto in funzione del più libero e comunque più corretto svolgimento di un altro rapporto, familiare, professionale, d'ufficio, ecc. ».

Bisogna non dimenticare che la nozione è stata usata dagli autori citati solo per spiegare talune « incapacità » nel campo successivo e delle donazioni. E anche se non è da essi esclusa — con l'eccezione già vista del Betti — la sua applicabilità in campi diversi, pure non è da essi accennata. Peraltro anche per

di frequente adoperata con riferimento a fattispecie diverse (58) ed è perciò spesso detta ambigua (59); alcuni autori, anzi, suggeriscono di espungere questo termine dal vocabolario giuridico: le situazioni denominate legittimazione si risolverebbero o nel potere di agire o nel potere di disporre, o nella capacità in ordine a un rapporto particolare, in confronto di un determinato soggetto, o in un limite dell'attività negoziale (60); oppure, secondo altri, in un limite al potere di disposizione o in una incapacità giuridica relativa o in incompatibilità o nella sostituzione di un soggetto a un altro nella conclusione del negozio (61).

i campi in cui la sua applicabilità è stata sperimentata, molti esprimono dubbi. Ad esempio, L. COVIELLO, jr., *Capacità di ricevere per testamento*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 66, ritiene che solo le norme degli articoli 592, 593, 595 diano luogo a limiti della capacità; gli artt. 596, 597 e 598, al contrario, conterrebbero « una norma di divieto a che determinate persone vengano istituite eredi o legatari... ».

(58) Si vedano, tra gli altri, l'uso fattone da B. LIBONATI, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, 599, come « l'essere il soggetto investito di una situazione che lo manifesta ai terzi quale titolare, prescindendo dal fatto che egli sia o meno titolare » e da F. ROMANO, *La ratifica in diritto privato*, Napoli, 1964, 161, come « un modo di essere dell' " azione " del soggetto ».

(59) Così R. SACCO, *Circolazione giuridica*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 13.

(60) P. RESCIGNO, *Legittimazione (diritto sostanziale)*, « Noviss. dig. », *ad vocem*, 720.

(61) R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, « Trattato Grosso-Santoro Passarelli », Milano, 1961, 27-28 afferma che legittimazione intesa come principio per il quale nella sfera di autonomia privata per disporre di un interesse occorre esserne titolari e per il quale a nessuno può essere consentito di comandare in casa altrui, è una ripetizione, sotto il profilo del potere, del concetto di autonomia negoziale.

In particolare, è stato detto che non sembra sia giustificato il ricorso alla legittimazione per le ipotesi in cui viene eccezionalmente sottratto al titolare del diritto il potere di disporre: come accade per far salvo un interesse prevalente (articoli 54, 184, 220, 1980 del codice civile); o in quanto ad un soggetto si vieta di rendersi parte di un contratto — come avviene per la donazione, la cessione del credito e la compera — con riguardo ai suoi rapporti con l'altra parte (articoli 779, 781, 1395, 2233 (3) del codice civile) o con riguardo alla relazione in cui si trova con l'oggetto della disposizione (articoli 1261, 1471 del codice civile). « Queste fattispecie possono... agevolmente collocarsi sotto il paradigma dei limiti che la legge di volta in volta si riserva di apporre al potere di disposizione in linea generale riconosciuto alle parti nella cerchia dei propri interessi: o anche ricondursi all'idea della incapacità giuridica relativa o della incompatibilità... ». Si vedano, in senso critico, anche gli scritti cit. da Scognamiglio a pag. 28 n. 13, di Messineo e De Martini. Lo stesso autore

Qui non interessa, però, discutere l'ammissibilità, in generale, della nozione: questo è compito della teoria generale. E neppure interessa la disputa (forse nominalistica) sul se adoperare oppure no questo termine: anche questo è compito della teoria generale (62). Importa solo descrivere il fenomeno nei suoi aspetti giuridici, qualunque sia il termine che possa più opportunamente definirlo. Questo anche perchè qui la nozione di legittimazione interessa in funzione della teoria generale del soggetto e non in funzione della teoria generale dell'atto (63): questo secondo aspetto troverà più adeguata trattazione quando dovremo esaminare la utilizzabilità della nozione di legittimazione ai fini della proprietà collettiva: in particolare, per accertare l'ammissibilità di una proprietà nella quale i soggetti che dispongono del bene (gli enti rappresentativi della collettività) sono diversi da coloro che ne godono (la collettività).

Qui interessa ribadire che la posizione che la riserva crea nei soggetti è una posizione che ha riguardo agli effetti. Il divieto non riguarda l'atto con il quale il soggetto può divenire proprietario di beni oggetto di riserva ma l'effetto che da questo scaturisce. Il difetto di legittimazione non è inabilità nei confronti dell'atto: sarebbe un inutile giro vizioso: ha riguardo, invece, agli effetti, e, cioè al diritto che si verrebbe ad acquistare (64). Come è stato posto in rilievo, il

aveva precedentemente accolto la nozione di legittimazione nella formulazione del Betti: R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1956, 136.

(62) Una chiara esposizione della tesi della dottrina sulla legittimazione (ad agire o ricettizia) è compiuta da L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, 93-238.

(63) I due aspetti sono posti in luce tra gli altri, da L. MONACCIANI, *Azione e legittimazione*, Milano, 1951, 97.

(64) A. FALZEA, *Capacità*, cit., 45-46 « ... il divieto riguarda più che l'atto, l'aspetto che da questo scaturisce. Alla legge non può premere tanto che il soggetto non proceda all'acquisto, quanto che non diventi titolare di beni rispetto ai quali si trovi in una particolare situazione, che gli consentirebbe di trarre indebito profitto.... E poichè questo difetto di legittimazione non è stabilito nei confronti dell'atto in se stesso, sibbene con riguardo ai suoi effetti giuridici, vale a dire al diritto che si verrebbe ad acquistare, non viene in gioco il difetto di legittimazione ad agire, ma invece il difetto di legittimazione a ricevere, a beneficiare, poi, degli effetti giuridici dell'atto di acquisto.

difetto di legittimazione a ricevere è correlativo alla capacità di diritto o capacità di ricevere e quindi attiene al riferimento al soggetto delle conseguenze giuridiche prodotte dalla fattispecie primaria e non, invece, al processo di produzione delle fattispecie primarie (65).

Per il caso che qui interessa, il riferimento diretto agli effetti e non all'atto è posto in evidenza dallo stesso diritto positivo (art. 823 cod. civ.) in quanto non possono — sui beni demaniali, o, meglio, su beni sottoposti a riserva — costituirsi diritti a favore di terzi. La legge vuole impedire che un soggetto venga a trovarsi nella situazione giuridica di proprietario con riguardo a quei beni. La riserva quindi opera impedendo a taluni soggetti, in ordine a taluni beni, l'attribuzione della titolarità.

Un altro aspetto al quale occorre far cenno sta in questo: che la figura della privazione della legittimazione a ricevere ricorre in considerazione di particolari rapporti con determinate persone (66). Così nelle applicazioni che il fenomeno trova in materia successoria o nelle donazioni o nell'art. 1471 del codice civile.

Anche chi esclude la validità della nozione di legittimazione (ben s'intende, con riferimento alla pluralità di accezioni sopra poste in luce, non con riguardo esclusivo a quell'aspetto qui preso in considerazione, di legittimazione passiva) riconosce che con essa assume rilievo la posizione sociale della persona: « nel senso che la particolare posizione della persona in ordine a determinati rapporti e, in generale, rispetto alla sfera di interessi di un altro soggetto, determina una serie di limitazioni, di divieti, di incompatibilità nell'esplicazione dell'attività e della capacità della persona medesima. Limitazioni, divieti, in-

(65) A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 188-194 seguito da L. MONACCANI, *Azione*, cit., 123-124.

(66) A. FALZEA, *Il soggetto*, cit., 192 e 193; *Capacità*, cit., 45-46. Anche G. SPERDUTI, *Sulla capacità in diritto internazionale privato con particolare riguardo alla capacità d'obbligarsi per fatto illecito*, « Riv. it. sc. giur. », 1950, 294 ss. ricorda che non si tratta di modi di essere di una persona in sè presa, ma con riguardo ad altra persona (si badi che questo autore si riferisce alle « incapacità speciali »). Sulla legittimazione in quanto si determina in rapporti tra soggetti, R. FLAMMIA, *Contributo all'analisi dei sindacati di fatto*, I, *Autotutela degli interessi di lavoro*, Milano, 1963, 86.

compatibilità, sono destinati a impedire o a risolvere, ove insorga, un conflitto di interessi » (67).

Non altrimenti accade nel caso che ci interessa: la privazione della legittimazione a ricevere è disposta solo per i privati, e per ogni singolo soggetto privato in virtù della sua posizione nei confronti o dell'autorità pubblica cui pertiene il diritto (nel caso di proprietà statale individuale sottoposta a riserva) o della collettività che l'ha in godimento o in proprietà (nei casi, rispettivamente, di proprietà collettiva di godimento o di proprietà — pertinenza sottoposta a riserva) o ancora dell'autorità pubblica che ne dispone la riserva. Ma — come è evidente — questo aspetto non può essere posto adeguatamente in luce se non più avanti, quando si parlerà del regime al quale sono sottoposti i beni successivamente alla riserva. Dovrebbe, infatti, essere fin da ora chiaro che dall'aver posto in piena luce — come si è tentato di fare — il profilo soggettivo del regime dei beni, non discende che, necessariamente e in ogni caso, una volta intervenuta la riserva, i pubblici poteri o le collettività si appropriano del bene. Anzi, può dirsi che vi è uno *hiatus* tra la disciplina dell'appropriazione (attribuzione della capacità ed eventuale privazione della legittimazione per taluni soggetti alla proprietà di certi beni) e il regime dell'assunzione della titolarità. I due fenomeni corrono su linee distinte, sì che il fatto che taluni soggetti non siano legittimati alla proprietà di certi beni non vuol dire che necessariamente su questi beni altri soggetti (quelli per i quali la riserva non opera) acquistino la proprietà. Come vedremo meglio in seguito, dopo che sia avvenuta riserva possono darsi più possibilità: assunzione del diritto da parte dei pubblici poteri, assunzione del diritto da parte di collettività, mero godimento da parte di collettività dei beni soggetti a riserva, mero esercizio — sia pure in via esclusiva — da parte di uno o più privati. La scelta tra pertinenza e mero uso (o, secondo altri, tra proprietà e proprietà di godimento) dipende dal diritto positivo.

(67) P. RESCIGNO, *Legittimazione*, cit., 720 e *La persona giuridica e la capacità di ricevere per testamento*. « Riv. dir. civ. », 1964, II, luglio-agosto, 340.

La riserva termina la sua efficacia con l'esclusione: ciò che avviene dopo è — ai fini della riserva — indifferente.

Osserviamo, concludendo, che il principio posto in luce — la riserva come privazione della legittimazione in ordine a certi beni — assume come caratteristica fondamentale della proprietà dei pubblici poteri non un tratto proprio del diritto di proprietà dei pubblici poteri, ma, al contrario, un elemento che riguarda la posizione di terzi in ordine ai beni. Si comprende adesso appieno l'importanza dell'impostazione di questo studio: per l'esame della proprietà pubblica occorre partire dall'esame della proprietà in generale o — meglio — del regime pubblicistico del sistema di appartenenza dei beni; e chiarire innanzitutto non i « rapporti » tra i pubblici poteri e le collettività e i beni pubblici, ma i rapporti tra i pubblici poteri e le collettività e i privati in ordine ai beni pubblici.

D'altra parte, conviene anche chiarire fin da ora un punto sul quale sarà peraltro necessario tornare: che il confine dell'area dei beni sottoposti a riserva (come si è detto) non corrisponde al confine dell'area dei beni cosiddetti demaniali ovvero dei beni sicuramente demaniali. Si pensi al giacimento minerario che — ha detto la giurisprudenza (68) — « non ha mai in nessun caso e in nessun momento il carattere di bene assoggettabile a proprietà privata ». « Di guisa che le miniere (e così pure le sorgenti di acqua minerale) non possono mai formare oggetto di proprietà privata nè possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei ristretti limiti e sotto le particolari condizioni che sono imposte dalla legge in materia di concessioni minerarie ». Da ciò consegue che il contratto che abbia ad oggetto il trasferimento della miniera è nullo in maniera assoluta per impossibilità dell'oggetto. Ma — ciò che più importa in questa sede — da ciò discende quanto meno qualche dubbio sulla possibilità di distinguere tra beni demaniali e beni patrimoniali in maniera rigorosa: se è vero che un tratto comune contraddistingue beni demaniali e taluni beni patrimoniali, delle due l'una: o i secondi non sono

(68) Basti citare Cass., I, 25 marzo 1966, n. 788, « Foro it. », 1966, I, 362 ss.

da ascrivere nella categoria dei beni patrimoniali, oppure è la stessa categoria (meglio, la stessa bipartizione) che non presenta caratteri unitari.

5. Esaminiamo ora, sotto il profilo soggettivo, i pubblici poteri titolari di proprietà su beni oggetto di riserva.

A) La Costituzione — come si è visto — conferisce allo Stato e ad enti (pubblici) capacità in ordine alla proprietà (art. 42, I comma). Occorre in primo luogo esaminare se anche per i pubblici poteri possa darsi privazione della legittimazione in ordine a beni determinati. Potrebbe dirsi che la Costituzione esclude che la riserva possa operare nei confronti dei pubblici poteri. Ciò sarebbe implicito nello stesso art. 42 il quale prevede che possa essere sottoposta a riserva la « proprietà privata ». Cioè, prevede la possibilità di una dichiarazione di mancanza di legittimazione che si riferisca solo a privati e non anche alla pubblica amministrazione. Vi può essere sì il caso di bene colpito da riserva che non costituisca oggetto di appropriazione da parte dei pubblici poteri, ma in questo caso non è che i pubblici poteri siano privati del potere di disporre del diritto di proprietà su quel bene: vi è solo mancato esercizio del potere di acquisirne la proprietà.

Non si può dire che la riserva priva la pubblica amministrazione del potere di acquistare un bene *jure privato*; cioè opera anche nei confronti dei pubblici poteri escludendo — con riferimento a quei beni — la loro capacità di diritto privato. Sembra più rispondente alle norme della carta costituzionale ritenere che vi siano più tipi di proprietà dei pubblici poteri (*res communes omnium*, proprietà collettiva, proprietà di enti pubblici ecc.) e che la riserva operi solo nei confronti di privati.

Ora, però, la riserva di cui all'art. 43 è disposta per fini di utilità generale, sì che può pensarsi che possa essere disposta sia allo scopo di rendere accessibile a tutti l'impresa o le imprese sottoposte a riserva sia allo scopo di attribuire a un ente pubblico un « monopolio ». E ciò è confermato dalla esplicita menzione delle figure soggettive che possono esercitare l'impresa o le imprese sottoposte a riserva:

Stato, enti pubblici, collettività di lavoratori o di utenti. Meno esplicitamente, anche l'art. 44 lascia una certa possibilità di scelta circa l'ente o la figura soggettiva che può divenire titolare dei beni successivamente alla riserva. Ma tutto ciò non accade per la riserva di cui all'art. 42, dove il fine unico è quello di rendere i beni accessibili a tutti. Ora, sembra difficile pensare che la Costituzione abbia lasciato aperto il modo in cui raggiungere questo fine. Che, cioè, abbia indicato il fine, lasciando libero poi il legislatore di decidere se il fine debba essere raggiunto in via immediata o in via mediata: in via immediata, con la costituzione di proprietà collettiva, in via mediata, con l'attribuzione della proprietà ad un ente pubblico il cui fine sia di rendere accessibile a tutti i beni di proprietà dell'ente. Questa interpretazione sembra da escludere, perchè la Costituzione, quando ha voluto, ha direttamente fatto riferimento alle collettività; e infatti, come è noto, nella Costituzione repubblicana trovano ampio spazio figure giuridiche collettive, sempre menzionate in prima persona. D'altra parte, la trasformazione di interessi collettivi in interessi attribuiti istituzionalmente a una persona giuridica è tipica piuttosto della legislazione dello scorso secolo in materia di beni pubblici, di quella legislazione che tentò la trasformazione delle proprietà collettive e degli usi civici in proprietà individuale di persone fisiche o di enti. E non si può credere che la Costituzione abbia seguito un indirizzo simile.

Se tutto ciò è vero, resta aperto un altro importante problema: se possono godere del regime della riserva solo beni che sono accessibili a tutti in via diretta e non in via mediata; se, cioè, successivamente alla riserva, una interpretazione rigorosa della Costituzione ammette che i beni possano essere attribuiti solo alle categorie della proprietà collettiva e dei beni in uso comune a tutti, come può dirsi che beni in proprietà di un ente pubblico (Stato o ente pubblico in senso stretto) siano sottoposti a riserva? Ora, non sembra che questo problema possa essere risolto se non sul piano di una comprensione storica dell'evoluzione dell'ordinamento. Per cui, norme anteriori alla Costituzione dettano un regime di riserva anche per beni in mano

di enti pubblici, in contrasto con la norma costituzionale successiva, che prevede tale regime solo per i beni collettivi. Detto ciò in generale, dobbiamo ora fermarci, salvo ritornare più avanti sul problema dei cosiddetti beni demaniali militari, che costituiscono la categoria di maggior rilievo di beni di proprietà (ed in uso esclusivo) di enti pubblici sottoposti al regime del demanio. Per questi, infatti, vedremo che vi sono anche elementi letterali nella interpretazione del codice che fanno ritenere la loro non appartenenza alla categoria dei beni sottoposti a riserva.

Peraltro, bisogna soffermarsi ancora un momento sul tema generale della possibilità di realizzare il fine della accessibilità tramite l'ente pubblico (e quindi non in via diretta). Ora, la prevalente dottrina, in Italia, è di questa opinione, affermando che i beni pubblici spettano in proprietà all'ente pubblico, il quale poi realizza i fini pubblici assicurando l'uso da parte del pubblico dei beni. In verità, nella sua formulazione più rigorosa, la tesi che riduce la proprietà collettiva e l'uso comune a proprietà dell'ente pubblico, giungeva all'affermazione che lo Stato gode direttamente dei beni demaniali coll'esercitare col loro mezzo una funzione pubblica di cui i singoli sono destinatari (1). In questo modo si compiva una riduzione in termini di persona statale dei problemi della proprietà pubblica: questa non è proprietà collettiva e neppure — come altri affermava — proprietà individuale statale a destinazione (godimento) collettiva ma proprietà individuale statale a destinazione individuale statale. Ora, non si può semplicemente negare un fondamento a queste tesi, che vanno anzi attentamente esaminate. E, infatti, a guardare più da vicino la tesi che riduceva la proprietà collettiva a proprietà di ente pubblico, e che da ciò traeva la conseguenza che l'accessibilità non si realizza in via immediata e diretta ma tramite l'ente pubblico, si può notare che per

(1) Di E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 74, 259 ss. e 288 sulle orme di D. DONATI, *Principi generali di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Padova, 1932, 157 (cit. da Guicciardi 262, in nota), per quanto riguarda i beni demaniali. Si noti anche che il Guicciardi ha, in altri punti (73 n. 1), presente la distinzione tra beni destinati all'uso comune e beni destinati alla utilizzazione in modo diretto e immediato dallo Stato.

essa lo Stato non è sempre inteso come Stato organizzazione o Stato ente, bensì proprio come collettività di cittadini; così, ad esempio, quando si affermava che « quando dei beni usano i privati lo fanno come cittadini, come membri dello Stato, ed è sempre quindi lo Stato che gode nella persona dei suoi membri » (2). D'altra parte, non si può negare che il fine della accessibilità si può realizzare in via immediata solo in ordine a taluni usi del bene; anzi proprio quando, con lo sviluppo delle tecniche, si passa da una concezione statica a una dinamica del bene, gli usi che permettono una immediata accessibilità al bene tendono a diminuire o ad essere limitati da usi più complessi. Così quando si passa da una disciplina di mera conservazione ad una di utilizzazione strumentale (3) o alla destinazione ad impresa dei beni pubblici, è accaduto che l'accessibilità in via immediata sia rimasta limitata. Si pensi solo all'uso a fini idroelettrici delle acque tramite un ente pubblico: qui il fine della accessibilità tende a scomparire dietro il fine mediato della possibilità di offrire un servizio pubblico quale l'energia elettrica: certo, anche in questo secondo caso si può parlare di accessibilità, ma questa è certamente di secondo grado e non riguarda tanto il bene in sé quanto l'energia che esso permette di produrre. Gli accenni fatti sono serviti a dimostrare la complessità della materia, che però costituisce oggetto dello studio della disciplina degli usi e della destinazione dei beni ad impresa.

B) Si pone ora il problema della identificazione dei soggetti legittimati. Occorre quindi esaminare le disposizioni costituzionali che indicano i soggetti. Quali soggetti possono essere titolari di un diritto sottoposto a riserva?

Cominciamo dall'art. 42 che — dopo aver operato la distinzione tra proprietà pubblica e privata, distinzione che ha mero valore clas-

(2) A. DE VALLES, *Demaniale e diritti reali*, « Riv. dir. pubbl. », 1913, II, 8.

(3) Per esprimerci con i termini di F. BENVENUTI, *Il demanio fluviale* « Il dir. marittimo », 1961, luglio-dicembre, 479-480 e 485.

sificatorio (4) — al primo comma, indica lo Stato ed enti (5): è chiaro che in tal modo la Costituzione si riferisce alla persona statale, ad enti pubblici territoriali e ad altri enti pubblici. Per una categoria determinata di enti pubblici territoriali, le regioni, l'art. 119 della Carta Costituzionale ribadisce: «la regione ha un proprio demanio e patrimonio, secondo le modalità stabilite con legge della Repubblica». Nessuna indicazione espressa è dato riscontrare in ordine ai soggetti, nell'art. 44. In nessun caso la Costituzione si riferisce alla proprietà di beni nei confronti dei quali operi riserva — così come invece fa nell'art. 43 —. Ma — ciò che è più importante — la Costituzione non sembra dire che di un bene nei confronti del quale operi riserva può divenire proprietario solo un soggetto pubblico.

L'art. 43 della Costituzione — con riguardo solo a quei beni che costituiscono oggetto di impresa — fa riferimento, oltre che ad enti pubblici, a comunità di lavoratori o di utenti quali soggetti che possono essere titolari di diritto sottoposto a riserva. Per comunità di lavoratori e di utenti sembra debbano intendersi figure soggettive di natura privata (6). Sembra che debba trattarsi di figure non personificate, che realizzino quindi forme di proprietà collettiva (7). Quest'ultima interpretazione è confermata dal disegno costituente di definire la proprietà e l'impresa — con voluto parallelismo — come private, pubbliche e collettive (8). Vi è chi ha visto nella formula che si commenta «la via che alla proprietà collettiva ha aperto la nuova Costituzione» aggiungendo che la Costituzione non richiede la costituzione di enti muniti di personalità giuridica nè che la riserva o il trasferimento dell'impresa abbia per effetto la costituzione della persona

(4) G. MOTZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 182.

(5) Sulla «land capacity» di «government corporations» negli Stati Uniti, R. R. POWELL, *The law of property*, New-York-Albany, 1949, 674-680.

(6) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa*, cit., 322.

(7) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa*, cit., 323; S. CATTANEO, *Comunità di lavoratori o di utenti (diritto costituzionale)*, «Enc. dir.» ad vocem, 3 (dell'estr.) afferma che la scelta tra enti con personalità e comunità è rimessa al legislatore.

(8) Si vedano i documenti dell'assemblea costituente citati da V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa*, cit., 323, n. 74.

giuridica e che l'impresa non viene riservata o trasferita ai lavoratori o agli utenti « uti singuli » bensì alla comunità come collettività (9). C'è da aggiungere ancora che la natura privata di queste collettività non esclude che esse siano di rilevante interesse pubblico (10) e che la Costituzione fa evidenti posizioni di favore a forme di proprietà collettiva, non solo per ciò che riguarda la « proprietà pubblica », ma anche per ciò che riguarda la « proprietà privata ».

Da una attenta considerazione di quanto si è detto — lasciando da parte il caso dei beni di cui all'art. 43 per i quali vi è una apposita norma — consegue che un soggetto privato non potrà trar vantaggio dalla circostanza che nei confronti di certi beni è disposta una riserva appropriandosene a danno di altri privati: cioè la riserva può operare solo a vantaggio di soggetti pubblici nei confronti di privati, mai a vantaggio di privati e a danno di altri privati. Una legge non può disporre riserva a vantaggio di un privato e a danno degli altri perchè — a parte i dubbi che questo effetto fa sorgere sotto il profilo della eguaglianza e del divieto di leggi personali — in tal modo non si realizza il fine di rendere la proprietà accessibile a tutti. Questo fine sarà raggiunto, come si è visto, se alla riserva non consegue alcuna assunzione di diritto, se la riserva opera disponendo la non legittimazione a titolo di proprietà individuale e l'assunzione si ha a titolo di proprietà collettiva da parte di privati, se l'assunzione si ha da parte di un soggetto pubblico (ma con i dubbi su accennati). Quindi, solo i soggetti pubblici o collettività possono divenire titolari di diritti su beni nei confronti dei quali sia stata disposta riserva: esattamente la stessa disposizione *espressa* dell'art. 43 per le aziende.

Notiamo, ancora, che le norme costituzionali prevedono che possano divenire proprietari di beni nei confronti dei quali operi riserva anche soggetti pubblici non territoriali. Occorre innanzitutto sottolineare il fatto che la Costituzione suggerisce un orientamento che pare particolarmente proficuo: lo studio congiunto dei beni dei pub-

(9) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 224.

(10) Così anche S. CATTANEO, *Comunità*, cit., 3; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 151, le chiama comunità dotate di un valore sociale.

blici poteri, sia della proprietà dello Stato e di altri enti pubblici territoriali sia della proprietà degli enti pubblici non territoriali e di collettività private (ma di indubbio rilievo pubblico).

Occorre soffermarci sul problema degli enti cosiddetti territoriali. La dottrina infatti sembra concorde nel ritenere requisito della demanialità l'appartenenza del bene ad un ente pubblico territoriale. A questo soltanto perchè questo ha giurisdizione illimitata riguardo al numero e alla qualità delle persone ad essa soggette (11). « Questa esigenza si connette al contenuto stesso della proprietà pubblica, il quale importa l'esercizio di poteri di sovranità, cioè di poteri pubblici *erga omnes*, che non possono appartenere se non agli enti territoriali. Qualunque altro ente pubblico, al di fuori di questi, non può essere titolare se non di beni patrimoniali, cioè di beni posseduti a titolo di proprietà privata » (12).

In passato si è sostenuto sia che le persone giuridiche pubbliche non territoriali non possono avere cose pubbliche « perchè gli scopi che dovrebbero essere raggiunti in questa maniera non rientrano nei loro diritti di autoamministrazione »; sia che possono definirsi pubbliche anche cose di proprietà di privati o di enti morali, essendo indifferente l'appartenenza e solo importante « l'attributo di quel sistema che costituisce la cosa in atto o in funzione e che importa la soggezione della medesima all'uso pubblico » (13). Solo gli enti territoriali, forniti di « diritto di sovranità », potrebbero sottrarre i beni al commercio privato destinandoli all'uso pubblico: la volontà privata non avendo tale efficacia (14). Secondo altri, non molto diversamente, i beni demaniali possono appartenere ai soli enti territoriali perchè questi sono enti pubblici coercitivi (15). Secondo altri, essendo i beni

(11) S. ROMANO, cit. da E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 29 n. 1.

(12) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1955, 16 e già in *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 184.

(13) Le opinioni sono citate da O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., I, *Stato*, cit., 75-81 (dell'estr.).

(14) N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, Milano, 1910, 271.

(15) F. CAMMEO, *Demanio*, « Dig. it. » *ad vocem*, 858 n. 58; O. RANELLETTI, *Natura giuridica della dotazione della Corona*, « Foro it. », 1893, I, 828.

demaniali oggetto di « imperium », non possono spettare se non agli enti che sono investiti di questa potestà (16).

Di recente, è stato sostenuto che la giustificazione dell'appartenenza dei beni demaniali ai soli enti territoriali non è da rinvenirsi nel loro elemento materiale, costituito dal territorio, ma nell'altro loro elemento, quello personale rappresentato dalla popolazione. La natura corporativa fornisce la spiegazione: gli enti territoriali vengono in considerazione per il loro sostrato corporativo che, rispetto alle altre corporazioni, acquista il carattere particolare della generalità (17).

Può essere interessante notare che è stato sostenuto anche l'inverso: che l'ente territoriale è riconoscibile dalla presenza del demanio. Di recente infatti, uno dei tratti distintivi degli enti territoriali è stato riconosciuto nel fatto che questi « sono gli esclusivi titolari di beni demaniali ». Anche se è logicamente pensabile il conferimento di un demanio ad enti non territoriali, « in diritto vigente l'aver un demanio rappresenta un primo, caratteristico aspetto della potestà territoriale » (18).

Come è noto, il problema in concreto si è posto per i beni di proprietà di Consorzi di enti territoriali, di Consorzi di bonifica e di frazioni di comuni (19). Non essendo questi enti territoriali, si è escluso

(16) F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, 763; non molto diversamente, C. VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1954, 211.

(17) G. FALZONE, *Il patrimonio regionale*, Milano, 1951, 25-26.

(18) L. PALADIN, *Il territorio degli enti autonomi*, « Riv. trim. Dir. Pubbl. », 1961, 640 e 642-643.

(19) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 37-39. Sulle frazioni, si veda anche B. CAVALLO, *Contributo allo studio del concetto di frazione comunale nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1964, spec. 22 ss., 71-74 e 97, che afferma l'irrelevanza del problema della personalità giuridica della frazione. Può essere interessante notare che — come nell'ipotesi dei rapporti tra territorialità e proprietà di beni demaniali — anche i rapporti tra personalità della frazione e titolarità di proprietà su beni sono stati osservati sotto ambedue i punti di vista, per affermarsi la personalità sulla base della proprietà di un patrimonio da una parte, e per affermarsi la proprietà di un patrimonio della frazione sulla base della personalità della stessa, dall'altra. Nell'indagine del Cavallo si noti l'attenzione posta ai problemi della proprietà collettiva e della frazione come collettività e « formazione sociale » (su questo aspetto ritorneremo nelle parti dedicate alla proprietà collettiva).

che i beni loro pertinenti possano definirsi come demaniali. Questa è opinione prevalente, anche se qualche autore ammette che beni demaniali possano appartenere, oltre che ad enti territoriali, a consorzi di enti territoriali (20).

La legislazione positiva prevede peraltro l'esistenza di beni demaniali di consorzi: la legge regionale siciliana 29 ottobre 1955 stabilisce all'art. 266 che « i beni dei cessati enti autarchici provinciali sono attribuiti ai liberi Consorzi ». Vi è chi ha affermato che, in base all'art. 830 del codice civile, i beni diverranno in tal modo patrimoniali indisponibili (21). Vi è chi, invece, ha affermato che la demanialità può conciliarsi con la non territorialità dei consorzi. Questi, infatti, hanno un sostrato corporativo, elemento determinante l'attribuzione della proprietà demaniale ai soli enti territoriali; curano interessi che sono collimanti con quelli degli enti consorziati (22).

Il problema non può essere affrontato per singole categorie di enti. Bisogna chiedersi, per tutti gli enti pubblici, se il diritto positivo preveda una limitazione soggettiva della proprietà di beni sottoposti a riserva. Ci si riferisce qui ai beni sottoposti a riserva e non a quelli cosiddetti demaniali, perchè questa seconda denominazione comprende più categorie di beni ed è quindi equivoca. Ora, per dar risposta al quesito, basta ricordare quanto già dimostrato sopra: che la Costituzione dispone che solo soggetti pubblici e collettività possono divenire titolari di diritti su beni nei confronti dei quali sia stata disposta riserva; che la Costituzione, però, non distingue tra enti pubblici territoriali e non territoriali. La legge quindi può indicare quali proprietari di beni sottoposti a riserva sia collettività non personificate, sia collettività personificate, sia persone giuridiche che non abbiano un sostrato collettivo. Questo è stato detto molto chiaramente quando si è affermato che se una proprietà pertiene ad un ente autarchico istituzionale ed è « oggetto immediato delle sue funzioni am-

(20) L. PALADIN, *Il territorio*, cit., 642 e 643 (ivi precisazioni).

(21) G. MIELE, *Il nuovo ordinamento degli enti locali in Sicilia*, « Riv. trim. Dir. Pubbl. », 1956, 287 ss.

(22) G. FALZONE, *I beni del « patrimonio indisponibile »*, Milano, 1957, 278-279.

ministrative », « nulla in astratto sembra che vieti di ritenere pubblico siffatto diritto. Lo stesso è in genere a dirsi delle persone private cui sia stato affidato l'esercizio di una pubblica funzione. In concreto, però, avuto riguardo al diritto italiano, non pare che la figura della proprietà demaniale sia stata mai riferita ad enti diversi dallo Stato, dalla provincia e dal comune » aggiungendosi che ciò ha valore (solo) come principio consuetudinario (23). Quanto si è detto esclude che requisito della demanialità o della proprietà riservata sia l'appartenenza del bene ad un ente pubblico territoriale. La Costituzione non richiede che i beni sottoposti a riserva siano di pertinenza di enti pubblici territoriali, come è dimostrato anche da tutti i casi di applicazione degli articoli 42 e 43: si pensi soltanto ai beni elettrici, gravati da riserva, ora di proprietà di un ente pubblico a carattere nazionale e non territoriale quale l'ENEL. Naturalmente, il problema degli enti territoriali dovrà essere esaminato di nuovo là dove tratteremo della proprietà collettiva.

(23) S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 473; nello stesso senso, R. RESTA, *Beni pubblici*, Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1960, 69.

II

TIPI DI PROPRIETÀ E DI USI DI ENTI PUBBLICI E DI COLLETTIVITÀ SU BENI SOTTOPOSTI A RISERVA

1. Abbiamo così posto le premesse per esaminare i diversi tipi di « proprietà pubblica » esistenti nel nostro ordinamento. Finora, infatti, abbiamo considerato la posizione rispettiva di privati ed enti pubblici in ordine ai beni sottoposti a riserva negli aspetti che riguardano la capacità e la legittimazione di questi soggetti alla proprietà di questi beni. Ora dobbiamo esaminare le situazioni soggettive susseguenti: quelle che derivano dall'assunzione del diritto nei confronti del quale opera la riserva da parte di un ente pubblico; dall'assunzione da parte di una collettività; dalla non assunzione del diritto; dall'esercizio di un diritto sottoposto a riserva da parte di un privato.

Prima di esaminare le quattro ipotesi occorre chiarire perchè riserva e assunzione del diritto siano fenomeni distinti e vedere chi è competente a decidere quale di queste debba essere scelta e se — successivamente al verificarsi di una di esse — possa verificarsene un'altra.

A) Il primo problema è: la riserva contiene davvero soltanto la imposizione di un divieto, è soltanto una norma negativa, oppure comporta anche l'assunzione del diritto, per il quale è stato operato il divieto, da parte dei pubblici poteri? Cioè: perchè i pubblici poteri privino i soggetti della legittimazione a diventare titolari di certi diritti e diventino essi stessi titolari di questi diritti, basta l'atto di riserva oppure è necessario l'atto di riserva seguito da un atto di assunzione del diritto da parte della pubblica amministrazione?

Ora, nessuno nega che gli enti pubblici possano essere proprietari. Se gli enti pubblici possono essere proprietari sulla base del diritto comune, cioè in quanto gli enti pubblici hanno una capacità di di-

ritto privato, bisognerebbe già solo da questo elemento inferirne che non sia necessaria una riserva per l'assunzione del diritto. Questo rilievo, che è tradizionale nella dottrina, è confermato dall'art. 42, comma I, nel quale abbiamo visto che i soggetti ai quali è conferita la capacità di diventare proprietari, sono non solo quelli privati, ma anche quelli pubblici. Allora si può dire che il rilievo, tradizionale nella dottrina, della capacità di diritto privato degli enti pubblici, per cui gli enti pubblici possono essere proprietari in virtù di una capacità di diritto privato che ad essi spetta, è confermato dall'interpretazione della Costituzione, art. 42, comma I. È chiaro quindi che l'interpretazione della Costituzione che vorrebbe che l'atto di riserva servisse a due scopi (ad allontanare dai beni i privati, e all'assunzione della proprietà sui beni da parte degli enti pubblici) è criticabile perchè la seconda parte di essa è inutile. *A contrariis*, la cosa è ancora più evidente perchè, qualora si ammettesse che la riserva serva anche all'assunzione del diritto, si avrebbero nel nostro ordinamento due tipi di assunzione del diritto da parte degli enti pubblici: un primo modo nell'esercizio della capacità che ad essi è attribuita dall'art. 42 comma I; un secondo modo, in seguito ad un atto di riserva che fosse compiuto sulla base dell'art. 42, comma II. Come si vede, da un'interpretazione sistematica della Costituzione, si evince che sostenere la duplicità di effetti dell'atto di riserva è perfettamente inutile. Vuol dire attribuire alla pubblica amministrazione un potere che essa ha già.

Ciò comporta, come conseguenza, che regime della riserva e regime della proprietà sono separati: non ogni qualvolta vi è riserva vi è proprietà nè ogni qualvolta vi è proprietà vi è riserva (1). Si comprende, quindi, come possa esservi proprietà di enti pubblici su beni con riferimento ai quali non sia disposta una riserva e che quindi non sia caratterizzata da questo che abbiamo visto essere il principale tratto pubblicistico della proprietà degli enti pubblici (di questa fattispecie ci occuperemo più avanti). E d'altra parte, si comprende anche come esistano beni sottoposti a riserva sui quali non vi è proprietà ma mero

(1) Questo era chiaro già in O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III Teoria, 54 (dell'estr.) che affermava: « la natura demaniale non segue la proprietà ».

godimento collettivo regolato dal legislatore. C'è piuttosto da chiedersi se sui beni ai quali la riserva fa riferimento debba sempre esservi un uso da parte della collettività (a titolo di proprietà o di mero uso) oppure può pensarsi a una riserva che si esaurisce in un mero divieto. Niente sembrerebbe escludere che lo Stato — unico regolatore delle sorti del bene successivamente alla riserva — possa impedirne ogni uso. Ma ciò contrasterebbe con il fine per il quale — a norma della Costituzione — può essere disposta la riserva: per rendere il bene accessibile a tutti. Bisognerebbe quindi concludere che una mera riserva sia ammissibile solo nel caso che abbia ad oggetto l'impresa (riserva *ex* 43 Costituzione) poichè per questa non è disposto che un « fine di utilità generale ». Esso potrebbe essere concepito sia come fine di rendere accessibile a tutti l'impresa sia come fine di sottrarre a tutti l'impresa, laddove per la proprietà, lo scopo indicato dall'art. 42 non lascerebbe queste possibilità.

Però, se ciò sembra valido sotto il profilo esegetico, non si può non tener conto di due altre osservazioni. La prima, di natura storica, riguarda l'uso della nozione di divieto; ora, a questo proposito, bisogna tener conto del fatto che le norme di mero divieto sono — come acutamente posto in luce da taluni studiosi tedeschi (2) — un'eredità dell'assolutismo che, ad opera del Mayer e della sua concezione del divieto salvo permesso, sono entrate nel patrimonio della dottrina e — in parte — della legislazione moderne. Se è valido questo riferimento storico, bisogna adoperare la riserva — mero divieto con molta cautela.

Una riserva infatti che mirasse solo allo scopo di impedire l'uso di beni o lo svolgimento di attività non presenterebbe tratti diversi da una norma di mero divieto. D'altra parte, bisogna tener conto del fatto che le norme di mero divieto possono avere anche una diversa funzione, quella di preservare e conservare allo stato naturale beni che costituiscono o contengono risorse naturali (si pensi solo all'ampia nor-

(2) Parla del divieto come « Erbteil des Polizeistaats » G. Erler, nell'opera citata da K. STERN, *Die öffentliche Sache*, cit., 218, nota 201.

mazione nordamericana sui parchi costituiti non a scopo di utilizzazione collettiva ma a scopo di preservazione della flora o della fauna o di ambedue, per tenere un ambiente naturale « forever wild »).

B) La molteplicità dei soggetti che possono essere titolari di diritti sottoposti a riserva pone il problema del soggetto e dell'atto con cui si possa legittimamente operare la scelta tra questi. Occorre ricordare che la Costituzione si limita a prevedere un atto con il quale si dispone la mancanza di legittimazione dei privati e a indicare la categoria dei soggetti legittimati. La riserva non comporta assunzione o affidamento del diritto che potrà quindi restare anche senza un titolare. Se vi è assunzione, questa avviene in forza della capacità di diritto privato dei soggetti legittimati.

Tutto questo fa pensare che non può escludersi in linea astratta una concorrenza tra i soggetti legittimati. Non è difficile però pensare che sia il legislatore che deve — con atto normativo — operare una scelta. Si tenga presente che la fattispecie è di difficile verifica poichè di solito — quando vi è assunzione del diritto — questa è operata contestualmente alla riserva. Nè si obietti che qui lo Stato interviene due volte, in quanto sceglie a chi attribuire il bene sottoposto a riserva e in quanto poi ne diviene proprietario o regolatore dell'uso. La scelta sarà infatti operata dallo Stato-legislatore, in quanto rappresentativo della comunità statale; l'assunzione e l'uso successivi saranno poi dell'ente-Stato o di enti pubblici diversi dallo Stato o di collettività.

Bisogna aggiungere che i pubblici poteri possono porre validamente in essere rapporti che comportino il passaggio di diritti su beni nei confronti dei quali operi riserva purchè le parti siano soggetti pubblici (Stato, altri enti pubblici territoriali, enti pubblici non territoriali) o collettività. E la dottrina non ha escluso che i beni c.d. demaniali possano essere interamente trasferiti dall'ente che ne è proprietario ad altro ente pubblico (3): un esempio di trasferimento da uno

(3) G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 6.

ad altro ente pubblico è quello del c.d. trasferimento alle regioni di beni del « demanio » dello Stato (4).

C) Breve è il discorso — dopo quanto si è detto prima — per ciò che riguarda l'ipotesi di proprietà di ente pubblico su beni nei confronti dei quali operi riserva. Si ricordi che il fatto che il bene sia di pertinenza dei pubblici poteri non interessa la disciplina costituzionale: essa quindi nulla dice — se non con riguardo ai soggetti pubblici legittimati nel primo comma dell'art. 42 e negli articoli 43 e 119 — sulla titolarità del diritto da parte della pubblica amministrazione. La proprietà dei pubblici poteri — in quanto tale — non incide in materia costituzionalmente garantita. In questo senso, sembra, si è detto che la Costituzione non determina in maniera tassativa quali saranno le caratteristiche delle situazioni soggettive di appartenenza derivanti dalle riserve (5). La fattispecie è di semplice descrizione: un ente pubblico

(4) M. S. GIANNINI, *I beni*, cit., 100. Sui trasferimenti di beni — in particolare dei beni demaniali — da uno ad altro organo della pubblica amministrazione o da uno ad altro ente è stata anzi costruita una « teoria delle modificazioni della demanialità » che è bene qui brevemente esporre (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 213-216). Si distinguono innanzitutto modificazioni improprie (quelle che sono la conseguenza di una modificazione di altro genere e avvengono per una intera specie di beni) da modificazioni proprie (quelle in cui la modificazione riguarda in via principale la demanialità e avviene per i singoli beni). Il passaggio di beni da uno ad altro organo dello stesso soggetto può avvenire solo singolarmente, in corrispondenza col trasferimento di funzioni, e con regolamento di organizzazione. Il passaggio di beni tra enti pubblici della medesima specie può avvenire in corrispondenza col trasferimento di funzioni e con regolamento di organizzazione; avviene in corrispondenza col trasferimento del territorio, per tutti i beni esistenti nel territorio, nelle forme della cessione del territorio. Il passaggio di beni tra enti pubblici di diversa specie può avvenire solo in corrispondenza col trasferimento di competenza. Modificazioni soggettive proprie non possono avvenire tra i vari rami della amministrazione e tra enti pubblici della stessa specie. Possono avvenire tra soggetti di specie diversa, *ope legis*, ma con l'intervento di atti amministrativi di accertamento. Le modificazioni soggettive possono accompagnarsi a modificazioni della destinazione (funzionali). Tali modificazioni miste sono sempre ineguali e proprie: esse concernono un bene che presenta l'attitudine a due funzioni diverse, l'una delle quali viene sacrificata all'altra definitivamente (modificazioni in senso stretto) o alternativamente (avvicendamento demaniale). Si veda anche G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 43-44 e *Il concetto*, cit., 181.

(5) G. MOTZO - A. PIRAS, *Epropriazione*, cit., 187 ss.

assume a titolo di proprietà individuale il dominio di beni per i quali tutti i privati sono esclusi dalla legittimazione a divenire titolari.

a) A questa configurazione di uno dei tipi di proprietà pubblica potrebbe obiettarsi: che significato ha la riserva se la sola titolarità della proprietà da parte di un ente pubblico assicura a quest'ultimo un *jus excludendi alios* dalla titolarità? Di un bene attualmente in proprietà di un soggetto nessun altro soggetto può divenire proprietario, in forza dell'esclusione che discende dalla stessa esistenza di un diritto di proprietà (6). E allora che significato ha disporre per essi una riserva?

(6) Il tema della esclusività è dei più intricati perchè la dottrina ne ha, con una serie di ipostasi, ampliato la rilevanza e gli effetti. Nella sua configurazione reale, esclusività non è che un modo di godere il bene; essa probabilmente non è neppure caratteristica della sola proprietà o dei soli diritti reali (sul primo aspetto, S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, I, Milano, 1964, 22, 44 e spec. 73). Essa, invece, è vista, generalmente, in connessione con un dovere di esclusione (e un corrispondente diritto), come manifestazione della struttura individuale del dominio, ecc. Sulla inutilità di intendere l'esclusività e l'assolutezza — e quindi il diritto di proprietà — come un rapporto giuridico o una serie di rapporti giuridici con soggetto indeterminabile, in relazione a un comportamento generico e aspecifico, laddove tale comportamento non è che l'espressione del dovere generico *alterum non laedere*, oltre allo scritto di Pugliatti appena citato, U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 18 e 90-91.

L'esclusività propria del diritto di proprietà è stata concepita come un riflesso del carattere principale attribuito alla proprietà: la massima signoria sulle cose. Si è detto quindi che essa è propria della sola proprietà perchè questa è il diritto reale di contenuto più ampio (L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 58). Ancora, si è concepita l'esclusività come una serie di doveri negativi che costituiscono l'incorniciatura o la rete di sicurezza del diritto reale (L. BARASSI, *Diritti reali*, cit., I, 38). Il diritto di proprietà è stato visto — specialmente dalla dottrina meno recente — come « il diritto tipico d'esclusione »: « a tutti incombe un dovere generale negativo: quello di non intromettersi, di non turbare il titolare nell'esplicamento della sua azione riguardo ad una cosa. Del comportamento rispetto a un bene al titolare del diritto reale è riservato il *monopolio*: gli altri devono solo stare a guardare ed astenersi dall'invadere quella sfera giuridica » (F. FERRARA, *Concetto e tipi dei diritti reali, Scritti giuridici*, Milano, 1954, 420 e 414).

Di recente si è detto che esclusività può significare solo esclusione di diritti identici: la proprietà esclude ogni altra proprietà, l'usufrutto ogni altro usufrutto, ecc.; la proprietà non esclude però che sul medesimo bene vi sia contemporaneamente un diritto d'enfiteusi ecc. (D. BARBERO, *Sistema*, cit., I, 707); e che esclusività non caratterizza il solo diritto di proprietà, ma anche,

Ora, questa obiezione sarebbe certamente valida se la riserva avesse effetto su singoli beni. Ma così non è, poichè la riserva — come vedremo meglio quando parleremo dei beni — opera per categorie di beni. Se, al contrario, la riserva fosse disposta per singoli beni, si potrebbe verificare che, successivamente alla riserva, venissero in esistenza e fossero costruite cose dello stesso genere di quelle sottoposte a riserva ma, a differenza di quelle, liberamente appropriabili da privati. Ammesso che la riserva opera per categorie di beni, si comprende che

tra i diritti reali, l'enfiteusi e l'usufrutto e non discende dall'esercizio del diritto ma da un dovere imposto ai terzi dalla legge (D. BARBERO, *Sistema*, cit., I, 707 e 712).

L'esclusività è stata anche intesa come dipendente dalla struttura individuale del dominio: « il proprietario ha diritto che tutti i terzi si astengano da qualsiasi invasione nella sfera del suo diritto, come immissioni, possesso, esercizio di servitù, appropriazione del godimento, e così via. Il suo diritto cioè opera *erga omnes*. L'esclusività del dominio è la più eloquente dimostrazione della struttura individuale del dominio; naturalmente se questa struttura sia o non individualistica è problema diverso, ma la moderna letteratura di solito non coglie la diversità, volendo respingere la struttura individualistica finisce per colpire la struttura individuale del diritto, snaturando la categoria della proprietà, che vien ridotta ad istituto pubblicistico, cioè... a non proprietà » (F. DE MARTINO, *Della proprietà*, Commentario Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1960, 120). I contorni dell'*jus excludendi alios* — come si può notare dalle opinioni citate — non sono precisi. Ciò dipende forse dal fatto che l'esclusività è carattere tipico della proprietà (ma non solo della proprietà) in ordinamenti in cui vi è garanzia dei diritti dominicali come espressione di libertà. In tempi più vicini tale carattere tende a diminuire di importanza fino a scomparire. G. MORZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 201 e 203 hanno posto in luce le difficoltà che sorgono dalla interpretazione del potere — impresa come un potere esclusivo. Senza ulteriormente intrattenerci su questa nozione, vediamo le caratteristiche differenziali nei confronti dell'esclusione di cui qui si parla. Se si raffrontano la situazione del privato nei confronti dei beni dei pubblici poteri per i quali sia intervenuta riserva e la situazione del privato nei confronti dei beni di altri privati o di quei beni dei pubblici poteri per i quali non sia intervenuta riserva, si nota chiaramente che i due tipi di esclusione sono di tipo diverso, operano — per così dire — ad un livello diverso. L'una agisce sulla legittimazione, che è una posizione, l'altra sul diritto direttamente, che è una situazione giuridica soggettiva. L'esclusione operata mediante la riserva esclude la legittimazione dei privati, l'esclusione che consegue per un soggetto dalla pertinenza di un bene ad un altro soggetto esclude il *diritto* del primo soggetto. Afferma che nota distintiva della proprietà è la esclusività, senza peraltro precisare la nozione di esclusività, E. BOWEN, *The concept of private property*, « Cornell Law Q. », 1925, n. 11. 41-42.

ruolo essa svolga quando ad essa si accompagni la titolarità del diritto di proprietà di ente pubblico. Mentre, infatti, la proprietà non può esercitarsi che su un bene attualmente esistente, la riserva esercita i suoi effetti anche su tutte le cose — appartenenti alla categoria per cui essa fu disposta — che possano in futuro venire ad esistere, estendendosi così oltre l'esclusione che l'attuale titolarità da parte di un ente pubblico comporta.

b) Ma vi è un altro aspetto dei rapporti tra esclusione che discende dalla titolarità e esclusione che discende dalla riserva, che bisogna lumeggiare. Anche questo aspetto non riguarda la sola proprietà individuale ma pure la proprietà collettiva. La privazione della legittimazione dei privati non resta senza conseguenze nei confronti della proprietà degli enti pubblici. Abbiamo rilevato come la riserva opera una esclusione che ha efficacia più estesa di quella conseguente dalla titolarità di un diritto: l'esclusione che la riserva opera è più forte dell'esclusione che consegue dalla titolarità del diritto — oltre al fatto che, come vedremo, può non accompagnarsi a quest'ultima. Ma vi è di più: la riserva rafforza la proprietà dell'ente pubblico (o della collettività). È evidente che questo è un effetto indiretto e non necessario della riserva. Indiretto perchè la riserva opera una esclusione, non rende necessaria l'appartenenza. Non necessario perchè — quando vi sia riserva senza proprietà — questo effetto non vi è; nè vi è nei confronti delle cose non attualmente esistenti che fanno parte delle categorie per le quali opera la riserva. Pure è palese che il fatto che i privati siano esclusi dalla proprietà di beni che pertengono ad enti pubblici (o a collettività) rende più stabile il legame di questi beni con i loro proprietari. E così il « lato esterno » influisce sul « lato interno » del diritto (7).

(7) Quello che altri ha chiamato riserva di appartenenza non è che l'altro aspetto della privazione di legittimazione. Riserva di appartenenza è — si è detto — appartenenza necessaria di certi beni a certe collettività: « non è 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 un uso continuato, o che terzi non possano acquisire diritti per usucapione; è solo che la riserva di appartenenza di questi beni alle collettività, concretandosi in diritti che

c) Vi è un altro punto che occorre toccare. La Costituzione prevede che la legge possa determinare modi di acquisto e limiti (e cioè riserva) al fine di rendere la proprietà accessibile a tutti. Ora, la proprietà individuale di enti pubblici non sembra realizzi questo scopo. In tal caso, infatti, l'ente pubblico è l'esclusivo utilizzatore del bene che è quindi sottratto alla proprietà e all'uso di tutti. Nè si può dire che qui non vi è uso da parte dell'organizzazione dell'ente e delle persone ad essa preposte ma piuttosto proprietà individuale dell'ente e uso o godimento collettivo: così certamente non è nel caso dei beni del cosiddetto demanio militare, che costituirebbero l'esempio più rilevante di proprietà individuale statale.

Nè si può dire che dei beni di proprietà individuale sottoposti a riserva l'ente pubblico si vale per svolgere una attività di cui tutti godono, realizzandosi così, indirettamente, una forma di accessibilità di tutti quantomeno ad alcune delle utilità che il bene offre. Un simile modo di ragionare è proprio tra quelli che qui si criticano perchè opera quella confusione tra diritti reali e attività degli enti pubblici sulla quale avremo modo di intrattenerci più avanti.

Resterebbe da affermare che non esistono forme di proprietà individuale sottoposte a riserva — perchè con la proprietà individuale non si realizza il fine della riserva. Meglio, la Costituzione impedirebbe che, una volta posta in essere la riserva, possa esservi assunzione a titolo di proprietà individuale. Ora, questo non può essere sostenuto in generale. Cioè, è una affermazione che vale per i beni sottoposti a riserva in base all'art. 42 perchè questo dispone che la riserva abbia il fine di rendere i beni accessibili a tutti (8). Ma non vale per i beni-

differiscono dalla proprietà privata individuale, non ammette le qualificazioni giuridiche che sarebbero proprie di questi» (M. S. GIANNINI, *I beni*, cit., 100-101).

(8) Il fine dell'accessibilità — come abbiamo detto — sembra la chiave di volta della interpretazione dell'art. 42 della Cost. Nel senso che esso miri ad eliminare situazioni di fatto che possono dirsi di monopolio, U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 34. Un esempio interessante è offerto dalla norma dell'art. 26 della legge del 1927 sugli usi civici per cui i terreni di uso civico debbono

azienda sottoposti a riserva a norma dell'art. 43 sia perchè questo dispone che la riserva abbia per scopo « fini di utilità generale » invece che il fine di rendere i beni accessibili a tutti; sia, principalmente, perchè questo articolo indica espressamente come soggetti legittimati all'assunzione del diritto sottoposto a riserva, oltre a collettività, lo Stato ed enti pubblici. Nè vale per la terra, per cui l'art. 44 — come abbiamo visto — legittima l'assunzione della proprietà da parte di enti pubblici (oltre che di collettività) successivamente alla riserva.

Peraltro bisogna ricordare, a proposito dell'art. 42, quanto abbiamo prima detto circa il modo in cui il fine dell'accessibilità può essere raggiunto (in via mediata o in via immediata) e le ragioni che inducono a ritenere che vi sia una non conformità tra normativa costituzionale e normativa ordinaria a questo proposito. Bisogna ora aggiungere che sarebbe sbagliato ritenere che il profilo dell'accessibilità sia stato completamente disconosciuto dalla dottrina che ha studiato i beni pubblici; anzi, esso era presente nella ricerca che mirava a definire la situazione soggettiva dei cittadini con riguardo all'uso dei beni pubblici. A questo proposito furono enunciate diverse tesi: che l'uso cosiddetto comune fosse una facoltà giuridica di natura reale, che fosse un interesse civico, che fosse una manifestazione della libertà naturale dell'individuo o del diritto di libertà individuale, che fosse un puro vantaggio di fatto, che avesse duplice natura: interesse civico semplice, di natura corporativa, alla prestazione dei beni demaniali e diritto subiettivo di libertà all'uso dei beni in maniera conforme alla loro destinazione. Ma la maggior parte di queste tesi non può sottrarsi alla obiezione di considerare il fine della accessibilità come un fine mediato tramite l'ente pubblico, laddove l'ente pubblico ha funzione strumentale nei confronti della collettività, nel senso che è gestore di beni della collettività nell'interesse di quest'ultima. D'altra parte, non si può non osservare che proprio la necessità di costruire la proprietà collettiva come proprietà dell'ente pubblico gestore ha portato all'af-

essere aperti a tutti (si veda G. CERVATI, *Aspetti della legislazione vigente circa usi civici e terre di uso civico*, « RtDP », 1967. 17 dell'estr.).

fermazione che la persona giuridica pubblica è istituzionalmente portatrice di fini volta a volta generali, collettivi, settoriali e all'affermazione successiva che tutti questi fini sono pubblici. Ora, è vero che queste affermazioni sono servite spesso ad ammettere o ad estendere il controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa, ma è anche vero che è sempre più necessario compiere una distinzione tra queste varie specie di interessi: se non altro perchè le norme costituzionali distinguono tra fini generali, sociali, collettivi, pubblici.

2. Abbiamo già detto che i beni sottoposti a riserva possono essere assunti in proprietà da collettività.

Nel caso di proprietà collettiva (1), la riserva opera impedendo la legittimazione a titolo di proprietà individuale degli stessi soggetti proprietari collettivi e di altri soggetti estranei alla collettività. Comunque si voglia intendere la proprietà collettiva, è evidente che ciò che la caratterizza e ne assicura la permanenza è l'esclusione della proprietà individuale o solitaria sui beni oggetto di proprietà collettiva. La possibilità di appropriazione individuale da parte degli stessi membri della collettività proprietaria (singolarmente o come collettività personificata) o di altri soggetti può trasformare la proprietà collettiva in proprietà individuale.

Si noti che questo della salvaguardia della natura collettiva della proprietà è un problema che si pone anche se si ritiene che non esista tanto la proprietà collettiva quanto « attività giuridiche che hanno la funzione di soddisfare esigenze di gruppo » e se si pensa che gli aspetti

(1) Sulla proprietà collettiva nella Costituzione, si veda M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 200; G. D'ANGELO, *Limitazioni*, cit., 22-23. Interessa qui solo il caso che vi sia proprietà collettiva di beni sottoposti a riserva. Ma non bisogna dimenticare la ipotesi che la riserva operi a difesa di altro diritto reale (ad esempio, diritto reale su cosa altrui: servitù o diritto di superficie; si veda, su questo punto, O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III, *Teoria*, 40 e 45). Nè bisogna dimenticare i diritti delle collettività minori sui beni collettivi delle collettività maggiori e quelli delle collettività maggiori sui beni delle collettività minori (su cui, O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III, *Teoria*, 106). Nè, infine, il problema dell'effetto della riserva sui diritti parziari aventi ad oggetto i beni del patrimonio collettivo.

collettivi non investono direttamente il potere nella sua spettanza, ma attendono a momenti ed elementi di un esercizio funzionale sulla base di obblighi di ordinamento (2). Sia che si intenda proprietà collettiva come un diritto che ha lo stesso contenuto della proprietà individuale, somma di rapporti giuridici di una associazione di individui su una medesima cosa (3); sia che si intenda proprietà collettiva come un diritto che ha un contenuto più limitato della proprietà individuale perchè non può sussistere che in ordine a certi beni o in ordine a certi modi di utilizzazione di certi beni (4), funzione della proprietà collettiva è quella di sottrarre i beni che ne sono oggetto allo sfruttamento di singoli.

Ora, ai termini del codice civile, nulla impedisce che la comune volontà degli associati proprietari decida la vendita del bene oggetto di proprietà collettiva o di sue quote a soggetti estranei o ai membri della collettività, in quanto singoli o in quanto associazione personificata. La riserva opera invece impedendo che ciò si verifichi, rafforzando l'esclusione dello sfruttamento individuale.

A) I soggetti nei confronti dei quali agisce l'esclusione della riserva sono in questo caso, oltre agli altri soggetti privati, quelli stessi che fanno parte o che possono far parte della collettività che è titolare del diritto oggetto di riserva, in quanto singoli e in quanto membri di una comunità personificata. Si esclude, insomma, un tipo di proprietà per ammetterne un altro, con gli stessi soggetti in quanto singoli una volta e in quanto componenti di una collettività un'altra. Ricordiamo — perchè la soluzione non appaia troppo scolastica — che la Costituzione stessa prevede espressamente questa soluzione, con riguardo a quel tipo particolare di bene che è l'azienda.

Come avviene che gli stessi soggetti legittimati a titolo di proprietà collettiva non siano legittimati a titolo di proprietà individuale? La

(2) SALVATORE ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, « Studi per Betti », V, Milano, 535 e 536.

(3) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 192-193 e *passim*.

(4) M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 35 e 36: l'appartenenza e la disponibilità del bene hanno rilevanza secondaria; la proprietà collettiva o è una proprietà di godimento o è una proprietà di lavoro collettivo.

spiegazione può essere data solo dalla considerazione che l'oggetto della riserva è sempre in qualche modo identificato o identificabile (5). In altre parole, che possono essere disposte privazioni della legittimazione solo in ordine a categorie di beni identificate. Nei confronti dell'appropriabilità dei beni sottoposti a riserva, il fatto che più privati si riuniscano in collettività costituisce un fatto di legittimazione alla proprietà. Così si spiegano quelle norme che attribuiscono beni sottoposti a riserva o permettono di assumere la proprietà di tali beni purchè la figura soggettiva abbia natura collettiva.

Nel caso di collettività vaste, la forza esclusiva che discende dall'essere certi beni attualmente in proprietà di una collettività sembra rendere inutile la riserva. Ma non è così se si ricorda quanto si è detto prima a proposito della proprietà individuale di enti pubblici sottoposti a riserva: questa opera per categorie di beni e si estende anche alle cose (della stessa categoria) non attualmente in proprietà perchè non ancora esistenti; rafforza la pertinenza al proprietario di beni attualmente esistenti.

Questa considerazione permette di chiarire un altro aspetto che attiene ai rapporti tra proprietà collettiva e riserva. L'inappropriabilità del patrimonio collettivo da parte dei membri della collettività a titolo individuale o di soggetti estranei ad essa potrebbe, infatti, essere spiegata col fatto che la collettività — di regola — ha la facoltà di godere di beni la cui disposizione è affidata all'ente rappresentativo della collettività e gestore del patrimonio collettivo. Ma la mancanza di potere di disporre si può far valere per i beni attualmente in proprietà: per tutte le cose — anche quelle future — appartenenti alla categoria e alle quali si estende la riserva, solo questa può spiegare l'esclusione dall'appropriazione individuale.

Tutto ciò potrà essere più chiaro se si esamina l'art. 1145 cod. civ. sul possesso delle cose fuori commercio. A questo articolo abbiamo fatto già cenno e ad esso dovremo tornare per studiare il problema dell'esercizio di azioni possessorie da parte di privati aventi ad oggetto i beni cosiddetti demaniali. Ma tale articolo interessa qui, ora, perchè

(5) Si vedrà successivamente in qual modo.

esso contiene un principio applicativo della riserva con riguardo ad uno dei modi di acquisto della proprietà.

L'art. 1145 parte da due presupposti: che si tratti di beni di cui non si può acquistare la proprietà e che vi sia possesso su di essi; e dispone che tale possesso non vale a farne acquisire la proprietà. Innanzitutto, allora, non è vero quanto è stato detto (sia pure con riferimento all'art. 690 del vecchio codice: « il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà non ha effetto giuridico »): che questo articolo ponga la regola che si può possedere solo ciò che si può prescrivere e che quindi le cose fuori commercio sono incapaci di possesso (6). Questa interpretazione di tale articolo non corrisponde, da una parte, al contenuto della norma dell'art. 2226 del codice napoleonico, che è all'origine dell'art. 1145 e che disponeva che non si potesse prescrivere il dominio delle cose che non fossero in commercio; è in contrasto, dall'altra, con l'attribuzione operata dallo stesso articolo 1145, nei commi successivi, delle azioni possessorie ai privati con riguardo ai beni cosiddetti demaniali (più precisamente, ai beni demaniali sui quali vi sia un possesso di privati): non si comprenderebbe l'attribuzione della difesa di un possesso che è negato in via generale.

In secondo luogo, non si può neppure sostenere che l'affermazione per cui il possesso è senza effetto significhi che non sono attribuite le azioni a difesa del possesso (7): ma di questo punto — e, in parte, del primo — parleremo, per connessione di materia, quando tratteremo della tutela ordinaria avente ad oggetto i beni pubblici. Qui interessa invece porre in luce altri aspetti che più immediatamente sono legati al tema della riserva.

Se è vero che l'art. 1145 dispone che il possesso di beni dei quali non si può acquisire la proprietà è privato dell'effetto di usucapione, vediamo come possa esso conciliarsi con la teoria della proprietà statale dei beni demaniali. Ora, nella sua formulazione più rigorosa,

(6) F. MAROI, *L'eccezione di demanialità nel giudizio di spoglio fra privati*, « Foro it. », 1930, I, 281 ss.

(7) R. DE MAIO, *Azioni possessorie, nei rapporti tra privati, a tutela dell'uso ordinario generale di beni demaniali e parificati*, « G. C. C. C. », 1955, III, 165; lo stesso autore critica, a pagina 164, la tesi del Maroi.

la teoria della proprietà statale sui beni demaniali spiega che « all'uso dei singoli non si giunge che mediatamente, attraverso il godimento dei beni demaniali compiuto dallo Stato coll'esplicazione di una funzione di cui i singoli si pongono come destinatari » sì che « i beni demaniali, prima che all'uso comune, sono destinati ad una funzione esclusiva dello Stato, sono goduti dallo Stato in quanto servono allo Stato » (8). Ora, se ciò fosse vero, non si porrebbe neppure il problema di effetti acquisitivi del possesso da parte di privati, per il semplice fatto che colui che usa, gode e possiede i beni è anche colui che ne è il solo possibile proprietario, lo Stato. Ma se ciò è vero, l'art. 1145 non ha alcuna funzione perchè dovrebbe bastare la norma dell'art. 823, per cui i beni demaniali non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi.

La spiegazione della presenza dell'art. 1145 va quindi ricercata in altro modo; meglio, solo impostando in altra maniera il problema dei beni pubblici si può spiegare il motivo per cui il codice dispone che non si possono usucapire i beni che non possono essere oggetto di diritti a favore di terzi. Cominciamo col dire che l'art. 1145 ripete la norma generale che ha riguardo all'appropriazione con riguardo a uno dei possibili modi di acquisto. In altre parole, la norma generale dell'art. 823 è ribadita con riguardo a uno dei modi di acquisto per evitare che il possesso, che sui beni demaniali si realizza, possa produrre un effetto che è vietato dalla norma generale. La presenza di un possesso e il divieto che esso comporti usucapione si spiegano facilmente solo se si interpreta l'art. 1145 come una norma applicativa della riserva con riguardo a uno dei modi di acquisto, a quel modo di acquisto che più facilmente si può verificare su beni quali quelli demaniali, l'acquisto mediante usucapione. Questo articolo, insomma, serve ad impedire che tramite usucapione si acquistino a titolo individuale beni di proprietà collettiva (9); impedisce l'appropriazione a titolo indivi-

(8) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 260 e 288; ma sull'opinione del Guicciardi si veda quanto abbiamo detto prima.

(9) L'affermazione che i beni demaniali non sono usucapibili è costante in giurisprudenza, anche senza riferimento all'art. 1145 cod. civ.: si veda solo

duale da parte di soggetti che usano e sono proprietari di beni a titolo collettivo. Poichè il modo più facile in cui può avvenire il passaggio dal patrimonio collettivo a quello individuale è l'usucapione, l'art. 1145 dichiara che questa non può realizzarsi su beni di proprietà collettiva.

Visto in questi termini il problema, si nota come la riserva e l'art. 1145 sono relativi alle persone: di fronte ad essa si presentano i singoli privati una volta in quanto tali e un'altra in quanto membri di una collettività: e questo rilievo serve a spiegare la necessità di rovesciare la tradizionale impostazione oggettiva del tema della incommerciabilità e di reimpostarlo in termini di qualità o posizioni di soggetti o gruppi relativi ad altri soggetti o gruppi con riguardo a beni. Anzi, si può dire che dal rilievo dell'inefficacia del possesso al fine della usucapione, il profilo soggettivo non è neppure illustrato in tutta la sua ampiezza, con l'ampiezza con la quale si presenta se si esamina la riserva in generale. Infatti, nell'art. 1145 si presenta solo un problema di relazioni tra il gruppo e i singoli componenti del gruppo, mentre, come abbiamo visto, possono anche presentarsi problemi di relazioni tra il gruppo, singoli componenti di esso e soggetti estranei al gruppo: nel caso di cui abbiamo parlato i soggetti estranei al gruppo non vengono in rilievo perchè per essi non si creano le condizioni che possano dar luogo al (pericolo) del sorgere di proprietà individuale. Questo rilievo introduce il successivo tema del gruppo o collettività proprietari.

B) Si è già fornito qualche chiarimento sulle collettività alle quali la Costituzione fa espresso riferimento (comunità di lavoratori e di utenti). A proposito delle collettività che possono essere proprietarie si pone tuttavia un altro problema: se le collettività che diventano titolari del diritto oggetto di riserva sono molto ampie (ad esempio tutta la collettività nazionale) non si corre il rischio di vanificare l'effetto della riserva, che è quello di escludere dall'appropriazione

App. Firenze, 17 maggio 1964, « Giur. tosc. », 1964, 881 e Trib. sup. acque pubbl., 14 ottobre 1965, n. 22, « C. S. », 1965, II, 434.

privata certi beni per renderli accessibili a tutti? Non sembra che sia così perchè la collettività nazionale sarebbe in un caso di questo tipo proprietaria a titolo di proprietà collettiva: vi sarebbe un uso comune di tutti i beni e non — come nel caso di proprietà individuale — un uso individuale della quota di bene di pertinenza del soggetto.

Bisogna, d'altra parte, considerare che dalle caratteristiche naturali del bene dipende il modo in cui può realizzarsi il fine di rendere accessibile a tutti la proprietà. Per taluni di essi possono darsi collettività ampie, per altri collettività ristrette, per altri ancora collettività aperte, per altri collettività chiuse.

D'altra parte, il fine stesso non è irrilevante per ciò che riguarda il tipo di collettività al quale può essere attribuito il bene oggetto di riserva: ad esempio, potrebbe affermarsi che, in presenza del fine di assicurare l'accessibilità a tutti (ma non di quelli di utilità generale, degli equi rapporti sociali e del razionale sfruttamento del suolo), sia necessario ricorrere a collettività aperte perchè altrimenti si opererebbe una ingiustificata esclusione nei confronti di qualcuno, là dove la Costituzione parla di « tutti ».

Delle diverse specie di collettività dovremo occuparci in seguito. Ma qui non si può tralasciare di identificare ancora un problema.

C) La collettività proprietaria è composta da soggetti che sono a loro volta proprietari, questa volta a titolo individuale. È evidente che essi non partecipano alla collettività proprietaria in quanto proprietari individuali di automobili che circolano sulle strade, di edifici latitanti, ecc., chè anzi essi sono membri di una collettività proprietaria di beni in quanto tale e quindi con l'esclusione di appropriazioni private. Tuttavia il fatto che i membri della collettività proprietaria siano a loro volta proprietari individuali pone delicati quesiti. Sia chiaro che tali quesiti ineriscono al lato, per così dire, esterno della proprietà pubblica: non attengono al diritto della collettività sul bene ma ai rapporti tra il diritto della collettività e il diritto di proprietà di soggetti singoli (che fanno anche parte della collettività). Messa in tal modo — come rapporto tra proprietà (collettiva) pubblica e proprietà privata — la questione non è propria solo della proprietà collettiva

ma in generale della proprietà « pubblica »; anzi, più in generale, è problema che riguarda il rapporto tra due proprietà. Per questo motivo se ne rinvia la trattazione. Bisogna solo rilevare che — nel caso della proprietà collettiva — la soluzione sarà più difficile perchè è più arduo distinguere tra posizione di membro della collettività (e quindi comproprietario) e posizione di proprietario. Bisogna aggiungere — a critica di una impostazione che ridurrebbe i problemi della proprietà collettiva demaniale a quelli solo del lato cosiddetto interno del diritto di proprietà — che non si spiega in tal modo il limite, esistente anche per l'ente pubblico gestore, di non poter divenire proprietario dei beni collettivi sottraendoli alla collettività.

Non interessa qui, perchè non legato alla riserva, il problema della distribuzione delle facoltà che costituiscono la proprietà su soggetti diversi (godimento alla collettività e gestione all'ente esponenziale della collettività). Questa scissione, infatti, si verifica sia nel caso di proprietà collettiva su beni sottoposti a riserva sia nel caso di proprietà di beni non sottoposti a riserva; cioè, che il limite all'appropriazione individuale sia di origine legislativa oppure che esso sia di origine convenzionale (come accade nelle collettività minori e, in genere, in quelle a costituzione volontaria) non ha importanza ai fini della distribuzione di facoltà che ineriscono alla proprietà su soggetti diversi. Solo che, nel caso della proprietà collettiva di collettività ampie, quando gestore sia lo Stato, si presenta la difficoltà di distinguere tra la posizione dello Stato in quanto gestore di beni di proprietà collettiva e la posizione dello Stato in quanto ente rappresentativo ed eventualmente dotato di privilegi: ma vedremo che alcuni segni distintivi dei diversi aspetti possono essere identificati nelle regole di azione dell'ente Stato, cioè nel modo in cui agisce.

Ci si potrebbe chiedere a questo punto quale sia la differenza tra proprietà collettiva di beni sottoposti a riserva e uso comune e aperto a tutti di beni sottoposti a riserva. Ora, la distinzione sembra stia nel fatto che nel primo caso gli usi sono determinati mentre non lo sono nel secondo caso. Ora, caratteristica della proprietà collettiva è quella di imporre, naturalmente, una prevalenza degli usi che permettano

il più generale couso da parte degli altri membri della collettività. Salvo che qui la determinazione degli usi non discende da un atto di destinazione ma dalla stessa presenza di proprietà collettiva. Il contenuto di questa proprietà non discende dalla determinazione di tipi di utilizzazione ma è determinato dallo stesso fatto che vi è una proprietà collettiva (10). Si potrebbe, in altri termini, dire che qui l'aspetto soggettivo influisce sul contenuto del diritto. Basti pensare ad esempio all'inquinamento delle acque pubbliche. Questo fatto non costituisce tanto una violazione di norme sugli usi quanto è espressione di un uso individuale che danneggia quello collettivo. Nel caso di proprietà collettiva gli usi sono quelli imposti dalla presenza della collettività: è in funzione della collettività che vengono determinati gli usi e non viceversa; e quindi saranno in linea generale legittimi gli usi che meno limitano le possibilità di uso di altri e solo compatibilmente con questi gli usi che comportano la esclusione dal contemporaneo godimento delle utilità del bene da parte di altri.

Naturalmente non è ininfluenza su questo problema, anche se va tenuto da esso distinto, il fatto che i beni in proprietà collettiva sono mezzi per la esplicazione di diritti fondamentali in più di un caso. Già si può dire, in generale, che i beni sono sempre più regolati non tanto in sé o in quanto si realizzino su di essi diritti reali, ma in quanto permettano l'esplicarsi di attività. Sì che, nell'ordinamento giuridico, troveremo norme che riguardano il bene e la proprietà e

(10) In ordine ai beni demaniali è stato detto che il diritto che su di essi si esplica (ad esempio su strada pubblica) « importerà a mio favore, non solo il diritto di pormi a contatto con qualsiasi punto della strada con cui non si trovi a contatto altro consociato, ma anche con un punto della strada con cui il contatto dell'altro consociato sia tale, da dar luogo a un ineguale uso della strada da parte mia. Ovverossia, reciprocamente, l'altro consociato andrà oltre il suo diritto e lederà il mio ogniqualvolta usi della strada in modo tale da impedire a me un uso *eguale*: per esempio, ... in modo da impedire l'uso di *ogni* punto spettante in grado eguale agli altri consociati, oppure... da impedire l'uso di *non minore durata* spettante agli altri, oppure ... usi della cosa traendone *quantità* tali di frutti, da impedire a favore d'altrui la percezione di *quantità* in massima uguale » (D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, 181-182).

norme che riguardano le attività che a mezzo di essi si esplicano. Anzi, può dirsi che in taluni campi la disciplina delle attività che si esplicano a mezzo di beni è divenuta prevalente nei confronti della disciplina dei beni e della proprietà; si pensi solo al caso della impresa e a tutto il problema della separazione tra proprietà e controllo nella società per azioni. Ma a noi qui interessa il problema limitatamente ai beni in proprietà collettiva. Si pensi all'esempio delle strade. Queste sono sottoposte a una disciplina che abbiamo identificato nella riserva e nella proprietà collettiva; e a questo proposito abbiamo visto che sulle strade sono ammessi gli usi che meglio assicurino l'uso da parte di altri. Ma le strade sono anche un mezzo di circolazione delle persone: in quanto tali sono uno strumento per esercitare addirittura un diritto fondamentale costituzionalmente garantito quale la libertà di circolazione. Ancora: le strade sono un mezzo di circolazione di autoveicoli, e cioè di uso di un bene privato: in quanto tali, v'è tutta una normativa (codice della strada) che regola il modo in cui tali beni privati sono usati su beni pubblici (11).

Sul tema dei rapporti tra libertà costituzionale di circolazione e mezzi di esercizio (uso delle strade), la Corte costituzionale ha affer-

(11) Insomma, in ordine ai beni pubblici — come, in parte, anche in ordine ai beni privati — possono identificarsi discipline di aspetti diversi. A quanto detto nel testo, bisogna aggiungere che i beni pubblici hanno rilievo anche come ambito materiale nel quale si svolge una libertà costituzionalmente garantita. Si pensi all'art. 17 della Cost. che disciplina diversamente le riunioni a seconda che si svolgano in luogo aperto al pubblico oppure in luogo pubblico (che S. FOIS, *Propaganda elettorale e mezzi di diffusione del pensiero*, « Giur. cost. », 1964, dà per espressione equivalente a luogo di proprietà pubblica). Questa ipotesi si distingue dall'altra, illustrata nel testo, in cui il bene pubblico è mezzo di esercizio di una libertà, per la relazione in cui il bene sta con la libertà: in questo ultimo caso, senza il bene non vi è possibilità di circolazione e quindi vi è relazione di necessità; nell'altra ipotesi, la libertà di riunione può sempre trovare svolgimento, anche se non vi sia bene pubblico. Sui problemi che riguardano sia il diritto di riunione sia la libertà di circolazione e le norme sulla circolazione, si veda peraltro il contributo di A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, spec. 78-82 e 171, dove si afferma che luoghi pubblici sono quelli adibiti al pubblico uso e che quindi il criterio qualificativo del luogo è quello dell'uso e non quello della proprietà.

mato che « il principio della libera circolazione dei cittadini nel territorio dello Stato non è minimamente leso da quelle restrizioni alla circolazione stradale che, come il diritto di pedaggio, siano fondate sulla soddisfazione di altri diritti per rimborso di spese di costruzione, manutenzione ecc. » (12); e successivamente, nello stesso senso, che « l'uso delle strade, come l'uso di altri beni pubblici, può essere regolato anche sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengano al buon regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbono osservare, alle eventuali prestazioni che essi sono tenuti a compiere e così via. E pertanto le ordinanze in questione, quando limitano la circolazione per realizzare il buon uso della strada, non sono in contrasto con l'art. 16, anche se la limitazione sia imposta per ragioni non attinenti alla sicurezza e alla sanità. Come si è accennato, i diritti garantiti dall'art. 16 potrebbero essere violati solo di riflesso, quando, prendendo a pretesto il raggiungimento di scopi riguardanti il buon uso della strada, l'ordinanza tendesse a raggiungere scopi non previsti dalla norma, anzi contrastanti con essa o con altre norme di grado ancora più elevato » (13).

Il diritto di usare le strade pubbliche non è quindi incluso nella libertà di circolazione e non ha le garanzie dell'art. 16 della Costituzione: altra cosa è la garanzia costituzionale del diritto sostantivo, altra la (eventuale) garanzia dei mezzi di esercizio (14). Anche se non ci si può nascondere che i due aspetti sono tra loro connessi e che da tale connessione sorgono numerosi problemi (del tipo di quelli che gli studiosi di diritto costituzionale hanno studiato in ordine alla libertà e ai mezzi di diffusione del pensiero (15)), bisogna ricordare

(12) Corte cost., sent. 23 marzo 1960, n. 12, « Giur. cost. », 1960, 122.

(13) Corte cost., sent. 12 marzo 1965, n. 12, « Giur. cost. », 1965, 118.

(14) In questo senso V. CRISAFULLI, *Questioni di costituzionalità di disposizioni di legge o questioni di legittimità del provvedimento applicativo? (in tema di libertà di circolazione)*, « Giur. cost. », 1965, spec. 118 ss.; in senso opposto, sembra, M. MAZZIOTTI, *Circolazione (libertà di)*, « Enc. dir. », ad vocem.

(15) Si veda C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nel-*

che essi sono distinti. Con maggiore precisione, il primo aspetto riguarda le cosiddette libertà costituzionalmente garantite, il secondo — che è quello che qui interessa — attiene alla cosiddetta proprietà pubblica (16) (17).

l'ordinamento italiano, « R. I. S. G. », 1957-1958, spec. 70 ss. e S. FORS, *Propaganda*, cit., 957 ss. (ove altra bibliografia); G. CUOMO, *Libertà di stampa e impresa giornalistica*, Napoli, 1956.

(16) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 300 e 307 ss. tratta dei due aspetti insieme perchè afferma (296) che sui beni demaniali vi è da un lato l'interesse civico semplice alla prestazione dei beni demaniali e alla conservazione della loro destinazione: e tale interesse è pubblico, relativo, corporativo, « ad rem »; dall'altro, un diritto di libertà, esplicantesi nell'uso dei beni demaniali in seguito alla loro destinazione: che è personale, inalienabile, imprescrittibile, irrinunciabile.

(17) In generale, per la distinzione tra norme sulle cose, norme sul traffico che si realizza su cose e norme sulle prestazioni che attengono a cose in Germania, la decisione del Bundesverfassungsgericht del 25 luglio 1962, « NJW », 1962, 1563, su cui l'intervento Bettermann nella discussione su *die öffentliche Sache* della VStRL, Berlin, 1964, 246. Il tema dell'esercizio di libertà personali con riguardo ai beni pubblici ha trovato particolare attenzione nella giurisprudenza e nella dottrina statunitense. Lì si è posto sotto il profilo della possibilità di esclusione degli utilizzatori del bene pubblico da parte del soggetto proprietario nell'esercizio della « proprietary capacity »; sul problema indicato, e specialmente per la ricerca della nozione di « state action » e di « discriminatory management of property » (con riguardo all'accesso dei negri ai beni pubblici di uso pubblico), G. ABERNATHY, *Expansion of the State action concept under the fourteenth Amendment*, « Cornell Law Quart. », 1957-1958, vol. 43, 375-418 (spec. 394-403, dove distingue diverse ipotesi di attività private svolte sui beni pubblici); T. P. LEWIS, *The meaning of State action*, Columbia Law Rev., 1960, vol. 60, 1083-1123 (spec. 1099-1102, dove discute l'applicazione della formula ai beni pubblici dati in locazione a privati); dello stesso autore, *Burton v. Wilmington parking Authority - a case without a precedent*, « Columbia Law Rev. », 1961, vol. 61, 1458-1467 (in generale, sull'uso del bene e i suoi rapporti con la proprietà pubblica del bene); R. A. LANG, *State action under the equal protection clause of the fourteenth amendment and the remaining scope of private choice*, « Cornell Law Quart. », 1965, spring, 473-505 (spec. 485-488, sul « private use of state property » e cenni sul caso della locazione).

In Italia, di recente, M. PACELLI, *Libertà di riunione e uso dei beni pubblici*, « Rass. dir. pubbl. », 1967, aprile-giugno, 214-247, che afferma che « la discrezionalità amministrativa relativa all'uso dei beni pubblici non può costituire una limitazione all'esercizio del diritto di riunione in luogo pubblico » (246), perchè vi deve essere sempre la possibilità di utilizzare un luogo pubblico, tra più possibili, per tenere una riunione.

Si veda però la nota di A. PACE, (« Giur. cost. », 1968, I, 139-140), che critica l'orientamento di Pacelli in quanto dedurrebbe dall'art. 17 della Cost.

I rilievi sin qui fatti potrebbero riassumersi affermando che la strada è considerata dall'ordinamento giuridico come bene pubblico, come luogo pubblico e, infine, come mezzo perchè si svolga la circolazione. E si può anche dire che il primo e il terzo aspetto sono divenuti solo in tempi recenti autonomi. Si pensi infatti che, dal 1868 al 1912, la normativa attinente alla circolazione conteneva anche le disposizioni riguardanti la tutela del bene e la sua conservazione (decreti del 1868, 1881 e 1890, 1905). Solo la legge del 1912 e il decreto del 1923 disciplinano autonomamente la materia della circolazione; ma, successivamente, il regolamento del 1928 e quello del 1933 riprendono il vecchio orientamento: bisogna aspettare la normativa del 1959 per vedere la materia della circolazione e quindi le strade in quanto mezzo per la circolazione di veicoli e persone disciplinate in maniera autonoma, separata dalle disposizioni sulle strade in quanto beni. Parallelamente, lo stesso fenomeno si può riscontrare sotto il profilo organizzativo: solo nel 1928 la materia della circolazione viene affidata ad un apposito Ministero delle comunicazioni (oggi dei trasporti), mentre prima di tale data era affidata al ministero competente alla gestione del bene-strada, quello dei lavori pubblici.

D) Come è noto, si dice, argomentando dagli artt. 822 e 824 del codice civile, che i beni demaniali possono pertenerne esclusivamente a enti territoriali; e che i beni patrimoniali possono pertenerne allo Stato, a regioni, a provincie, a comuni e anche a enti pubblici non territoriali. Abbiamo già negato che beni nei confronti dei quali è disposta riserva non possano pertenerne a enti non territoriali. Interessa ora esaminare più attentamente la « territorialità » di taluni enti per accertare se essa non indichi un altro carattere: l'essere gli enti « territoriali » enti esponenziali di una collettività. Se così è, ci si può chiedere se proprietario sia l'ente o la collettività stessa direttamente: in questo secondo caso, accanto alla proprietà di comunità di lavoratori o di utenti, vi sarà un'altra forma di proprietà collettiva (nel

i criteri per l'esercizio del potere di disciplina dell'uso delle strade e delle piazze. Sull'argomento anche A. S. AGRÒ, *Uso pubblico di beni demaniali e tutela costituzionale della libertà*, « Giur. it. », 1967, I, 1, 1223 ss., con orientamento condiviso dal Pace.

sensu che vi sarà un'altra collettività proprietaria): la proprietà di collettività primarie. Si sarà così fornito un ulteriore chiarimento sulla portata della norma costituzionale: questa non fa riferimento solo a collettività identificate sulla base di indici « secondari » (l'essere lavoratori o utenti) ma anche a collettività « primarie ».

Sarà utile ricordare, prima, che per i beni del demanio e del patrimonio il codice menziona sempre i tre enti territoriali: Stato, provincia e comune e, all'art. 830, afferma: « i beni appartenenti agli enti pubblici non territoriali sono soggetti alle regole del presente codice, salve le disposizioni delle leggi speciali ». Questi articoli del codice sono così interpretati: « per gli enti pubblici non territoriali... il regime giuridico dei beni patrimoniali è quello stesso stabilito dal codice per i privati e le norme speciali rappresentano le eccezioni alla regola, e vanno interpretate come tali. Gli enti pubblici non territoriali, quindi, non sono considerati diversamente dagli altri soggetti di diritto: il loro diritto di proprietà è disciplinato dalle norme di diritto privato; la loro speciale natura influisce in determinati ed eccezionali limiti sulla regolazione del loro patrimonio » (18).

Ora, come è noto, « ente territoriale » è stato inteso in molti modi: ente che abbia come elemento costitutivo il territorio; ente che abbia diritto al territorio; ente che può avere signoria oltre la cerchia degli associati e può vincolare anche i soggetti estranei alla corporazione in ragione di un contatto col territorio dell'ente (ente politico); ente di appartenenza necessaria (ente necessario). I sostenitori della prima tesi si distinguono poi a seconda che sostengano che il territorio è elemento dell'ordinamento giuridico o invece dell'ente esponenziale. Anche le altre tesi sono state proposte con sfumature ed accezioni diverse (19). Infine, il problema è complicato dal diverso rilievo del territorio dello Stato nel diritto internazionale (20).

(18) R. RESTA, *I beni pubblici*, « Comm. al cod. civ. Scialoja-Branca », Bologna, Roma, 1960, 116.

(19) Un panorama analitico delle diverse tesi in L. PALADIN, *Il territorio degli enti autonomi*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1961, luglio-sett., 609 ss.

(20) R. ALESSI, *Intorno alla nozione di ente territoriale*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1960, aprile-settembre 296; L. PALADIN, *Il territorio*, cit., 626 ss.

Qui non interessa definire l'ente territoriale, sia perchè l'argomento non interessa direttamente sia perchè — probabilmente — dell'ente territoriale deve darsi non tanto una definizione quanto un insieme di segni distintivi (21). Importa piuttosto rilevare che « l'elemento materiale indispensabile agli ordinamenti giuridici in genere, considerati sotto il profilo istituzionale, è il gruppo umano e non il territorio » (22). L'elemento personale, d'altra parte, è quello presente in alcune delle tesi sopra riferite: ad esempio, in quella della politicità degli enti territoriali (23). Il tratto differenziale degli enti « territoriali » non è il territorio ma il fatto che essi sono enti cui sottostà una collettività (24) e che tale collettività è dotata di capacità politica.

Per ciò che riguarda il primo aspetto, si osserva che si tratta di un ordinamento personificato, sì, ma composto — come ogni ordinamento — di più soggetti. Lo Stato, i comuni, le provincie, se definiti enti territoriali, non rivelano la loro propria natura, che è quella di essere organizzazioni politiche (enti esponenziali) di collettività. Ed organizzazioni politiche *generali* di collettività *primarie*. Primaria è la collettività poichè vi sono incluse tutte le persone fisiche indipendentemente da professione, censo, discendenza ed altri caratteri distintivi personali o di gruppo. Generale è l'organizzazione politica perchè mira alla cura di ogni possibile interesse della collettività di cui è

(21) Così L. PALADIN, *Il territorio*, cit., spec. 659.

(22) L. PALADIN, *Il territorio*, cit., 615; in generale, M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1958, 226 ss.

(23) R. ALESSI, *Intorno*, cit., 313 ss.: « la territorialità... non è caratteristica autonoma di certi enti pubblici, ma bensì mera qualità conseguente alla natura di enti politici che certi enti presentano » (316). S. D'ALBERGO, *Sistema positivo degli enti pubblici nell'ordinamento italiano*, Milano, 1963, spec. 49, ribadisce che « l'essenza dello Stato va... riconosciuta in elementi che astraggono dal dato spaziale ».

Sul territorio in relazione ai beni demaniali, S. ROMANO, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, « Scritti minori », II, Milano, 1950, 132 (afferma che solo gli enti territoriali possono conferire demanialità ai loro beni).

(24) G. FALZONE, *Il patrimonio regionale*, Milano, 1951, 25-26.

espressione, anche se soffre limitazioni in ordine alle materie per le quali può operare.

Ora, 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 che l'ordinamento fa capo, potendo invece far riferimento al gruppo, alla collettività, alla categoria ecc. 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 o 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, ecc.

Naturalmente, quando l'ordinamento giuridico prende in considerazione direttamente la collettività, non è vero che la persona non esista più. La collettività in quanto persona — e cioè l'organizzazione politica che ne è espressione — può essere incaricata di funzioni ausiliarie nei confronti dei singoli soggetti che fanno parte della collettività, sia che questi godano da soli, sia che godano congiuntamente di beni, *utilitates*, libertà, ecc. Tutta la letteratura giuspubblicistica degli stati moderni è piena di questo ordine di problemi: se sia opportuno lasciare beni o utilità in disponibilità dei membri della collettività o trasferirli alla persona giuridica pubblica; e, ammessa la prima ipotesi — sia che i membri della collettività posseggano, godano, agiscano a titolo individuale o come proprietari o imprenditori collettivi — quale sia il ruolo della persona pubblica.

La disciplina del bene si innesta quindi sulla posizione dei componenti la collettività nei confronti dell'ente persona: ciò è confermato dalla tesi che configura l'uso comune dei beni « demaniali » come esercizio di una libertà individuale o da quella che configura l'uso

comune come diritto civico alla prestazione di utilità e di servizi da parte dello Stato. Vi è chi pensa, infatti, che — nel caso dell'« uso comune » dei beni demaniali — il cittadino ha un diritto o un interesse civico a prestazioni da parte dello Stato. Contenuto della pretesa è il permesso dello Stato al cittadino di godere del bene in modo conforme alla sua destinazione (25). Altri ha invece sostenuto che il cittadino ha un diritto pubblico soggettivo nel senso che un impedimento ad esso frapposto può provocare l'esercizio del diritto di libertà personale e conseguentemente del diritto di resistenza (26). D'altra parte, nessuno ha meglio posto in luce l'inerenza della posizione di proprietario a quella di membro della collettività di chi ha detto: « si è affermato che il diritto degli enti amministrativi sulle cose demaniali non avrebbe il contenuto del diritto di proprietà, almeno quando i singoli hanno l'uso di esse, giacchè allora il soggetto di quel diritto non avrebbe la facoltà di godere della cosa. Ma, a prescindere da ogni altra osservazione, così affermando non si pone mente che, data la struttura corporativa degli enti pubblici di cui è parola, l'uso comune dei singoli è uno dei modi con cui i primi godono, per mezzo dei loro membri e, quindi, essi stessi direttamente, della cosa: fra gli enti e i singoli che ne fanno parte non c'è contrapposizione o antitesi » (27).

Vedremo successivamente che un orientamento quale quello riferito, se pone in luce la connessione tra appartenenza alla collettività e posizione di proprietario, ha il difetto di risolvere un fatto che attiene alla collettività in fatto del soggetto esponenziale. Affermare che gli enti godono « per mezzo dei loro membri e, quindi, essi stessi direttamente » significa nascondere che l'ordinamento giuridico prende ad oggetto la collettività e l'ente esponenziale separatamente; solo

(25) O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio*, « Riv. it. sc. giur. », 1898, III teoria, 365 (dell'estr.).

(26) S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, « Trattato Orlando », Milano, 188; si veda anche E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 273, n. 3 per l'evoluzione successiva del pensiero di S. ROMANO (ivi riassunto).

(27) S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 174-175.

ad alcuni effetti — ad esempio, perchè la collettività nazionale appaia come unità nei rapporti internazionali — l'ordinamento sussume l'una nell'altro, spostando l'ordine delle imputazioni dall'una all'altro.

Il secondo aspetto, quello riguardante la capacità della collettività, non interessa qui direttamente. Basti ricordare che questo è strettamente dipendente dal diritto positivo: si conoscono ordinamenti moderni nei quali alla presenza di enti di cura di interessi generali non faceva riscontro l'attribuzione di capacità politica alle collettività i cui interessi gli enti erano chiamati a curare (ad esempio, primo periodo di applicazione del « selfgovernment » in Gran Bretagna) (28). Si può anche dire che vi è una serie di attributi giuridici riscontrabili negli enti cui sottostanno collettività dotate di capacità politica: primo fra questi, la presenza di autonomia politica e, in particolare, di potestà di redazione di bilanci di previsione di spese e di entrate.

E) I problemi accennati finora introducono il tema della proprietà collettiva sotto il profilo di diritto comune. Cercheremo qui solo di tratteggiare la figura di tale proprietà e le situazioni dei soggetti in ordine ai beni che sottostanno a tal tipo di dominio; tentando, d'altro canto, di discernere quei caratteri che taluno vuole propri della forma di proprietà della quale discorreremo mentre più appropriatamente possono attribuirsi all'oggetto o alla struttura del diritto invece che al suo lato soggettivo.

Non importa qui discutere se proprietà collettiva ci sia oppur no perchè « si può ritenere che il nostro diritto positivo, sia tenendo vivi i germi di antichi istituti, sia ponendo le basi di nuovi istituti, sia trasformandone altri, fa posto alla proprietà collettiva. Codesto complesso di dati positivi implica per la dottrina il compito dell'analisi e della sistemazione » (29).

(28) C. LAVAGNA, *Capacità (di diritto pubblico)*, « Enc. Dir. », *passim*.

(29) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà, La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 221. Sugli aspetti storici, oltre alla bibliografia che sarà citata, A. SOLMI, *Adempriuvia studi sulla proprietà fondiaria in Sardegna e Sulla natura giuridica delle « società degli antichi originari » e delle partecipanze agrarie nel sistema della proprietà fondiaria dell'Italia superiore*, « Studi

Bisogna però dire che, nei confronti della proprietà collettiva, si esercita spesso il «pregiudizio liberistico» che vede con sfavore l'uso di beni da parte di più persone, nel timore che ciò possa far pas-

storici sulla proprietà fondiaria nel medio evo», Roma, 1937, 295-296 e 329 ss. (ivi ulteriore bibliografia).

Naturalmente, non mancano coloro che ritengono che la nozione di proprietà collettiva ha un senso quasi esclusivamente sociologico, mentre, dal punto di vista giuridico, si risolverebbe in quella di proprietà individuale: in questo senso, affermando che non è la collettività che gode dei beni quale ente unitario, bensì i singoli suoi membri che ne godono ciascuno per suo conto, C. MAJORCA, *Premesse alla teoria della proprietà*, I, «Jus», 1940, 549-550. Per il rilievo della proprietà collettiva in epoche e settori diversi del diritto, si può vedere P. BONFANTE, *Corso di diritto romano: II, La proprietà*, Roma, 1928, 48 (in relazione alle *res communes omnium*); S. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1960, giugno, 346; G. BRANCA, *Comunione, condominio degli edifici*, «Commentario Scialoja-Branca», Roma, 1965; G. PESCATORE, *Riflessioni intorno alla comproprietà navale*, «Foro it.», 1959, IV, 185-200 (specialmente sul rilievo del gruppo dei condomini); può essere interessante segnalare altresì E. ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965 e E. GRASSO, *L'espropriazione della quota*, Milano, 1957, 47 ss. (sulla comproprietà).

Va segnalato altresì il rilievo che la proprietà collettiva ha in altri ordinamenti e specialmente in quello sovietico (una esposizione in S. VILLARI, *Le forme organizzative nel diritto sovietico*, Milano, 1964, 9 ss.); ma anche in quello nordamericano, dove si può forse parlare di proprietà collettiva delle *public lands*: infatti l'art. 10 della Costituzione degli Stati Uniti con riferimento a tali beni afferma che «the powers not delegated to the United States by the constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people» e una decisione dello scorso secolo (U.S. v. Waddel, 112 U.S. 76 (1884)) affermava che il diritto «to enter public lands» è uno dei «privileges and immunities of citizens of the U.S.». Infine, una costante giurisprudenza afferma che le *public lands* sono gestite dal governo federale «in trust for the people» (questa espressione è peraltro qui usata in senso atecnico).

Naturalmente, è nell'area germanica che vanno ricercati i tentativi di ricostruzione più interessanti e ampi: in particolare nell'opera di O. GIERKE, di cui si può vedere, riassuntivamente, il *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, 375-393, dove riferimenti molto ampi ai profili storici e agli ulteriori scritti dello stesso autore. Non mancano, naturalmente, anche lì voci discordanti, come quella di E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, München-Berlin, 1961, 340, dove afferma che la proprietà collettiva, eccetto alcune forme (*Gemeindemitgliedervermögen; Allmende*), è divenuta estranea alla moderna realtà statale. Ma il tema della proprietà collettiva nell'area germanica è stato poi ripreso dai teorici e dagli studiosi delle socializzazioni, anche in relazione all'articolo 15; sul punto si può vedere: H. HEICHLER, *Wandlung-*

sare in seconda linea la molla del tornaconto individuale. Al contrario, la proprietà collettiva è istituito nuovo ed efficace. Basti pensare ad alcuni esempi: le cosiddette nazionalizzazioni francesi (intese come

gen des Eigentumsbegriffes in der deutschen Rechtsauffassung und Gesetzgebung, Weimar, 1938 (descrizione talvolta elementare, ma utile delle teorie della proprietà familiare, della vicinanza e collettiva); W. J. HEYERS, *Zum Problem des Gemeineigentums*, Diss. 1957, Freiburg, spec. 31 ss. (che verte principalmente sulla definizione di socializzazione e di proprietà collettiva); la raccolta di *Rechtsgutachten* sull'art. 41 della Costituzione dello Hessen e sul concetto di « proprietà comune » contenuto in quell'articolo (si veda specialmente quello di K. BALLERSTEDT nonchè quelli raccolti a cura di W. GREWE, ambedue pubblicati senza data nè luogo di edizione, ma 1952); H. KRÜGER, *Sozialisierung, Die Grundrechte*, II, 1, Berlin, 1958, 267 ss.; T. EICHLER, *Die Idee des Miteigentums*, Nürnberg, 1960 (spec. 26 ss.; ma si tratta di qualche breve cenno, talvolta generico); W. HAMM, *Kollektiveigentum*, Heidelberg, 1961 (ma tratta principalmente delle imprese pubbliche).

Per una analisi minuziosa della nozione di associazione, F. MÜLLER, *Korporation und Association*, Berlin, 1965 (che peraltro considera principalmente i fenomeni associazione e riunione; ma, in diversi punti, interessanti notazioni di storia del pensiero giuridico-politico riguardanti le collettività). La ricchezza di implicazioni e di sviluppi della struttura collettiva sembra sfuggire invece a G. S. COCO, *Sulla volontà collettiva nel diritto privato*, Milano, 1967, che peraltro si muove sul piano della ricostruzione delle norme, a differenza della indagine — prevalentemente storica — che abbiamo appena citato.

Per ulteriori indicazioni sulla proprietà collettiva in U.R.S.S., N. KOLESOV, *De la propriété et de ses formes primitives en U.R.S.S.*, Moscou, s.d.; R. SCHLESINGER, *Soviet legal theory, its social background and development*, New York, 1945, spec. p. 28; A. V. VENEDIKTOV, *Il diritto di proprietà socialista dello Stato*, « Nuova riv. dir. comm. », 1949, I, 126 ss.; R. DAVID J. N. HAZARD, *Le droit soviétique*, Paris, 1954, II, 5-42; V. GSOVSKI, *The soviet union*, « Sovietization of civil law » in V. GSOVSKI K. GRZYBOWSKI (ed.), *Govern, law and courts in S.U. and Eastern Europe*, New York, 1959, II, 1130 ss.; O. S. JOFFE, *Derecho civil soviético*, Mexico, 1960 (traduz. di uno studio sovietico); S. KUCHEROV, *Property in the soviet union*, « Am. Journal of Comp. Law », 1962, 376-392 (dà prevalentemente indicazioni legislative vertenti sulla proprietà di terreni e di « personal properties »); K. STOYAVITCH, *Le régime de la propriété en U.R.S.S.*, Paris, 1962. Si veda principalmente A. V. VENEDIKTOV, *La proprietà socialista dello Stato*, Torino, 1953; una descrizione, da un punto di vista economico, ma più recente, in A. NOVE, *L'economia sovietica*, Milano, 1963.

Qualche indicazione sulle terre di proprietà collettiva in Gran Bretagna in H. CAMPION, *Public and private property in Great Britain*, London, 1939 e in « Royal Commission on Common Land 1955-1958 », *Report*, London, s.d. (ma si veda specialmente I. JENNINGS, *Some legal problems*, ivi, 167-184).

contrapposte alle statizzazioni) e la gestione collettiva in paesi quale la Jugoslavia.

Un esempio è quello offerto dai beni nazionalizzati elettrici, dal gas e dalle banche in Francia: questi sono dalle leggi attribuiti ad appositi enti ma dalle stesse leggi dichiarati di proprietà della nazione o appartenenti alla nazione. Sono state avanzate numerose ipotesi: beni di proprietà divisa; beni sui quali lo Stato ha una sorta di diritto di azionista; beni di proprietà dello Stato; beni di proprietà dell'impresa (30). I sostenitori di quest'ultima tesi si dividono a loro volta a seconda se sostengono la tesi che si tratti di proprietà privata o di proprietà cosiddetta nazionale o di beni sottoposti a regimi giuridici diversi: demaniale, privato, « nazionale » (opinione che potremmo dire eclettica) (31).

Anche per la proprietà dei beni produttivi in Jugoslavia sono state avanzate numerose ipotesi: beni di proprietà dello Stato; beni di pertinenza dello Stato ma in gestione alle diverse organizzazioni economiche; beni in proprietà della collettività in gestione agli organi economici (imprese), sui quali si esercita un controllo degli organi pubblici (repubblica federale, stati, enti locali); proprietà divisa tra le cooperative e gli organi politici (32).

Ora, nell'uno e nell'altro caso, si è in presenza di proprietà di una collettività. Infatti tutti i problemi del regime giuridico di questi beni si chiariscono se ad essi si applicano le regole della proprietà di collettività nazionali in gestione ad enti pubblici: si comprende così perchè questi beni vengano proclamati beni della nazione e siano poi affidati ad enti *ad hoc* (33).

(30) A. G. DELION, *L'Etat et les entreprises publiques*, Paris, 1958, 28-29.

(31) Si veda, per tutti, G. VEDEL, *Le régime des biens des entreprises nationalisées*, « Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France », Paris, 1956, 191-209; e L. JACQUIGNON, *Le régime des biens des entreprises nationales*, Paris, 1956, I, 192-241.

(32) J.-P. FERRETJANS, *Essai sur la notion de propriété sociale*, Paris, 1963, 202-212; si veda anche 242 ss. dove mostra di condividere l'ultima tesi, senza però distinguere tra proprietà collettiva e proprietà divisa.

(33) Su questo aspetto, l'indagine di J.P. FERRETJANS, *Essai*, cit., 194-202, 212-217.

Dall'altro lato v'è la complessa « ideologia » della proprietà collettiva degli studiosi tedeschi: « la proprietà collettiva, nel senso germanico, fu in antico la base di ottime istituzioni, specialmente nel campo dell'agricoltura. E ricevette poi nei tempi moderni diverse applicazioni nelle varie forme di società, e può senza dubbio riceverne ancora di più estese nel campo dell'industria in generale. Essa sola è capace di preservare la società dai fallaci sistemi dei socialisti e dei comunisti » (34). A sua volta, quella che abbiamo definito ideologia della proprietà collettiva dimenticava di considerare che, nella stessa area germanica, non vi era solo proprietà della collettività (Allmende), ma anche proprietà individuale piena (terre « chiuse »), beni in proprietà individuale in relazione a certi usi e in proprietà collettiva in relazione ad altri usi (beni « aperti »), beni in proprietà collettiva ma soggetti ad un diritto reale di godimento del privato, di tipo diversissimo (enfiteusi, livello, « sotto-proprietà ») (35). Nè bisogna dimenticare l'esistenza di diritti reciproci delle diverse collettività (ad esempio, quelle più ampie ne avevano su quelle minori). Anche questo orientamento è, quindi, frutto della generalizzazione di una parte soltanto della realtà normativa dell'area germanica: se, quindi, occorre non farsi convincere dal « pregiudizio liberistico », occorre anche non lasciarsi fuorviare dalla « ideologia » della proprietà collettiva.

Discorrere di proprietà collettiva significa anche lasciare l'ancoraggio alla tradizione romanistica, nella convinzione che il « pregiudizio romanistico » (36) ha indotto spesso la dottrina a configurare la proprietà collettiva offerta dal diritto positivo come proprietà individuale. Naturalmente, l'impresa è stata ardua; eppure oggi si può

(34) E. AHRENS, *Corso di diritto naturale*, trad. it., Milano, 1857, 359.

(35) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III, *Teoria*, 102-103 e 106 dell'estr.

(36) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 196 e *passim*; ciò non vale per coloro che ritengono che il diritto romano conoscesse forme di proprietà comune del suolo: A. SOLMI, *Sulla natura giuridica*, cit., 331 e E. BESTA, *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*, Padova, 1933, 193.

Ha qualche rilevanza sul tema il problema del *numerus clausus* dei diritti reali (meglio: della tipicità delle forme di proprietà indicate in via generale); informazioni in G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1965, sett., 945 ss.

elencare una serie di espedienti escogitati per ridurre la proprietà da collettiva a solitaria. La difficoltà di configurare la proprietà collettiva secondo il prevalente schema romanistico sta nella presenza di più soggetti contro un solo oggetto e una sola situazione soggettiva. Le interpretazioni prevalenti agiscono, quindi, quali sull'oggetto, quali sui soggetti. Le prime tendono a riconoscere più oggetti; ed esempio, le teorie della proprietà della quota, intesa in senso intellettuale, come parte ideale del tutto, o intesa come quota del valore del bene (37). Altri esempi si trovano presso gli scrittori che ricorrono al sistema della divisione intellettuale, applicata però al diritto (o al suo contenuto e ai suoi effetti) e non alla cosa. Le seconde mirano all'unificazione dei soggetti. Ad esempio, le teorie che nel gruppo vedono un primo grado del processo di personificazione, un'unione personale di secondo grado, una semisoggettività o soggettività degradata o attenuata, o, persino, una persona giuridica *tout court* (38). Una volta riconosciuta una soggettività alla collettività, ad essa sarà applicabile tutta quella parte di diritto comune che è applicabile alle persone giuridiche; tra l'altro, la proprietà (39). Si nota facilmente che — con la divisione dell'oggetto e delle situazioni o con la unificazione dei soggetti — queste teorie mirano a superare la difficoltà data dalla pluralità di soggetti e dalla unicità dell'oggetto per ridurre la proprietà di collettività allo schema della proprietà individuale.

(37) Non quota intesa come unità di misura del diritto; si veda S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 171; L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 106 ss.

(38) Descrizione delle prime e delle seconde in L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., 101 ss. e in S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 156 ss.; più ampiamente, in P. BONFANTE, *Il regime positivo e le costruzioni teoriche del condominio*, « Scritti giuridici vari », III, Torino, 1921, 468 ss.

(39) G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1882, II, 215 ss. Può essere interessante notare qui che l'uso pubblico servì in passato come difesa dei beni dall'uso privato del principe e rappresentava quindi proprio la riaffermazione della preminenza degli interessi collettivi. Successivamente, si perse questa funzione e si passò dall'uso pubblico diretto o uso della collettività alla affermazione della possibilità di usi pubblici non direttamente comunitari, compiuti direttamente dalla organizzazione statale; lo stesso uso collettivo fu configurato come un uso permesso dallo Stato-persona.

La serie degli espedienti per superare la proprietà collettiva non si esaurisce con quelli che tentano una riconduzione di quest'ultima alla specie della proprietà individuale. Vi è anche chi ha negato esservi proprietà quando i beni siano di pertinenza di un gruppo: in tal caso la proprietà sarebbe sospesa oppure non vi sarebbe (*res nullius*, Stato amministratore e custode). Chi, invece, ammette esservi proprietà collettiva nei soli rapporti esterni. Chi nei soli rapporti interni. Chi vede nella proprietà collettiva una limitazione della proprietà nel senso che ciascun partecipante come comproprietario è titolare di un diritto di proprietà, estensivamente (quanto all'oggetto) comprendente tutta la cosa comune, intensivamente (quanto al suo contenuto) limitato. Infine, chi ha costruito la proprietà collettiva — secondo principi romanistici e in opposizione al « *condominium juris germanici* » che porterebbe in sé il germe non evoluto sia della proprietà dell'ente morale sia della comproprietà — come proprietà di un ente corporativo destinata all'uso dei membri. Questi avrebbero non un diritto reale ma un diritto di obbligazione verso l'ente perchè questo conservi i beni alla loro destinazione; il diritto è inerente alla qualità di partecipante. L'obbligo dell'ente a conservare la cosa alla sua destinazione ha per sanzione una responsabilità politica e amministrativa della rappresentanza del corpo politico, cui la proprietà spetta, verso i suoi membri; verso gli utenti della proprietà collettiva, una responsabilità civile che impegna i beni stessi appartenenti all'ente collettivo. I beni non possono essere divisi nè attribuiti a privati proprietari: il mutamento della destinazione equivale alla soppressione della corporazione (40).

Questo il quadro degli espedienti adoperati per dare veste di proprietà individuale alla proprietà di collettività. Tra questi, così sommariamente indicati, bisogna presceglierne uno ed esaminarlo più da vicino. La scelta ha un motivo: si tratta del tentativo più elaborato — compiuto sul finire dello scorso secolo in Italia — di trasposizione della proprietà collettiva in termini di proprietà di una persona (pro-

(40) G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, Napoli-Torino, 1931, 183-224.

prietà individuale dello Stato). La questione è impostata in termini corretti: tutto dipende « dal modo come si concepisce l'uso pubblico, a cui le cose demaniali sono destinate, in rapporto al diritto di proprietà dell'ente. E questo rapporto... dipende, a sua volta, dal modo come, in riguardo alle varie maniere di beni, si concepiscono gli enti pubblici in rapporto ai loro membri ». La soluzione è la seguente: « attribuiamo il bene demaniale ad un ente pubblico, come persona a sè stante, per quanto organicamente collegata coi propri membri; consideriamo l'uso dei singoli come lo scopo diretto dell'attività dell'ente, l'attuazione della destinazione e della funzione del bene demaniale; come una facoltà che deriva dalla sua qualità di membro: e questa costruzione giuridica può essere applicata a qualsiasi bene demaniale, sia esso formato da una cosa propria, sia da un diritto su cosa altrui ». Una proprietà così configurata viene definita « collettiva ».

Questa ricostruzione in termini individuali della proprietà collettiva è non solo tra le più ampiamente elaborate dalla nostra dottrina ma anche tra quelle che hanno avuto in Italia maggior seguito. Per essa l'ente ha una proprietà piena: ha potere di regolazione e di amministrazione e — come persona indipendente dai suoi membri — ritrae dalle cose tutte le utilità che sono compatibili con la loro destinazione. Alle facoltà del diritto privato, però, gli enti pubblici aggiungono tutte le facoltà di diritto pubblico che derivano dall'imperio: queste si uniscono al diritto di proprietà e fanno insieme con questo un diritto unico: la proprietà pubblica. L'ente rappresenta pienamente la collettività ed ha quindi piena facoltà, con proprio atto di volontà, di destinare il bene a soddisfare bisogni pubblici, di regolare tale destinazione (e quindi di fare cessare l'uso pubblico senza il consenso dei singoli utenti, senza le forme dell'espropriazione per causa di utilità pubblica e senza indennità, oppure di limitarlo), di disporre del bene.

Interessa qui principalmente la destinazione del bene a soddisfare bisogni pubblici. Questa — dice l'autore — presuppone un atto di volontà che la faccia sorgere, quindi un soggetto che sia propieta-

rio (41). Per ciò che riguarda il modo in cui si attua la destinazione, questa deve essere eguale per tutti: la discrezionalità che si esplica nel mantenere, mutare o far cessare la destinazione non va intesa di fronte ai singoli poichè ognuno ha diritto di essere trattato ugualmente agli altri ed insieme a tutti gli altri; l'autorità non può togliere o mutare la facoltà di uso soltanto per uno o per alcuni degli associati. L'ente ha un « dovere positivo » (detto altra volta obbligo), contratto coll'atto di destinazione del bene demaniale, di lasciar usare direttamente ed immediatamente questi beni dai singoli componenti la collettività.

Ma ciò che importa è il fine per cui viene compiuta la destinazione del bene: l'ente infatti cura i suoi fini mediante la destinazione del bene all'uso pubblico. La destinazione è compiuta per scopi che debbono essere collettivi o sociali, non economico-privati. Vi è una piena coincidenza tra funzione del bene e funzione dell'ente: « l'uso pubblico non si contrappone al diritto dell'ente medesimo, ma è secondo la direzione della sua determinazione, giacchè è l'attuazione della destinazione, che esso dà alla cosa o al diritto proprio; l'uso pubblico è nella funzione del bene demaniale ». Si potranno, quindi, avere beni demaniali « sin dove la soddisfazione diretta ed immediata di bisogni collettivi, per mezzo di beni, può essere ammessa come una funzione pubblica dell'ente ».

Con questa costruzione vi è identificazione dell'ente con gli utenti: non si può infatti contrapporre l'uno all'altro perchè la proprietà dell'uno è interamente assorbita dall'uso che l'altro ne fa. È una identificazione della collettività e dell'individuo perchè con l'uso pubblico si soddisfa il bisogno collettivo, in quanto si concreta in ogni singolo individuo, e, quindi, con la soddisfazione dell'interesse collettivo, comune, esso soddisfa l'interesse individuale di ogni possibile utente. L'identificazione è tale che l'autore è costretto a precisare che la facoltà di disposizione dell'ente è solo potenziale perchè, una volta ope-

(41) Lo stesso O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., II, *I beni demaniali nel diritto italiano*, « Giur. it. », 1898, 51, 58 e 75 (dell'estr.), sembra intendere però destinazione come attitudine naturale della cosa.

rata la identificazione tra funzione dell'ente e destinazione del bene « è contraddittorio parlare di una disposizione attuale, in quanto non si può voler raggiungere uno scopo e insieme non voler destinare a ciò i mezzi necessari » (42).

Vediamo ora questa ricostruzione sotto il profilo dei soggetti utenti. La facoltà di uso (detta altre volte diritto relativo, personale di uso) è di natura corporativa: è connessa con l'essere membri della corporazione. Essa deve essere libera, non aver bisogno cioè di autorizzazioni o permessi: non importa se di essa si faccia uso oppure no e non importa neppure che di essa facciano uso effettivamente molti o pochi. La facoltà di uso dei singoli è permeata, come il diritto dell'ente, di elementi pubblicistici e diviene quindi facoltà pubblica: « i singoli possono essere considerati come membri in rapporto alla personalità collettiva pubblica degli enti, nei quali la collettività a cui appartengono s'impersona, giacchè... questi, nelle cose demaniali, agiscono come persone pubbliche. D'altra parte, ... l'interesse dei singoli, relativo a queste facoltà, è tutelato prevalentemente per l'interesse comune. È necessario, quindi, riconoscere... che le facoltà di uso comuni a tutti... sono facoltà pubbliche ». Queste facoltà di uso sono inseparabili dalla persona del titolare per mezzo della sua volontà e quindi inalienabili, intrasmissibili per eredità, indivisibili e irrinunciabili. Ma l'autorità può modificare, limitare e far cessare tale facoltà senza che il singolo abbia diritto ad alcuna indennità.

La fonte delle facoltà è nell'atto di destinazione del bene, voluto dall'ente in favore della comunità. Nei confronti della destinazione del bene tutti i cittadini sono uguali: essi vengono come singoli in rapporto con l'autorità solo quando si tratta dell'esercizio della sua facoltà: e in questo rapporto l'autorità può intervenire esplicando solo i suoi poteri di polizia allo scopo che l'uso sia fatto da ogni singolo in modo conforme alla destinazione del bene. L'uso è quindi l'effetto della destinazione. L'uso non si contrappone al diritto demaniale ma è nella funzione stessa del bene: questo esiste per l'uso pubblico. Per

(42) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III, *Teoria*, 137, 255, 257, 214, 215 e 213, 209 e 207, 247, 231, 222, 220, 255, 247, 255, 226, 256 (dell'estr.).

ciò che riguarda l'uso, esso deve quindi essere nella destinazione della cosa e importare un'occupazione soltanto momentanea del bene, lasciandolo intatto per l'uso degli altri possibili utenti; non ha importanza lo scopo per il quale ogni individuo può far uso della cosa. I privati possono tutelare il proprio uso facendo valere un proprio diritto e non il diritto dell'ente.

Bisogna anche tener conto del fatto che tali facoltà (o diritti) pubblici subbiettivi relativi si connettono allo stato positivo degli individui e, come tali, derivano da una delle qualifiche concrete della personalità. Questa è riconosciuta ad ogni uomo come tale e quindi tali facoltà non sono connesse alla cittadinanza, si estendono anche agli stranieri, anche se « direttamente e soprattutto » proprie della collettività che forma il contenuto di quel dato ente pubblico (43).

Secondo questa ricostruzione il demanio militare non è proprietà collettiva. Esso è oggetto di un diritto dell'ente come persona, ma indipendente dai propri membri: qui i beni non servono direttamente la collettività, ma sono un mezzo perchè lo Stato possa rendere un servizio alla collettività. Questo è quindi un tipo eccezionale di demanio (44).

Secondo questa ricostruzione, i beni patrimoniali sono destinati in modo diretto ed immediato ad un servizio pubblico: mirano in primo grado a soddisfare i bisogni dell'ente come persona a sè, indipendente dalla collettività. Per essi la indisponibilità opera come limite: « il diritto pubblico, che per i beni demaniali spiega ed investe tutto il bene, la sua esistenza, la sua funzione, per i beni patrimoniali indisponibili spiega e regola soltanto il limite della loro disponibilità » (45).

Come si vede, per il Ranelletti, lo Stato può servire la collettività con i servizi resi dai suoi funzionari che si valgono dei beni patrimoniali oppure ponendo i beni demaniali direttamente a disposizione

(43) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III *Teoria*, 225, 209, 206, 220, 218, 219, 232, 222 e 226, 203, 234 e 235, 239 e 221 (dell'estr.).

(44) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III *Teoria*, 257, 217, 11.

(45) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III *Teoria*, 259 e 250, 264.

della collettività. In questo caso è sempre l'ente che pone a disposizione della collettività un bene e questo, d'altra parte, è mezzo diretto a soddisfare i bisogni della società, che ne realizza immediatamente l'utilità coll'uso diretto e immediato (46). La destinazione, secondo l'orientamento di cui si parla, è da una parte il modo nel quale l'ente realizza i suoi fini, dall'altra il modo di soddisfare un bisogno della collettività. E qui sta proprio il punto debole: se è la collettività ad usare necessariamente il bene, se cioè, solo la collettività può usarlo e nessun altro; e se, d'altra parte, i fini che l'ente deve realizzare sono della collettività, non si vede perchè si debba fare un giro logico inutile; in realtà, la collettività gode direttamente del bene soddisfacendo così i suoi bisogni senza che l'ente che la rappresenta debba affermare un diritto di proprietà sui beni, diritto che si risolverebbe nella necessaria destinazione all'uso da parte della collettività. In questo senso, molto più rigorosa appare la tesi per la

(46) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III *Teoria*, 4, 11, 12, 17-18.

Successivamente si è detto: « non già l'uso pubblico, ma un elemento più ampio e comprensivo costituisce la finalità del rapporto pubblicistico: l'utilità sociale, pubblica, che la cosa è atta a rendere »; « la verità è che tanto per le miniere come per i corsi d'acqua destinati alle derivazioni per usi agricoli o industriali, la ragione del regime pubblicistico sta esclusivamente nella utilità pubblica, la quale esige che questi beni siano sottratti al normale regime privatistico ed investiti di una regolamentazione amministrativa tale da assicurare alla collettività l'utilità stessa, senza che, per altro, ne derivi necessariamente una sottoposizione delle cose all'uso pubblico: si avrà un uso di pubblico interesse, di corsi d'acqua e miniere, ma non mai un uso pubblico »; « la teorica della "pubblicità" dei beni deve scostarsi, dunque, dal vecchio, tradizionale, insegnamento che considera l'uso pubblico come elemento essenziale al rapporto pubblicistico: ragione e finalità del rapporto stesso sono date non dall'uso pubblico, ma dal pubblico interesse, o pubblica utilità, che esige la sottoposizione della cosa al regime pubblicistico. A sua volta l'uso pubblico può costituire, ove la natura della cosa e della finalità lo richiegga, il mezzo idoneo al raggiungimento della finalità stessa: mezzo contingente, ripeto, non mai essenziale ». I beni pubblici non si possono ridurre ad una formula unica, il demanio, perchè ogni singola specie di beni è oggetto di una diversa forma di regolamentazione, nel senso che in ordine ad essi l'interesse pubblico si atteggia in maniere diverse (R. ALESSI, *Intorno al concetto di « pubblicità » e « demanialità » dei beni*, « Riv. dei beni pubbl. », 1932, 260-280 e, precedentemente, C. VIRTA, *Il diritto dello Stato sulle miniere di fronte al concetto di demanio pubblico*, Modena, 1930, 19, 20, 22 ss., 36).

quale l'ente è proprietario e gode direttamente del bene: in questa almeno la traduzione in termini individuali della proprietà collettiva si compie fino in fondo poichè non è più necessario invocare una destinazione che serva a spiegare la necessità dell'uso pubblico sul bene.

Vero è che l'autore dà, sulle orme delle indagini di O. Gierke, lunghe e suggestive spiegazioni storiche del suo assunto. Egli mostra che la collettività è « concetto primitivo nella storia del diritto »: « l'affermarsi dello Stato come persona a sè... è un portato normale dello svolgimento del diritto ». Egli fa vedere come la proprietà della persona statale sia parallela all'elevamento progressivo delle associazioni politiche a persone giuridiche: i beni passano dalla collettività come unità alla persona giuridica a cui la associazione assurge prima col Comune e poi con lo Stato (solo un anno prima, il Cammeo aveva detto che « poichè il demanio è una proprietà collettiva tenuta ed amministrata dallo Stato, il tratteggiarne la storia è tratteggiare la storia dello Stato stesso e della proprietà » (47)). Il fatto quindi 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. Per cui « la dottrina avversaria è contraria alla storia e al diritto ». Ora, l'evoluzione storica disegnata è della massima importanza perchè è verosimile che quello che l'autore chiama processo di personificazione dello Stato (e che più propriamente andrebbe denominato formazione di una organizzazione in senso giuridico, come rete astratta di poteri (48)) si accompagni con quella rivoluzione giuridica che — iniziata nel rinascimento con l'affermarsi della teoria della regalità e completatasi con la rivoluzione francese (49) — ha portato a discernere, nella antica proprietà, da una parte la signoria territoriale, dall'altra il diritto patrimoniale e ha quindi condotto alla distinzione tra diritto pubblico

(47) F. CAMMEO, *Demanio*, « Dig. it. », Torino, 1897-1898, 843.

(48) G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1963 (ed. provv.), *passim*.

(49) Sull'evoluzione storica cenni in F. CAMMEO, *Demanio*, cit., 848 ss.

e diritto privato (50). Ma questa evoluzione storica non porta ad affermare — come fa l'autore (51) — 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 — a certi fini — essere centri di imputazione accanto all'ente che le rappresenta o invece di questo.

Già altra volta si è avuto modo di mostrare come i problemi della personalità e quelli della natura giuridica hanno importanza minore delle norme attributive di capacità, poteri ecc. (52). Di recente altri ha sostenuto la necessità del superamento della personalità giuridica, in misura, ben s'intende, non totale, per comprendere i problemi dell'organizzazione e dell'attività amministrativa (53). Le stesse norme che studiamo mostrano che non ogni atto della collettività può essere imputato allo Stato-persona e che, d'altra parte, la collettività, a certi fini, si presenta come personificata. L'affermazione, infatti, che la collettività sia proprietaria non esclude che anche la persona giuridica statale 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.

D'altra parte, questo era già stato avvertito, sul finire dello scorso secolo, con riguardo ai beni, dicendosi che ad alcuni di essi si estendeva il risultato della creazione dello Stato, che è l'assorbimento di tutte le funzioni relative alla universalità, della quale l'ente è il prodotto, nell'ente; ad altri no. Per queste ultime « la universalità degli abitanti, direttamente e non col suo necessario rappresentante, lo

(50) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., I, *Stato della dottrina e della giurisprudenza*, « Giur. it. », 1897, 7 (dell'estr.).

(51) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III *Teoria*, 254, 251, 185, 126, 134, 252.

(52) S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962.

(53) G. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., 9 e 20.

Stato, è il soggetto diretto..., e lo Stato ha il solo compito di regolarne l'uso e tutelarlo». Di questi beni lo Stato ha solo il governo: « per lo scopo di sua esistenza, è il rappresentante legittimo della universalità che direttamente, per sè, esercita il godimento della cosa, e in tale qualità può proporre tutti i mezzi che la legge dà a guarentigia di tale diritto » (54).

Affermare che l'organizzazione statale è sempre personificata significa disconoscere il fatto che la personalità giuridica è concessa solo a certi effetti. Non si tratta di riprendere la polemica di Bolze e di Jhering in Germania e di Planiol, Geny e de Vareilles-Sommières in Francia, perchè questa mena troppo spesso al disconoscimento della persona giuridica in quanto creazione dell'ordinamento, specialmente negli autori del ceppo francese, presso i quali la personalità figura come « essere fantastico », « finzione artistica » (55). Certo, non si possono pensare inattuali le pagine nelle quali lo Jhering ricordava che la persona giuridica in sè è incapace di godere, specialmente quando si leggono le pagine dei giuristi che sostengono essere il demanio proprietà individuale *piena* dell'ente Stato. Si tratta, invece, di riconoscere che la formula della personalità giuridica non risolve i problemi di struttura dello Stato (56), che essa anzi ha l'effetto di nascondere una realtà multiforme: quella costituita dalla rete di collettività e delle relative organizzazioni e, principalmente, delle persone fisiche.

La persona giuridica — è stato detto più volte (57) — è espres-

(54) G. P. CHIRONI, *Studi e questioni di diritto civile*, Torino, 1914, I, 435-436; II, 46-47. Può essere interessante ricordare qui i rilievi di B. CAVALLLO, *Contributo allo studio del concetto di frazione comunale nell'ordinamento giuridico italiano*, Milano, 1964, 51, con riguardo agli usi civici e alle loro diverse specie, circa l'interesse sociale ma non pubblico della proprietà collettiva dei frazionisti.

(55) Informazioni in L. JOSSEERAND, *Essai sur la propriété collective, Le code civil 1804-1904*, I, Paris, 1904, 359 ss.

(56) F. BENVENUTI, *Evoluzione dello Stato moderno*, « Jus », 1959, 161-162.

(57) Da ultimo T. ASCARELLI, *Personalità giuridica e problemi delle società*, « Riv. soc. », 1957, 981-1002. Ma la questione della personalità è stata vista anche in termini parzialmente diversi da quelli di Ascarelli, come si può

sione abbreviata di una disciplina che è sempre risolubile in una normativa concernente relazioni tra uomini. Se è vero che la persona giuridica è una *regula juris*, bisogna riconoscere che una collettività — quando diviene persona giuridica — non acquista una diversa « natura » che assorbe necessariamente ogni altro. Se la personalità giuridica è un privilegio che viene concesso ai fini dell'imputazione giuridica di atti e delle responsabilità che ne conseguono, perchè non è possibile ammettere che essa sussista solo per alcuni atti?

Concludendo, la dottrina — nei confronti della proprietà collettiva — o ha avuto un atteggiamento svalutativo (58), diminuendone l'importanza, o ha operato un travestimento in figure simili alla proprietà individuale (59) a causa del « pregiudizio ideologico » per il quale « è assai più consigliabile la proprietà individuale, perchè la proprietà collettiva non pone il titolare di fronte al proprio esclusivo interesse, che è l'impulso primo di una buona e redditizia gestione »; con la proprietà collettiva verrebbe meno « quel meraviglioso istromento di progresso che è l'impulso del tornaconto individuale » (60). È chiaro come, messisi su questa strada, si sia potuti giungere a dire che la proprietà collettiva è « istituto interimistico o di transazione »; « ... la comproprietà di un partecipante al gruppo si estende nel suo

notare esaminando i contributi di R. SERICK, *Forma e realtà della persona giuridica*, Milano, 1966 (ad alcuni punti della indagine del Serick, peraltro, si ispirava la ricerca di Ascarelli); di P. VERRUCOLI, *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*, Milano, 1964 (sul punto della personalità come privilegio e del suo abuso); di R. NICOLÒ, *Attuale evoluzione del diritto civile*, « Temi romana », 1965, luglio-agosto, 477 (che mette in luce la necessità di « individuare altri centri di interesse e di attività e quindi d'imputazione soggettiva, anche se privi di quel crisma formale che è il riconoscimento della personalità »); di A. PIRAS, *Figure soggettive, enti soggetti, soggetti di diritto*, Milano, 1967 (ed. provv.) 16 ss. (ampio riesame critico delle teorie della soggettività e della personalità) e di G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1967, 37 ss. (dove critica la concezione prevalente per la quale i rapporti tra Stato e amministrazione locale vengono configurati come rapporti tra soggetti).

(58) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 206.

(59) M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 33.

(60) L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., 125; a questo proposito il Barassi scomoda il « bel sole brillante e caldo » dei paesi meridionali e la differenza tra razze nordiche e razze latine.

contenuto e diventa tendenzialmente proprietà solitaria e normale per il cessare della comproprietà dell'altro o degli altri partecipanti: con vantaggio per la più dinamica produttività della gestione». Tutto ciò, come per la cessazione della servitù, dipenderebbe dalla forza espansiva della proprietà (61).

F) L'atteggiamento descritto della dottrina trova un certo fondamento nell'azione legislativa posteriore alla rivoluzione francese che — in Francia e in Italia — mirò a combattere la proprietà collettiva. La rivoluzione francese vide nella proprietà collettiva una filiazione del sistema feudale e mirò ad abolirla, specialmente nella forma della proprietà dei comuni (62): «... si voleva romperla con tutte quelle associazioni, con tutti quei nuclei, con tutte quelle persone collettive in cui viveva l'individuo: fra individuo e Stato niente doveva restare... I giuristi avevano detto *communio est mater rixarum* e gli economisti mostravano tutti i danni della proprietà collettiva sino al punto di aver cresciuto le odierne generazioni col pregiudizio che fuori della proprietà individuale non vi fosse se non una figura giuridica assurda e di niuna utilità sociale» (63).

La « piena abolitrice », questo « processo di individualizzazione coattiva della proprietà giuridica » attuato con la « falce della legge » (64) non trovò, però, per unanime consenso, completa attuazione: « una frettolosa smania rinnovatrice portò su questi ruderi, alla cieca, il piccone demolitore, quasi dispettosa di veder guasta, per essi, l'euritmia dell'edificio legislativo; e dove ridusse in polvere e disperse materiali preziosi, che avrebbero potuto essere utilmente reimpiegati, dove, all'opposto, trovò una resistenza così forte, che l'opera di distruzione non si potè compiere. E quegli istituti, nascosti e soffocati da costruzioni nuove, stanno in piedi e perdura il movimento e la

(61) L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., 149.

(62) G. VENEZIAN, *Reliquie della proprietà collettiva in Italia, Opere giuridiche*, II, Roma, 1920, 16 ss.; sull'argomento, in generale, l'opera storica di M. GARAUD, *La révolution et la propriété foncière*, Paris, 1959.

(63) B. BRUGI, *Della proprietà*, I, Napoli-Torino, 1918, 54.

(64) La prima e la terza espressione sono di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 213 e 204; la seconda di ALIQUÒ, cit. da PUGLIATTI, 217.

vita che s'aggirava intorno ad essi...» (65). La tendenza abolitrice della proprietà collettiva alcune volte non colpì, quindi, tutti i beni oggetto di questo tipo di proprietà, altre volte non potè trovare attuazione: questa è constatazione che si trova in tutti gli studiosi dell'abolizione degli usi civici e della quotizzazione dei beni demaniali (66).

Anzi, verso la fine dello scorso secolo si venne disegnando un movimento legislativo inteso a favorire in certi limiti la consacrazione e la ricostituzione della proprietà collettiva: progetto per l'abolizione delle servitù civiche nelle provincie ex pontificie, che intendeva assicurare il diritto delle popolazioni sopra i beni ad esse rimasti provvedendo a disciplinarne il godimento (1882-1886); disegno di legge (poi legge 4 agosto 1894 n. 397) per la costituzione in enti morali e la sottoposizione a vigilanza amministrativa delle università agrarie, comunanze e partecipanze dell'ex stato pontificio; progetto (1892) che intendeva dare facoltà, per i demani meridionali, agli assegnatari delle quote in cui si ripartivano i demani, di costituirsi in ente cooperativo, attribuendo all'ente la proprietà complessiva delle quote, fissando la regola di indivisibilità, subordinando la conservazione del diritto dei singoli sulla loro quota alla loro permanenza nella associazione; progetto (1894) di costituire, nei singoli comuni, enti morali dotati coi beni rustici dello Stato, dei comuni e delle opere pie, e destinati a procacciare gratuitamente il godimento temporaneo della terra a coloro che la lavorassero (67). E nel giro di quegli anni si poteva affermare che « non è più una singolarità l'opinione che possano utilmente mantenersi e, dove sono venuti meno, reintegrarsi gli organismi collettivi, lasciando liberi e promuovendo anzi i mutamenti progressivi nella destinazione economica dei beni, a patto che resti integra per tutti i chiamati a parteciparvi la possibilità di avere in essi un campo aperto al lavoro e alla produzione » (68).

(65) G. VENEZIAN, *Reliquie*, cit., 6-7.

(66) Per tutti, G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto*, cit., 260 ss.

(67) G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto*, cit., 191, n. 1.

(68) G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto*, cit., 212.

Il fallimento delle quotizzazioni iniziate con le leggi di Giuseppe Bonaparte e di Gioacchino Murat (vendita a prezzi irrisori delle quote, costituzione di grosse proprietà, impoverimenti dei comuni, mancato sviluppo dell'agricoltura) indusse, nei primi anni dopo l'unificazione, a porre sotto accusa l'individualismo che aveva ispirato le quotizzazioni. Questa tendenza era rafforzata da « impostazioni a sfondo socialistico » e da « ideali cooperativistici ». Si è detto che con la legge del 1894 « l'ora dei domini collettivi in senso proprio sembrava ormai tornata ». Anche la legge del 1927, oltre ai provvedimenti del 24 giugno 1888 per le provincie degli ex-stati pontifici e la legge 8 marzo 1908, sia pure già più debolmente, si ispira a questa tendenza (69). Va aggiunto che, secondo alcuni, l'affermazione che le terre demaniali fossero di proprietà collettiva è un « errore storico banale » dovuto alla tendenza, manifestatasi dopo l'unificazione, alla rivalutazione della proprietà collettiva. Si dice infatti che i demani spettavano all'università *quoad nomen et proprietatem* ed erano comuni ai cittadini solo *quoad utilitatem, quoad usum, quoad effectum*. E si afferma che i limiti alla disposizione erano posti per evitare speculazioni da parte dei comuni e che la inalienabilità e la imprescrittibilità si imponevano solo nei confronti dei beni destinati, per loro natura, perpetuamente ad uso pubblico (70).

Non diversa la sorte, sul finire dello scorso secolo, dei beni delle « Allmende » germaniche. Parte di tali terre fu data in proprietà a privati, parte in proprietà a corporazioni di diritto privato, parte in proprietà all'ente locale (lasciando agli utenti talvolta un diritto privato reale al godimento, talaltra un diritto pubblico di godimento (71)).

Come si vede, sono tutti tentativi di trasformare la proprietà da collettiva in individuale. Anche nel periodo nel quale, in Italia, sembra abbia la prevalenza la tendenza a salvaguardare talune forme di proprietà collettiva, in realtà, la difesa delle collettività proprie-

(69) E. BESTA, *I diritti sulle cose*, cit., 248; E. CORTESE, *Dominii collettivi*, « Enc. dir. », 919-921.

(70) E. CORTESE, *Dominii collettivi*, cit., 916-918.

(71) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III *Teoria*, 91-92.

tarie avviene sempre per mezzo della attribuzione a questa della personalità giuridica, schermo dietro il quale continuano gli antichi rapporti dominicali.

Naturalmente, non è da credere che la « piena abolitrice » fosse solo il portato di quello che è stato definito il « pregiudizio liberistico ». Le forme di proprietà collettiva dello scorso secolo erano in realtà strumenti per più ragioni poco efficaci. In generale, si può forse affermare che si sono o sono state trasformate o quelle proprietà collettive che non avevano un ente gestore che regolasse le utilizzazioni o quelle nelle quali, non tutti i membri dell'associazione essendo utenti, gli interessi dell'associazione si venivano a contrapporre a quelli degli utenti (72) o, ancora, quelle nelle quali i beni oggetto di proprietà collettiva non aumentavano in numero proporzionale all'incremento della popolazione, divenendo così rari ed appetibili (73). In ogni caso, comunque, le cause della crisi non sono dipese solo dalla collettività proprietaria o dall'ente gestore ma da questi e dal sistema di sfruttamento insieme. È indubbio, infatti, che il problema capitale della proprietà collettiva sta nel temperamento tra tutela della proprietà dei membri della collettività e garanzia delle trasformazioni ed innovazioni: in generale, la tendenza è stata nel senso di preoccuparsi di garantire la proprietà collettiva contro la dissoluzione, non di preoccuparsi della sua cristallizzazione.

D'altra parte, la debolezza del « pregiudizio liberistico » è dimostrata dal fatto che, in relazione ai beni per i quali la dissoluzione della proprietà collettiva e la sua trasformazione in individuale ebbero successo, ad un secolo dalle leggi di dissoluzione, sul finire dello scorso, si diceva che non ci si poteva più illudere che alla proprietà individuale come tale conseguisse un aumento di produzione, una migliore distribuzione della ricchezza e la rigenerazione economica e morale delle classi rurali. L'esperienza ha dimostrato come « aperto l'adito alla costituzione delle proprietà private, l'interesse individuale,

(72) G. VENEZIAN, *Reliquie*, cit., 24.

(73) Sul « disquilibrio tra la popolazione e la terra » con relazione all'ademprio, A. SOLMI, *Ademprio*, cit., 798.

dalla cui spinta si aspettava la rigenerazione economica dei beni collettivi, abbia trovato una più piana via di soddisfacimento nell'estendere la esclusività del godimento che non nell'aumentare colla produzione la intensità del godimento». Bisogna quindi non solo costituire ma anche difendere la proprietà dal latifondo poichè non si può attribuire a coloro che sono spogliati dell'uso una proprietà che non sono capaci di utilizzare nè di conservare (74) (75).

Abbiamo finora parlato della proprietà collettiva in generale. Conviene ora soffermarsi a comprendere perchè mai i beni di « proprietà pubblica » vengano generalmente considerati come beni di proprietà individuale. È facile pensare che anche qui vi sia stata una ricostruzione della proprietà collettiva in proprietà individuale: più difficile comprendere le tappe del processo che ha portato a tale trasformazione.

Per prendere le mosse da un termine di riferimento preciso, bisogna scegliere come punto di partenza l'ordinamento statale dell'ottocento. In questo si riscontra infatti l'estensione massima assunta dalla « proprietà pubblica »: non avevano, infatti, ancora avuto la prevalenza le ideologie, che oggi siamo soliti definire liberali, che volevano che i mezzi per lo svolgimento delle attività economico-produttive fossero nelle mani dei privati, dovendosi invece lo Stato limitare alla salvaguardia dei diritti dei singoli e alle attività « giuridiche » (difesa, ordine interno, rapporti con l'estero).

Ora, in un'epoca come quella delineata, la distinzione tra proprietà della collettività e proprietà del principe era chiara. Forse meno chiara era la distinzione tra beni soggetti a sola riserva — cosiddette *res communes omnium* — e beni in proprietà collettiva. Ma la prima distinzione — quella che qui interessa — era certamente nota e ben chiara. Basta vederne i riflessi in un autore per certi aspetti già tardo come il Romagnosi. Questi definisce pubbliche le acque destinate ad uso pubblico (cioè, diremmo noi, in proprietà collettiva) e le distingue

(74) G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto*, cit., 212 e 266.

(75) Si veda anche M. GARAUD, *La révolution*, cit., 277, 381.

nettamente dalle acque private e da quelle demaniali, così dette se appartengono a enti o soggetti privati o allo Stato. Le acque dette demaniali sono «di pura appartenenza fiscale o demaniale, ma non di uso pubblico». Qui non preme tanto di poter intravedere nella proprietà ad uso pubblico del Romagnosi la proprietà collettiva — abbiamo sopra detto che forse la distinzione tra beni in uso di tutti e beni in proprietà collettiva non era ancor chiara — quanto di sottolineare la distinzione tra beni di uso pubblico e beni demaniali (76). Distinzione, questa, che continua probabilmente ad esercitare la sua influenza anche dopo l'affermarsi della teoria della demanialità, anzi proprio in questa, almeno finchè si intese per bene demaniale quello destinato all'uso pubblico diretto e immediato. Successivamente, « un mutamento nella legislazione e nel (diciamo così) clima storico-legislativo » portò ad una configurazione più ampia della nozione di demanio, comprendendovi anche quei beni sui quali non si realizzava un uso diretto e immediato (77). Ora non interessa qui osservare che l'allargamento della nozione di « demanio » era dovuta forse ad alcuni errori di prospettiva, quale quello di credere alcuni beni di proprietà demaniale e di credere che, per altri, sorgesse un problema di proprietà quando, invece, l'ordinamento si interessava solo del loro sfruttamento (e quindi li prendeva in considerazione in quanto destinati in impresa). Anche perchè interessa piuttosto rilevare ancora che la parola « demanio » fu fin dall'origine ambigua perchè venne a comprendere sia le cose pubbliche *quae in publico usu*

(76) G. ASTUTI, *Il regime giuridico delle acque nel pensiero di G. D. Romagnosi*, « Studi parmensi », 1961, 323-324 e 339; l'ASTUTI interpreta in maniera diversa il pensiero del Romagnosi.

(77) Si veda in particolare L. RAGGI, *Ancora sul concetto di demanialità*, « Scritti per Vacchelli », Milano, 1938, 389 ss., da dove sono anche tratte le espressioni riportate nel testo. Per la discussione sul problema della attitudine all'uso pubblico, sulla estensione dell'uso e sul tipo di uso, si vedano anche i contributi di A. GAGLIO, *Sul concetto d'una proprietà di diritto pubblico*, « Riv. dir. pubbl. », 1921, I, 448; N. PAPALDO, *Le cose di proprietà pubblica nel progetto del secondo libro del codice civile*, « Scritti giuridici », Milano, 1959, 676-677; P. DEL PRETE, *Il regime giuridico dell'autostrada*, « Scritti per A. D. Giannini », Milano, 451-453.

sunt sia i beni che lo Stato possiede come soggetto, *quae in patrimonio sunt* (78).

Quel che si è detto per la proprietà collettiva e la proprietà individuale statale vale anche a livello minore: «... allorchè sorse... il Comune, il quale cominciò a sviluppare una personalità sua ben distinta, si formarono da una parte i beni del Comune... dall'altra, persistettero le antiche comunioni, a profitto degli aventi diritto (compartecipi), come consorzi di vicini, che continuavano nel godimento dei vetusti compascui, escludendo ogni altro estraneo (79). E i due enti avevano quasi sempre i medesimi componenti.

Ma successivamente i beni in uso pubblico e i beni demaniali cominciano ad essere considerati come aventi una medesima disciplina (80). L'indistinzione tra i due gruppi di beni e poi la classificazione di ambedue tra i beni del demanio durano fino ai nostri giorni con la riduzione delle varie forme di « proprietà pubblica » alla proprietà della persona pubblica. Ed è questa l'unica forma di proprietà non privata oggi generalmente riconosciuta.

Non si può non osservare che — nel campo del diritto pubblico — questa semplificazione è frutto dell'influenza di quel modo di pensare per il quale ogni fatto della vita associata viene ricondotto alla massima persona giuridica non riconoscendosi la validità della distinzione della comunità statale dalla persona-Stato (e di tutte le sue implicazioni). Tanto è vero che l'istituto della proprietà collettiva è ritenuto « inammissibile » da chi crede che il demanio ha subito uno svolgimento storico « nel senso di trasportare, gradatamente, ma in modo visibilissimo, il subbietto cui i beni relativi appartengono dalla collettività allo Stato ed agli altri enti pubblici, appunto per quei medesimi motivi per cui nella grande e, per dir così, rappresen-

(78) G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, III, Firenze, 1900, 269.

(79) A. SOLMI, *Sulla natura giuridica*, cit., 357.

(80) G. VENEZIAN, *Reliquie*, cit., 13: « Il demanio dunque, nel diritto napoletano, comprende tanto quella che persisto a chiamare proprietà collettiva del comune quanto quella che più esattamente va denominata proprietà pubblica ».

tativa personalità di questi ultimi la prima è rimasta quasi del tutto assorbita. Le facoltà che i singoli hanno riguardo ai beni pubblici sono ormai di tutt'altra natura... » (81). Ma la distinzione riprende poi forza, contro la concezione unificatrice nel demanio di ogni sorta di bene pubblico, quando si distingue un demanio di uso pubblico (che fornisce utilità alla collettività) da un demanio in senso proprio (per i servizi dell'organizzazione dei pubblici poteri).

Quanto si è detto finora, sotto un profilo prevalentemente critico, è servito a porre in luce i motivi per i quali la dottrina recente ha in prevalenza disatteso la figura della proprietà collettiva. È evidente, ora, che non si può in questa sede tentare una ricostruzione della proprietà collettiva, ricostruzione che — se è vero ciò che si è detto finora — va compiuta in sede di studio della proprietà in generale, e cioè della proprietà di beni privati come di beni pubblici: in altre parole, essendo la figura della proprietà collettiva istituto del diritto comune, è in quella sede che va esaminata.

Tanto più che sugli stessi caratteri distintivi della proprietà collettiva non v'è accordo. Finché ci si ferma ai tratti distintivi più facilmente visibili, non v'è problema. Così per ciò che riguarda, in primo luogo, la collettività proprietaria (fenomeno della plurisoggettività dei proprietari) e, in secondo luogo, l'ente pubblico esponenziale della collettività con funzioni di gestore.

E infatti, è chiaro che nella proprietà collettiva vi sono più soggetti (82) congiuntamente proprietari in ordine a un bene: nel caso

(81) S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 467.

(82) Nella maggior parte dei casi il diritto di proprietà inerisce allo stato di cittadino: d'altra parte, storicamente, sono chiamati al godimento dei beni comuni quelli che sono tenuti al pagamento delle imposte ed alla responsabilità collettiva del gruppo (A. SOLMI, *Sulla natura*, cit., 352, 336, 354). In periodi più antichi, il comunista godeva dei diritti sulle comunali in qualità di vicino, e cioè di capofuoco conduttore di terre (si veda oltre per ciò che riguarda lo straniero). La qualifica di comproprietario era talmente legata a quella di proprietario individuale — che a quel tempo era titolo di appartenenza alla collettività; di cittadinanza, diremmo oggi — che la proprietà collettiva fu configurata come pertinente a quella individuale: « la *sors*, il *mansus*, venivano alienati insieme a determinati diritti sui beni comuni, così che

che maggiormente ci interessa, si tratta della comunità statale, nella

proprio la quota di terra di ciascuno finisce per apparire come essa stessa partecipante alle comunalie » (P. TORELLI, *Lezioni*, cit., 18 e 22). Il fatto che il diritto di proprietà inerisca allo stato di cittadino vuol dire poi che inerisce a una comunanza necessaria e perpetua: il che comporta mancanza del diritto alla divisione della proprietà così come manca nei singoli il diritto allo scioglimento della comunità.

In secondo luogo, vengono in rilievo contenuto e caratteri del diritto dei privati sul bene. Come è noto, questa situazione soggettiva, in omaggio alla assimilazione nella persona statale del diritto di proprietà, viene definita uso comune o ordinario o generale. La concordia sulla denominazione si rompe subito quando si passa ad esaminarne il significato: vi è chi dà ad esso natura reale definendolo servitù personale di uso; chi lo definisce diritto o interesse civico a prestazione da parte dello Stato; chi lo considera come esercizio di una libertà individuale (di fatto o giuridica); chi un puro vantaggio di fatto, effetto riflesso del diritto obbiettivo; chi interesse semplice o occasionalmente protetto, di natura reale, collettivo, d'uso; chi distingue in esso un interesse civico alla prestazione dei beni e alla conservazione della loro destinazione e un diritto di libertà esplicitantesi nell'uso dei beni (G. SALEMI, *Natura giuridica dell'uso comune dei beni demaniali*, « Studi sassaresi », 1923, 81 ss. e 164 ss.; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 268 ss.; l'ultima opinione citata è dello stesso GUICCIARDI, 287 ss. (ma si veda anche 282)).

Tutte queste definizioni della situazione dei privati membri della collettività si ispirano all'orientamento « statalistico » che qui si critica poichè ciascuna di esse vede la utilizzazione del privato come permessa dallo Stato persona in veste di proprietario. Gli orientamenti esposti debbono compiere un giro vizioso per spiegare il fatto che lo Stato persona sia proprietario di beni dai quali non esso stesso ma la collettività statale trae utilità. Essi affermano lo Stato proprietario ma subito dopo spiegano che esso non ne gode; anzi, che solo soggetti diversi dallo Stato stesso ne godono. Ora, se è vero che questi beni forniscono utilità alla sola collettività e che questa sola ne è istituzionalmente la utilizzatrice, mentre lo Stato organizzazione non se ne serve se non in quanto esso stesso persona giuridica privata (e quindi non in quanto autorità) è meglio dire che le facoltà derivanti dalle pretese servitù, interessi civici, diritti di libertà, ecc. fanno parte di una situazione giuridica diversa, il diritto di proprietà. Infatti, anche chi respinge la tesi della comproprietà afferma che questa « presenta qualche lato di vero » in quanto attribuisce ai singoli non un rapporto di contrapposizione ma uno immedesimazione (S. ROMANO, *Principii*, cit., 488).

Vi è peraltro chi riconosce l'inadeguatezza della tradizionale distinzione di uso comune, uso speciale ed uso eccezionale e propone la seguente altra impostazione: vi sono casi nei quali neppure si può parlare di uso perchè l'interesse pubblico consiste nella pura e semplice conservazione dei beni e nel prevenirne la perdita e il deperimento (ad esempio, i beni di interesse artistico e storico). Gli usi in senso proprio si distinguono in usi della collettività ed usi dei singoli: si hanno i primi quando i beni pubblici assolvono l'interesse

quale i membri della collettività sono legati da vincoli di solidarietà

sociale servendo direttamente non l'amministrazione ma la stessa collettività, in persona dei suoi componenti, i quali vengono ammessi istituzionalmente a goderne in modo diretto, anche se previo pagamento di un prezzo o di una tassa o previa speciale autorizzazione. Usi particolari si hanno quando le cose pubbliche assolvono l'interesse sociale servendo immediatamente non la collettività in tutti i suoi componenti ma singoli soggetti. Secondo questa impostazione l'uso generale è interesse semplice perchè non vi è obbligo dell'amministrazione di assicurare ai singoli il godimento dei beni e, d'altra parte, il dovere ad essa imposto dall'ordinamento di curare la gestione dei beni non è giuridicamente correlato con gli interessi dei singoli. Un vero e proprio diritto i sudditi *uti singuli* hanno a che, fin quando permanga la destinazione del bene all'uso pubblico, nessun altro soggetto impedisca tale uso ad essi: « questo diritto però inerisce puramente e semplicemente alla liceità dell'uso del bene da parte di tutti, ed è manifestazione del più ampio diritto che ciascun soggetto dell'ordinamento ha di operare liberamente nella sfera del lecito » (A. M. SANDULLI, *I beni pubblici*, « Enc. dir. », 286 ss.). Esaminiamo i caratteri di questo diritto. Innanzi tutto, per ciò che riguarda la facoltà di disporre, esso è intrasmissibile e imprescrittibile. Non interessa qui accertare se questi caratteri siano sempre propri della proprietà di cui si discorre oppure no. Basta affermare che sono propri della maggior parte di tali beni. Mentre i diritti reali su cosa altrui hanno durata temporanea e si costituiscono accidentalmente, la facoltà di godimento dei beni demaniali non viene meno finchè dura la demanialità del bene: « è un modo di esplicarsi della funzione stessa alla quale il bene è destinato » (S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, 163-164).

Il fatto che il diritto di proprietà collettiva non sia trasmissibile è ben comprensibile se si riflette a ciò che prima si è detto: che — quantomeno nei casi più numerosi di proprietà collettiva, quelli nei quali la collettività sia a fini generali, Stato, regione, provincia, comune — questa situazione soggettiva è connessa alla appartenenza alla collettività (cittadinanza).

Del resto, quanto avviene nella proprietà collettiva che qui studiamo è simile a ciò che accade in casi più noti di proprietà collettiva; quella, ad esempio, dell'associazione non riconosciuta come persona giuridica sul fondo comune. Anche qui il diritto è inscindibile dalla posizione di membro sì che, quando cessi di appartenere all'associazione, il singolo membro non può ottenere una separata liquidazione e perde sul fondo ogni diritto: in caso di morte del membro, il suo diritto sul fondo comune non trapassa agli eredi (D. RUBINO, *Le associazioni*, cit., 175).

Da quello che abbiamo detto si ricava che la situazione dei membri sul bene comune non è solo intrasmissibile e imprescrittibile. Bisogna considerare, infatti, che tale è stata definita da chi riteneva trattarsi di uso e non di proprietà. Per chi ritenga, invece, che si tratti di proprietà, la situazione del proprietario nei confronti del bene di proprietà collettiva va descritta più analiticamente come segue. Finchè dura l'associazione, essendo il diritto inscindibile dalla posizione di membro, questo non può chiedere la divisione del fondo

nazionale. È chiaro altresì che ogni membro della collettività ha di-

nè ottenere una separata liquidazione, nè trasmettere *mortis causa*, nè alienare; i creditori personali di un membro della collettività non possono procedere esecutivamente sul diritto del membro sul bene comune. Insomma il bene di proprietà collettiva serve ai bisogni della associazione: i privati, in ordine ad essa, sono esclusi come singoli dal potere di disporre. Naturalmente, questa esclusione della potestà dei privati è rafforzata quando nei confronti del bene operi una riserva: questa priva i soggetti membri della collettività e gli estranei della legittimazione a divenire proprietari a titolo individuale dei beni ai quali essa si riferisce.

Passiamo alla facoltà di godimento (in generale, su questo aspetto, D. RUBINO, *Le associazioni*, cit., 189-190). In primo luogo, i privati sono liberi di usare (e di non usare) i beni di proprietà collettiva. Di fatto, l'uso è « potenziale ed episodicamente attuale » (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 53); ma ciò che più importa è l'aspetto giuridico, per cui l'utilizzazione da parte dei privati è indipendente da un permesso dell'autorità.

Naturalmente, questa tesi è in contraddizione con quella per la quale lo Stato provvede alla apertura di un libero campo di esplicazione dell'attività dei soggetti con la prestazione del bene. Ma quest'ultima tesi è basata sul presupposto — che abbiamo esaminato — che « i beni demaniali, prima dell'uso comune, sono destinati ad una funzione esclusiva dello Stato, sono goduti dallo Stato, in quanto servono allo Stato » (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 290 e 288). Chi sostiene che è lo Stato persona che apre il bene al privato, ammette anche l'esistenza di un interesse civico — sfornito di tutela giuridica — del privato alla apertura dei beni da parte della pubblica amministrazione (come ammette lo stesso E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 304 ss.).

Ma non vi è bisogno di atti di enti che aprano oppure no al godimento — e neppure di tutela contro il diniego di apertura —. Per convincersene basta esaminare le norme che dichiarano libero l'uso dei beni di proprietà collettiva da parte dei soggetti membri della collettività. Questa tesi è stata formulata da tempo, dicendosi che « alla completa discrezione del singolo deve affidarsi il momento anteriore all'uso e la decisione circa il godimento o meno della cosa. Non importa se, in seguito, la pubblica amministrazione, durante l'esercizio dell'uso, e per vigilarne, nell'interesse pubblico, il modo, intervenga, eventualmente, con atti restrittivi dell'attività individuale. La libertà deve principalmente esistere nell'istante in cui il soggetto formula il proposito d'utilizzare il bene pubblico » (G. SALEMI, *Natura giuridica*, cit., 85).

Nessuno può vietare ai cittadini di usare, nei modi prescritti, il bene. Nè la pubblica autorità, che può solo porre in essere atti di manutenzione del bene: questi possono impedire l'uso del bene solo temporaneamente e solo con riguardo a tutti i cittadini. Nè altri comproprietari o soggetti estranei alla collettività, contro i quali i comproprietari lesi possono invocare l'intervento dell'ente pubblico gestore. Dalla libertà di uso e di non uso (o di uso negativo) discende che non è indispensabile che tutti i membri della collettività usino effettivamente il bene e, d'altra parte, che — potendo tutti usare il bene — la somma di tutti i possibili usi non deve limitare nessuno

ritto all'uso in quanto tale e non in quanto persona singola; che

degli utilizzatori: se vi fosse una limitazione reciproca, sorgerebbero subito altri problemi, che esamineremo tra breve.

In secondo luogo, i privati sono liberi nel modo di utilizzare. Una volta che un determinato bene è divenuto di « proprietà pubblica », ogni singolo può utilizzarlo liberamente. Questa libertà di utilizzazione è tutelata sia nei confronti della pubblica amministrazione (nei limiti in cui alla figura di organizzazione di gestione non si sostituisce quella di autorità) sia nei confronti dei comproprietari (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 310 ss.). Vi è, cioè, in ogni comproprietario, la pretesa giuridicamente tutelata al paritario e libero uso dei beni e la pretesa negativa giuridicamente tutelata all'astensione da ogni atto che possa turbarne l'uso. Va ricordata peraltro l'opinione che « quello dei singoli all'uso dei beni demaniali si attegga come diritto soggettivo solo nei confronti di privati in quanto nessun privato può impedire ad un altro il pari uso del bene, ma non nei confronti della pubblica amministrazione, ammettendosi soltanto nei casi di uso speciale la possibilità di lesione di un interesse legittimo come anche, nel caso di divieto arbitrario, in danno di un singolo, dell'uso generale » (Cass. 20 luglio 1954, « Giust. civ. », 1954, 1802).

Molto giustamente è stato detto che « ... il termine " comune ", oltre che ai soggetti, deve riferirsi anche al modo, onde l'uso è ammesso ed esercitato giuridicamente...; l'uso è comune perchè tutti vi sono ammessi e ne godono secondo le stesse regole giuridiche, le quali stabiliscono poteri eguali e limiti eguali » (G. SALEMI, *Natura giuridica*, cit., 93). È dubbio però che la collettività proprietaria divenga proprietaria dei frutti che il bene produce, delle accessioni alla medesima, del tesoro rinvenuto.

L'utilizzazione può essere completamente libera oppure no. Casi di proprietà collettiva a utilizzazione libera sono offerti dalla proprietà collettiva (dominio collettivo) di terreni sui quali, in passato, erano ammessi gli usi più diversi, di rapina, di mero godimento, produttivi, ecc. Erano esclusi gli usi distruttivi del bene *tout court*: ma questi non vanno propriamente classificati tra gli usi, almeno per certi beni. Ma la libertà di utilizzazione può essere limitata — ed oggi è in genere limitata — in due modi. In primo luogo, dalla limitatezza di utilità che un bene può offrire. Ora, è chiaro che, a mano a mano che i beni da semplici divengono complessi (unione di più beni o di più cose) il numero dei modi di uso diminuisce, al punto che per molti beni la scelta diviene sempre più quella tra uso e non uso, non potendosi scegliere i modi dell'uso, tutti determinati dalla conformazione tecnica dei beni. Basti pensare, per fare un esempio, alla pluralità di modi di utilizzazione che offre una strada nei confronti di una autostrada. Accanto a questo limite della libertà di utilizzazione che discende dalla peculiarità dell'oggetto, ve ne può essere un altro che deriva dalla struttura del diritto. La determinazione dell'uso può essere intrinseca al bene e cioè dipendere dalle caratteristiche naturali dell'oggetto oppure può essere fissata dalla legge. Si parla in questo caso di destinazione o di funzionalizzazione del bene. Ma anche qui bisogna ricordare che « per quanto concerne la destinazione del bene, soltanto la collettività e non mai l'individuo viene in considerazione, cosicchè

questo diritto si estende a tutto il bene indistinto e indiviso; che il

non è concepibile che essa venga soppressa nei riguardi di un individuo determinato, e conservata invece per tutti gli altri» (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 282). Quando poi venga a tutti reso impossibile l'uso del bene collettivo, ad esempio per cosiddetta sdemanializzazione, non si colpisce una situazione di uno dei privati. In tal caso, infatti, è la collettività stessa che ha provveduto al trasferimento del bene allo Stato ente e ad altro soggetto (una diversa interpretazione in E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 293).

Se si escludono questi possibili limiti, l'uso del privato è libero: anzi, è addirittura indifferente perchè il privato usi il bene, a quale scopo ne goda. Sembra perfino che esso, oltre ad essere utilizzato in natura, possa essere utilizzato come fonte — indiretta — di reddito. Ad esempio, quando un privato tragga un lucro da una impresa di trasporti su strada. Si badi, però, che, in tal caso, il bene di proprietà collettiva è solo indirettamente fonte di lucro. Anzi, sarebbe meglio affermare che esso è strumento indiretto perchè il reddito è in via diretta prodotto dall'uso di beni privati agenti su beni pubblici (strade).

Questi limiti alla libertà di utilizzazione (all'esercizio della facoltà di godimento) non sono caratteristici della sola proprietà collettiva e neppure della sola «proprietà pubblica», ma ricorrono spesso nella proprietà individuale e in quella privata. Ciò vuol dire che non sono essi la caratteristica peculiare della proprietà collettiva, anche se in questa — come in altre forme di proprietà — si possono di frequente riscontrare (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., afferma che «il profilo soggettivo quantitativo ha riflessi sulla struttura della situazione giuridica di proprietà, più che sulla sua natura» (157)).

Abbiamo detto finora del diritto della collettività sui beni. Bisogna ora parlare della situazione dei soggetti estranei alla collettività nei riguardi dei beni oggetto di proprietà collettiva: ad esempio, dello straniero. La posizione dello straniero e l'uso che egli fa di beni collettivi non propri sono da alcuni spiegati come diritto civico spettante in forza di una mera appartenenza temporanea, da altri come diritto di libertà o vantaggio di fatto spettante a tutti in quanto persone; vi è chi, infine, distingue un interesse civico alla prestazione di beni demaniali da un diritto soggettivo all'uso degli stessi ed esclude, per gli stranieri, il primo ed ammette il secondo (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 300).

Si può cominciare a dire che le facoltà dello straniero non hanno nulla a che vedere con la proprietà in quanto esse non trovano fondamento nella appartenenza sua alla collettività. Come si è visto, anche nella proprietà collettiva opera quel carattere che alcuni dicono tipico della proprietà: l'esclusività. Se la proprietà è signoria generale ed esclusiva, sui beni di proprietà collettiva è esclusa la signoria di soggetti estranei alla collettività. Ne discende, in primo luogo, che lo straniero non è titolare di proprietà collettiva in quanto non cittadino. Deriva da questo che il soggetto estraneo alla collettività non concorre a porre in essere gli atti di disposizione dei beni. Egli non partecipa alla scelta delle persone titolari degli organi di decisione e quindi non con-

bene è destinato al profitto permanente del gruppo; gli utili appar-

corre alla identificazione dei beni comuni, alla eventuale loro sottoposizione a riserva, ai trasferimenti del bene dalla collettività allo Stato-persona, ecc.

Ma accade spesso che i soggetti estranei alla collettività possano liberamente usare il bene, alla pari dei privati. C'è da chiedersi se siano attributari della facoltà di godimento oppure siano solo dei liberi utenti. Ora, in questo caso, non pare che si debba far ricorso a concetti come diritti della personalità, « stato », libertà, dei quali tutte le persone — cittadini e non — sarebbero attributari. L'affermare ciò per gli stranieri vorrebbe dire sostenerlo anche per i cittadini: e questo — abbiamo visto — non è sostenibile. Più semplicemente, i soggetti che non siano membri della collettività proprietaria hanno un uso di tolleranza, che ha mero rilievo di fatto: ed in fatto non vi è alcun interesse dei membri della collettività a chiudere i beni a soggetti estranei.

Prima di terminare questo argomento, conviene considerare che la applicazione fatta della cosiddetta esclusività alla proprietà collettiva nega ogni fondamento a quel diffuso orientamento per il quale la proprietà collettiva è signoria generale ma non esclusiva e quindi non è proprietà (indicazioni in S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 159). Abbiamo visto che — se di esclusività si vuol parlare — questa esiste nel caso della proprietà collettiva ed è anzi più forte perchè opera sia nei confronti di terzi sia nei confronti degli stessi proprietari perchè non si appropriino individualmente del bene.

Gli studi sulla proprietà pubblica fanno seguire al tema dell'uso comune quello degli usi detti speciali ed eccezionali. Queste denominazioni nascondono realtà diverse e più complesse. I casi nei quali si parla di uso speciale non sono, in realtà, che delle fattispecie nelle quali il godimento del bene da parte di taluni membri della collettività è suscettibile di limitare l'uso di altri comproprietari e nelle quali quindi all'ente gestore sono conferiti poteri più penetranti in ordine alla regolazione dell'uso. I casi nei quali si parla di uso eccezionale configurano una fattispecie diversa di cui ci occuperemo più avanti.

Non va confuso con il cosiddetto uso ordinario generale o, meglio, con il diritto di comproprietà, l'uso che i soggetti fanno dei beni in proprietà collettiva, ma in quanto proprietari individuali: ad esempio, la facoltà di fare aperture prospicienti alle strade, di immettervi acqua, ecc. Questi casi attonano al tema dei rapporti tra proprietà privata e proprietà collettiva. Infatti, nessuno pone in dubbio che un soggetto membro di una collettività proprietaria possa essere anche proprietario a titolo individuale. Ora, tra il privato proprietario e la collettività proprietaria (della quale fa parte il privato) possono benissimo crearsi rapporti. Vi è chi ha detto che questi rapporti rientrano nel capitolo delle limitazioni legali gravanti sulla proprietà collettiva a favore della proprietà privata e dei corrispettivi diritti privati inerenti alla proprietà (S. ROMANO, *Principii*, cit., 491-492). Non è qui, comunque, che questo ordine di problemi deve essere trattato poichè esso inerisce ai rapporti tra proprietà privata e proprietà pubblica e non agli aspetti interni del diritto di « proprietà pubblica » che qui interessano: infatti, nei casi appena indicati i soggetti privati vengono in rapporto con i beni dei pubblici poteri non

tengono al gruppo e non ai singoli; che il bene è indivisibile e inappropriabile da terzi o dagli stessi membri della collettività singolarmente: non è quindi attaccabile da creditori di singoli membri della collettività. È chiaro, in secondo luogo, che la collettività può avere una propria organizzazione (83) che ha personalità giuridica (ad esem-

in quanto cittadini ma come proprietari. Naturalmente vi sono casi nei quali « la qualità di proprietario è una semplice condizione *di fatto*, necessaria perchè si profitti della cosa demaniale, che del resto, ove ciò fosse possibile, starebbe a disposizione di tutti » (S. ROMANO, *Principii*, cit., 493).

(83) Abbiamo già accennato al ruolo che lo Stato-persona svolge nei confronti dei beni di proprietà collettiva. Dobbiamo ora precisare le funzioni che l'ente che rappresenta una collettività svolge con riguardo ai beni della collettività (in generale, sulla gestione della comproprietà, L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., 691 ss.). E ciò è tanto più necessario perchè — come si è visto e come più distesamente diremo oltre — è nella persona dello Stato che sono di solito collocati diritti e facoltà che invece pertengono alla collettività.

Il motivo per il quale una collettività non amministra direttamente i propri beni ma ne affida la gestione all'organizzazione generale che da essa proviene è semplice: questa funzione è troppo complessa per essere svolta da un alto numero di comproprietari. Tanto è vero che le proprietà collettive per la gestione delle quali non si è ricorso a un ente sono scomparse (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 41-42). Vi è persino chi nega che vi sia proprietà collettiva quando la collettività non costituisce una persona giuridica esponenziale (S. ROMANO, *Principii*, cit., 601).

La proprietà collettiva non si esaurisce quindi nella proprietà da parte di una collettività: « i diritti adempribili sono esercitati dai cittadini *uti singuli*, non *uti universi*; soltanto non si può dire che la appartenenza al comune o all'associazione sia, per rapporto agli adempribi, un semplice modo di designazione dei titolari del diritto, perchè dalla associazione derivante tra i comunisti, anche senza personalità giuridica, emana una attività in rapporto alla cosa gravata d'uso civico; attività che si manifesta altresì in un diritto supremo di regolamento interno, e che si congiunge e si confonde col diritto dei singoli » (A. SOLMI, *Adempribia*, cit., 314).

Così anche nella proprietà collettiva di tipo germanico: « si trattava di speciali diritti di proprietà, che competevano, sia alla totalità dei soci, sia anche ai singoli, come membri di quella totalità, e a ciascuno distintamente. Infatti, sappiamo che alla totalità spettava di amministrare l'almenda e disporne, e anche di percepirne gli utili, che pur le occorreavano, se non altro per stipendiare i suoi funzionari; ma sappiamo eziandio che i proventi andavano principalmente a vantaggio dei singoli consociati, pei loro bisogni, da prima senza limiti, poi anche entro certi limiti suggeriti dall'interesse generale » (F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, III, Città di Castello, 1915, 73-74).

La proprietà collettiva resiste quindi anche al contatto con la persona

pio, ente Stato nelle comunità nazionali) oppure no. In caso positivo, ferma restando la collettività sola proprietaria ed utilizzatrice del bene, l'ente provvede ad amministrarlo, mantenerlo, regolarne l'uso, ecc.

giuridica e non viene assorbita in questa (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 210), come ritiene invece la prevalente dottrina. Nel suo più rigoroso esponente, questa è giunta al punto di riscontrare un errore « nel trascurare o nel negare il godimento immediato dei beni demaniali da parte dello Stato, quale ente astratto, e nel dare rilevanza soltanto al godimento mediato dei beni stessi da parte della collettività ». « I beni demaniali, prima che all'uso comune, sono destinati ad una funzione esclusiva dello Stato, sono goduti dallo Stato in quanto servono allo Stato... ». « Ciò equivale a dire che lo Stato si serve dei beni demaniali per un interesse suo proprio, che esso ha, cioè, quale ente astratto che rappresenta e provvede agli interessi dei suoi componenti, in quanto col loro mezzo può svolgere una funzione di garanzia dell'attività individuale dei singoli, che rientra negli scopi che gli sono propri ed esclusivi, e che pertanto esso deve necessariamente seguire » (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 288 e 289; si veda anche 260). Già altro autore aveva affermato — nel medesimo indirizzo di studi — che beni demaniali sono quelli il cui godimento da parte della pubblica amministrazione costituisce direttamente e immediatamente un pubblico servizio; beni patrimoniali indisponibili quelli di cui la pubblica amministrazione gode ma che sono solo un mezzo necessario per esplicare un pubblico servizio (D. DONATI, *Principii generali di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Padova, 1932, 175-178 e 159).

Questa concezione di un godimento da parte dell'ente Stato proprietario individuale è, si badi, estremamente coerente con la premessa che vuole requisito della demanialità la necessità del bene ad una funzione esclusiva dell'ente (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 70-75). Indicando tale requisito, si ottiene infatti l'effetto di legare il diritto e la sua definizione all'ente: ciò che è perfettamente congruente con la riduzione della proprietà collettiva in individuale. Abbiamo già detto, peraltro, che va anche considerata l'affermazione dell'autore che occorre distinguere « i beni di cui lo Stato usa direttamente da quelli di cui esso gode coll'aprirli all'uso dei singoli » (« demanio di uso pubblico ») (per un tentativo di distinzione si veda peraltro 290 n. 1 di E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit.).

D'altra parte, anche lo scrittore che, in Italia, prima di ogni altro, ha con rigore ed ampiamente sostenuto essere la proprietà dei beni demaniali dello Stato è costretto poi ad ammettere che essa è una proprietà limitata: « ... il fatto che le facoltà ordinarie del proprietario sono per gli enti pubblici, quanto alle cose demaniali, limitate dalla legge, non impedisce che il diritto sopra quelle cose sia considerato diritto di proprietà. Nè questi limiti sono molto ristretti. Infatti, gli enti pubblici godono ed usano di quelle cose in piccola parte, per mezzo dei loro rappresentanti, ed in gran parte per mezzo dei loro membri o componenti ». Ed anche se il demanio è inalienabile e imprescrittibile, l'ente può classificarlo o sclassificarlo e mutare in tutto o in

(ma non l'usa esso stesso, salvo alcune eccezioni). Naturalmente, l'ente può essere sia un ente *ad hoc* sia un ente territoriale con fini generali.

parte la destinazione all'uso pubblico. « Da tutto ciò è lecito concludere che gli enti pubblici hanno la proprietà del loro demanio, salvo le limitazioni che derivino dalle leggi e dai regolamenti » (F. CAMMEO, *Demanio*, cit., 900-901).

Gli studi di diritto pubblico hanno ormai chiarito i rapporti tra Stato comunità e Stato ente, tra comune collettività e comune ente, ecc.; non è quindi necessario illustrare il diverso rilievo che hanno nell'ordinamento giuridico la collettività organizzata e il soggetto giuridico nel quale si personifica l'organizzazione (ente esponenziale del gruppo, organizzazione-persona) (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 215; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 53). Non tutte le collettività, infatti, pur dandosi un'organizzazione, si danno personalità giuridica. Quando ciò avviene, non bisogna credere che si ha uno spostamento dell'imputazione di ogni azione all'organizzazione personificata. Anzi, questa assume funzioni serventi nei confronti della collettività di base.

Nel campo nel quale ha più estesa applicazione — quantomeno nel nostro ordinamento — la persona giuridica, il diritto privato, si è appreso da tempo che di essa non bisogna avere una concezione antropomorfica; la persona giuridica è creazione delle norme e, come tale, può a certi fini sussistere e ad altri no. Non si tratta di « disregard the legal entity » ma piuttosto di riconoscere che una collettività a certi effetti risulta personificata e ad altri no. A maggior ragione può quindi dirsi che la persona giuridica pubblica non riassume in sé tutte le situazioni soggettive della collettività. Ragionare in questo modo vorrebbe dire ripetere le impostazioni di una dottrina contro la quale già da tempo sono state rivolte ampie critiche (in generale, P. UNGARI, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963). Una conferma di diritto positivo di quanto si viene dicendo, d'altra parte, la si ricava da una attenta lettura della Costituzione che fa continui richiami a fini, funzioni, compiti sociali o pubblici che non si identificano con quelli statali.

La identificazione tra ordinamento ed ente esponenziale (M. S. GIANNINI, *Gli elementi*, cit., 228 n. 11 e *Rilievi sulla successione tra enti pubblici*, « Giust. civ. », 1958, ottobre, 1635 ss.) è, d'altra parte, il frutto di un'orientamento proprio della dottrina tedesca e di quella italiana (ma non di quella francese). Già l'idealismo, ma, poi, principalmente, la scienza positiva, dall'ottocento in poi, ha ricondotto la molteplicità di dati normativi che compongono lo Stato alla persona statale. Con una serie di identificazioni, l'interesse generale, la volontà dello Stato, la nozione stessa di Stato venivano racchiuse dentro la nozione dello Stato persona. Il quale altro non è che l'organizzazione pubblica, lo Stato-governo, lo Stato come apparato coattivo (V. CRISAFULLI, *Realtà e concetto giuridico di Stato*, « Società », 1949, fasc. 2, 221 ss.; dello stesso, *Stato e società nel pensiero di Gramsci*, « Società », 1951, fasc. 4, 595-596). Identificazioni che non possono esser ripetute senza dimenticare il significato della riaffermazione costituzionale di scopi che attengono alla so-

I problemi sorgono non appena si affaccia — come elemento distintivo della proprietà collettiva — la destinazione dei beni alla

cietà o ai gruppi che la compongono; ancor più, della disposizione per cui la sovranità appartiene al popolo.

La tesi che si critica è stata ripresa e modificata in maniera che sembra poco rigorosa dicendosi che occorre parlare di competenze diverse distribuite dentro la medesima persona collettiva, sempre una e indivisibile. E precisamente di « attribuzioni riguardanti l'uso o il godimento, da affidarsi in esercizio a tutti gli individui, uniti dal vincolo comune » (G. SALEMI, *Natura giuridica*, cit., 145). Questa tesi, che sembra risolvere il punto cruciale della ricostruzione della proprietà collettiva di marca gierkiana, propone, con linguaggio impreciso, una soluzione ambigua. Essa infatti afferma che, nell'uso comune, lo Stato non è trascendente ma immanente agli individui: in tal modo cadrebbe la non coincidenza fra il titolare del bene e i titolari dell'uso: « in tale situazione, il godimento, conseguito dagli individui, riuniti entro lo Stato, è l'uso che lo Stato fa di alcuni beni demaniali » (G. SALEMI, *Natura giuridica*, cit., 100-103). Correlativamente, di fronte all'uso comune, i singoli sarebbero da riguardarsi non individualmente ma collettivamente (G. SALEMI, *Natura giuridica*, cit., 105 e 119). L'individuo, invece, non ha alcun diritto all'uso comune: è privo della libertà di esercitare i suoi poteri; deve sottostare ai divieti e alle limitazioni di polizia; il suo consenso non è richiesto per la cessazione dell'uso comune; non può neppure disporre dell'interesse che ha sull'uso comune (G. SALEMI, *Natura giuridica*, cit., 148-154). L'autore conclude: « come lo Stato, soggetto del demanio destinato all'uso pubblico, è l'insieme degli individui ordinati giuridicamente, così il diritto di proprietà dello Stato sui medesimi beni è l'insieme degli interessi reali dei singoli su tali proprietà, influenzati dal diritto obiettivo » (G. SALEMI, *Natura giuridica*, cit., 178).

Ancora qualche cenno alla natura dell'ente e ai suoi poteri. Si afferma che i beni di proprietà collettiva possono essere in gestione solo di enti territoriali: « non può essere altrimenti perchè solo l'ente territoriale ha rappresentatività generale e possibilità di cura di interessi di universalità indeterminabili, cioè di chiunque sia nel suo ambito » (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 55). Abbiamo visto prima che il tratto distintivo di quegli enti che vengono denominati territoriali non è un loro rapporto con il territorio ma il fatto di essere enti esponenziali di una collettività. È questa la condizione perchè un ente divenga gestore di beni di proprietà collettiva. D'altra parte, lo stesso diritto positivo (l'articolo della Costituzione che prevede che titolari di beni oggetto di riserva possano essere « comunità di lavoratori e di utenti ») conferma che possono essere gestori di proprietà collettiva anche enti non territoriali (salvo che non si voglia pensare che le « comunità di lavoratori e di utenti » diano luogo a proprietà collettiva senza ente di gestione).

Abbiamo già veduto che dal bene in proprietà collettiva l'ente non trae alcuna utilità: il bene è destinato al profitto permanente del gruppo: « l'ente

collettività proprietaria e cioè un ulteriore elemento, attinente alla struttura del diritto e non agli aspetti soggettivi di esso: natural-

o il soggetto al quale appartiene il bene, deve garantire la destinazione di esso all'uso dei comunisti » (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 214).

I rapporti ente gestore-collettività proprietaria sono stati interpretati in due diversi modi. Secondo il primo, « l'attribuzione della personalità giuridica dà adito a concepire una specie di scissione interna della proprietà, per la quale il contenuto economico dei diritti degli associati non è per nulla diminuito, e all'ente viene attribuito un complesso di facoltà tendenti al regolamento della vita e della funzione dell'ente. Val quanto dire si riscontra una situazione di proprietà divisa: quella sostanziale, di natura collettiva, compete ai singoli che compongono la associazione; a quest'ultima, come autonomo oggetto giuridico, compete invece una sorta di proprietà formale, che rivela chiaramente un carattere funzionale rispetto a quella sostanziale dei singoli » (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 218). Secondo altri, « l'ente, nei suoi organi, è un amministratore del bene collettivo »: l'ente è « un semplice strumento giuridico della volontà degli associati, della quale si richiede una manifestazione per ogni atto che possa aver effetti, anche mediati, sul bene capitale » (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 41-42; si veda anche pag. 44). La gestione del bene collettivo da parte dell'ente territoriale è legale e necessaria: è il legislatore che l'ha istituita (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 53-54).

Che l'ente abbia una funzione di mera amministrazione si nota se si pone mente al vincolo al quale è legato: esso può agire solo in base alla legge e solo nell'interesse dei proprietari. Ciò, d'altra parte, è comprensibile se si pensa che lo Stato persona non ha un interesse diretto al bene. Un interesse diretto è quello dei proprietari e questi — a loro difesa — pongono delle regole di gestione. I due caratteri sono quindi: imposizione di regole di gestione da parte della collettività (tramite i suoi organi rappresentativi); tutela dell'interesse di tutti i proprietari.

Un esame della posizione dell'ente gestore che andasse al di là di questi cenni comporterebbe una analisi (che qui non è possibile fare) innanzitutto sulla stessa nozione di situazione soggettiva finale (su cui, per tutti, M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1964, 44 ss. (estr. da « Riv. dir. proc. »)). Sul problema dell'ente gestore come « custode » del bene e tenuto ad aprire la cosa al pubblico, V. SCIALOJA, in *Studi giuridici*, III: *Diritto privato*, I, Roma, 1932, 263 e 265 (dove un cenno anche al processo di centralizzazione della amministrazione dei beni pubblici) e A. DE VALLES, *Inalienabilità del demanio pubblico*, « Riv. dir. pubbl. », 1914, settembre-ottobre, II, 413 ss.. Si veda inoltre Cass. 7 giugno 1954 n. 1836, « Foro it. », 1954, I, 1252 (che definisce la posizione dell'ente gestore di strade). Cenni meno sommari di quelli ora fatti richiederebbero anche un riesame dei più antichi orientamenti per cui l'ente gestore era obbligato ad aprire la cosa al pubblico e una considerazione della storia dell'amministrazione del demanio che seguiti le vicende generali dell'amministrazione e si andò sempre più centralizzando:

mente, anche qui bisogna distinguere tra coloro che identificano tale elemento, attinente alla struttura del diritto, nella destinazione del patrimonio agli scopi collettivi e coloro che parlano, più corretta-

cenni nei due sensi in A. DE VALLES, *Inalienabilità del demanio pubblico*, « Riv. dir. pubbl. », II, 1914, 413 ss. e in V. SCIALOJA, *Del demanio pubblico dello Stato e Sulla proprietà delle cose appartenenti al demanio pubblico*, *Studi giuridici*, III: *Diritto privato*, I, Roma, 1932, 263 e 265.

Si veda anche F. ALIQUÒ, *Enti pubblici amministratori di beni e di diritti civici*, « Riv. dir. agr. », 1949, aprile-giugno, 107 ss.; dello stesso autore, *Della proprietà collettiva civica o demaniale civica*, nella stessa rivista, 1949 e 1950, 336 ss. e 22 ss.

Cade invece a proposito un cenno al cosiddetto uso speciale. Si dice che fa parte dell'uso normale perchè corrisponde alla sua destinazione; ma differisce dall'uso comune perchè non è permesso a tutti ma solo a persone determinate. In questo caso vi sarebbe un interesse diretto e personale. L'uso speciale è basato su autorizzazione o licenza. È stato giustamente sottolineato che gli usi che richiedono una autorizzazione sono usi normali e consistono in facoltà di godimento potenziali che diventano attuali per mezzo di un atto di autorizzazione della autorità, atto che crea nel singolo utente la facoltà di esercizio delle sue facoltà d'uso. Non diverso è il caso delle facoltà attuali ma che debbono essere riconosciute e dichiarate dall'autorità pubblica. Nei diritti di uso comuni a tutti, ma potenziali l'autorità interviene come regolatrice dell'esercizio del diritto e per rendere attuale la facoltà d'uso; nell'altro dei casi descritti, interviene anche per riconoscere l'esistenza dei requisiti e condizioni, che l'atto di destinazione stabilisce per l'acquisto del diritto di uso. La ragione della autorizzazione starebbe nel garantire i terzi dei danni che l'uso potrebbe recar loro e di ottenere da essi di permettere l'uso (O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., II, *I beni demaniali nel diritto italiano*, 62; III, *Teoria*, 206 e 233-234). Da alcuni l'uso speciale è stato definito utilizzazione individuale e non collettiva (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 56-59).

In realtà v'è il cosiddetto uso speciale quando si hanno utilizzazioni suscettibili di violare il diritto dei comproprietari. In tal caso, non vi è qualcosa di diverso dall'« uso generale » (proprietà ed uso collettivo): la situazione del privato non cambia; si modifica invece la funzione dell'ente regolatore dell'uso: questo ha poteri speciali di controllo. Una prova del fatto che l'elemento di distinzione sta nell'ente e non nella situazione del privato è data dal fatto che quando non vi è ente gestore e solo proprietà collettiva non v'è luogo a cosiddetto uso speciale.

Non si ha cosiddetto uso speciale quando per l'uso del bene si sia tenuti alla corresponsione di un pedaggio (come pensa G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1955, 34): in questo caso al bene si sovrappone una impresa (ricorre ad altri criteri per giungere alla stessa conclusione E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 328-329): si è quindi fuori del tema che qui interessa.

mente, di proprietà di godimento o di lavoro collettivo, in cui viene in primo piano l'uso che la cosa permette (84).

(84) Già in passato, dinanzi a difficoltà costruttive dette «quasi insolubili», è stata addotta l'univoca destinazione di questo patrimonio agli scopi collettivi (non agli scopi dei singoli), ammettendosi che sul patrimonio gravi un vincolo o onere reale, diretto al soddisfacimento di quegli scopi e limitante i diritti dei membri del gruppo (L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, cit., 175). Al primo esame sembra che, dinanzi alla indubbia difficoltà di costruire una situazione soggettiva con più soggetti, fare appello ad una «funzionalizzazione» del bene voglia dire aggirare l'ostacolo: ricorrere ad elementi che riguardano la struttura del diritto o le peculiarità dell'oggetto, là dove il problema da risolvere è quello dei (più) soggetti.

Diversa è, naturalmente, la valutazione da dare all'opinione di chi sosteneva, ma in sede di riforma legislativa: «non l'interesse generico a ritrarre dai beni una qualsiasi utilità, sibbene l'interesse di farne un determinato uso, di trovare in essi lo strumento per ritrarre utilità dal proprio lavoro, è quello che si intende di assicurare. Il mantenimento di questa destinazione, che costituisce la ragione prima della attribuzione della proprietà alla collettività degli abitanti, e che sola giustifica una coazione giuridica perchè ad una collettività la proprietà rimanga, viene confidato a quelli che lavorano, rendendolo, col diritto di preferenza e di esclusione degli altri, conforme al loro proprio interesse» (G. VENEZIAN, *Necessità e criteri di una legislazione sugli usi civici per le varie regioni d'Italia, Opere giuridiche*, cit., 346; dello stesso, *Del disegno di legge*, cit.). Di recente, in quest'orientamento si è scritto: «nella proprietà individuale... il tratto saliente è costituito dall'appartenenza della cosa al soggetto, il quale si appropria di tutte le utilizzazioni della cosa stessa»; «nella proprietà collettiva invece il tratto saliente non è l'appartenenza della cosa, ma il godimento di servizi che la cosa rende o è idonea a rendere se convenientemente impiegata». Quindi la proprietà collettiva è caratterizzata per il suo contenuto, meno ricco di quello della proprietà individuale. La proprietà collettiva è sempre o una proprietà di godimento o una proprietà di lavoro collettivo; in essa l'appartenenza e la disposizione hanno un rilievo secondario. «Gli istituti della proprietà collettiva sono quindi profondamente diversi da quelli della proprietà individuale, non per ragioni estrinseche di esistenza di molti o pochi soggetti che ne beneficiano, ma per ragioni intrinseche di tipo di utilizzazione a cui sono assoggettabili» (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 33-34 e 36).

Naturalmente nei confronti di un terzo e degli eventuali suoi tentativi di appropriarsi della cosa viene in rilievo il tratto della pertinenza del bene ad una collettività determinata che farà valere il fatto che il bene spetta ad essa e ad essa sola, con esclusione di ogni altro individuo, collettività o persona fisica. Forse la pertinenza ha poi rilievo anche se si esamina la collettività al suo interno. Questa infatti farà valere il fatto che il bene è di sua pertinenza anche nei confronti dei membri stessi della collettività proprietaria che volessero appropriarsene a titolo individuale. A ben riflettere, infatti, tutta l'azione legislativa di eversione dei diritti collettivi ha agito permettendo l'appropria-

3. Nulla esclude, ancora, l'ipotesi che intervenga riserva in ordine a certi beni senza che i pubblici poteri o gli altri soggetti legittimati assumano la proprietà di tali beni. Si ha una riserva alla quale non consegue l'assunzione del diritto. Il caso sotto il quale questa fattispecie è più facilmente visibile è quello delle *res communes omnium*.

Per alcuni beni è stato in passato discusso se fossero da annoverarsi tra quelli demaniali o tra le *res communes omnium* (1). Queste per alcuni « non possono essere assoggettate alla signoria esclusiva di nessuna singola persona perchè inapprensibili, ma il loro uso è aperto a tutti ed ognuno può divenire proprietario di una parte, separandola dalla massa » (2).

Il fatto che vi siano controlli pubblici dell'uso si spiegherebbe con il diritto di sovranità dello Stato; per esempio, così si spiegherebbero,

zione a titolo individuale dei beni di dominio collettivo: appropriazione individuale sia di privati sia di enti pubblici (prima solo gestori). In questo senso, anzi, può dirsi che nella proprietà collettiva il profilo della pertinenza risulta arricchito nei confronti della proprietà individuale, dove esso può essere fatto valere solo nei confronti dei terzi.

Va anche segnalato il fatto che nell'alto medioevo, nella zona di maggiore espansione della proprietà collettiva, ricorrono le espressioni « dominus », « alienus », « suus » che non possono spiegarsi se non col fatto che anche nella disciplina della proprietà collettiva aveva rilievo la pertinenza. Non, s'intende, la pertinenza a titolo di proprietà individuale, ma quella a titolo di proprietà collettiva: come pertinenza alla collettività nei confronti (con esclusione) di altra collettività o della proprietà individuale di singoli membri della stessa collettività (J. M. KULISCHER, *Storia economica del medioevo e dell'epoca moderna*, Firenze, 1955, 42; si veda anche 49-53).

D'altra parte, nel diritto intermedio e negli ordinamenti italiani preunitari, certamente la proprietà collettiva era dominata da un profilo attinente all'oggetto: essa è o incolta o a coltura estensiva (P. TORELLI, *Lezioni di storia del diritto italiano - diritto privato - la proprietà*, Milano, 1948, 25). Si comprende che le caratteristiche dell'oggetto permettessero un solo tipo di utilizzazione: quella di godimento o lavoro collettivo. C'è da chiedersi se questo può più dirsi per le forme moderne di proprietà collettiva. Tanto è vero, che gli « usi civici » o i « diritti privati di collettività » sono da alcuni ritenuti di « natura molto diversa » dalla proprietà collettiva proprio per il loro carattere: il loro contenuto è essenzialmente economico e consiste nella partecipazione ai frutti e agli usi » (S. ROMANO, *Principii*, cit., 596-597).

(1) Per il mare territoriale, E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 106 n. 2.

(2) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., II, *I beni*, cit., 46 (dell'estr.).

con riferimento al mare territoriale la riserva della pesca lungo le coste, il diritto di sottoporre la pesca a regolamenti per la conservazione delle specie, le concessioni di diritti speciali di pesca, ecc. (3).

Altri parla di « generica appartenenza in senso metagiuridico »; « tutti certo possono godere di tali cose, ma il godimento non si concreta in un diritto tutelato dalla legge » (4). Altri ha dubitato che possa parlarsi di cose comuni con riferimento al mare territoriale, allo spazio aereo, ecc. perchè questi possono essere oggetto di diritti di sovranità, polizia, ecc. dello Stato. Ammesso che, nondimeno, si possa parlare di cose comuni, esse sarebbero l'unico caso di cose fuori commercio per natura e non per disposizione di diritto pubblico (5). Altri (6) ancora ha affermato che carattere distintivo delle cose co-

(3) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., II, *I beni*, cit., 21-22 (dell'estr.).

(4) B. BIONDI, *I beni*, Torino, 1956, 181.

(5) F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ristampa delle lezioni del 1911-14), 451.

(6) A. DE VALLES, *Demaniale e diritti reali*, « Riv. dir. pubbl. », 1913, fasc. I-II, 6-8 e 16; di inappropriabilità in senso naturale — come si è visto — si è parlato anche per ciò che riguarda il regime giuridico dei beni demaniali; una ulteriore riprova della insussistenza di una inappropriabilità in senso naturale è fornita dagli studi internazionalistici sul regime giuridico dell'alto mare, per il quale anche è stata avanzata tale tesi. Ora, a parte il fatto che nel caso del mare più che di inappropriabilità si dovrebbe parlare di non estensione della sovranità, par giusto il ragionamento di chi afferma che « l'illiceità internazionale di una espansione della sovranità statale sull'alto mare va ricondotta e dipende... dalla norma che dispone l'irradiazione della sovranità territoriale sul mare e ne fissa i limiti; e non da una norma che specificamente vieti l'espansione suddetta »; « ...una valutazione intesa a vietare, come si usa dire, "l'appropriazione" dell'alto mare da parte dei singoli Stati potrebbe avere un significato pratico soltanto qualora nell'ordinamento internazionale avessero vigore, oltre alla norma relativa all'irradiazione della sovranità statale sul mare "territoriale", delle altre norme, le quali prevedessero la possibilità dell'affermazione della sovranità territoriale anche rispetto ad una qualsiasi zona di mare. Ma norme siffatte — di fronte alle quali il presunto divieto di appropriazione del mare aperto funzionerebbe o avrebbe funzionato come un limite — non ne esistono e non ne sono mai esistite... » (M. GIULIANO, *I diritti e gli obblighi degli Stati*, I, Padova, 1956, 353-354); critiche pertinenti alla nozione di inappropriabilità intesa in senso naturale in G. BARILE, *I diritti assoluti nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1951, 160 ss.; sulla « inappropriabilità dei territori internazionalizzati », A. MARAZZI, *I territori internazionalizzati*, I, Torino, 1959, 93 ss.).

Sull'aria come « res communis omnium », B. BRUGI, *Della proprietà*, I, Napoli-Torino, 1923, 450 ss.

muni a tutti è il fatto che esse sono fisicamente, naturalmente, inappropriabili, laddove per le cose pubbliche la inappropriabilità sarebbe di diritto; e ciò per « la suscettibilità delle cose pubbliche e l'insuscettibilità per le comuni, di qualsiasi impronta permanente dell'arte umana, causa economica della proprietà ».

Di recente si è detto che, per le cose comuni, ricorre proprietà collettiva. Però, lo stesso autore ha poi affermato, con riferimento al mare costiero, che questo è assoggettato ad una potestà dello Stato « la quale assume quale elemento caratterizzatore non un dato spaziale ma un dato funzionale, che è l'attitudine della zona marina ad essere utilizzata da parte della collettività territoriale costiera »; « la potestà statale è una potestà di polizia, volta a disciplinare non la cosa, ma gli usi della cosa da parte della collettività ». E, con riferimento a tutta questa categoria di beni, che questa « è una proprietà collettiva libera, nel senso che le situazioni soggettive di potere e di diritto sulla cosa non sono disciplinate, neppur anzi esistono. Chiunque può liberamente godere le utilità quantitativamente illimitate della cosa, sol che nello svolgimento della propria attività si attenga a certe norme di convivenza stabilite dalle leggi dello Stato; questo, per parte sua, non è neppure amministratore della cosa comune...; è autorità di polizia che interviene solo affinché si rispettino le regole di convivenza » (7). E allora, se così è, tanto vale affermare che non vi è più proprietà, ma solo riserva. Solo che, non potendo nessuno divenire proprietario (8) ed essendo d'altra parte i beni sottoposti a

(7) M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 39, che segue l'opinione di B. CONFORTI, del quale si veda principalmente *Le convenzioni di Ginevra sul « diritto del mare »*, Comunicazioni e studi, 1957, vol. IX, spec. 207 ss. Sulla sovranità territoriale dello Stato sui mari adiacenti come « una mera irradiazione della sovranità statale entro e rispetto alla terraferma e alle acque interne », si veda M. GIULIANO, *I diritti*, cit., spec. 278 ss.

(8) In quanto si dice nel testo è implicita la « distinction between free goods over which no restrictive control is exercised and those over which the state holds control to the extent that it will not allow private persons to gain exclusive control over them » come afferma R. T. ELY, *Property and contract in their relations to the distribution of welfare*, New York, 1914, 97-100.

questo regime in libero godimento, il legislatore deve regolarne il godimento (9).

Vedremo poi se questa fattispecie può essere applicata ad altri beni oltre che alle cose comuni. Resta da delineare con maggiore precisione la fattispecie.

A) Sia chiaro in primo luogo che qui non si ha proprietà nè di privati nè dei pubblici poteri nè di collettività. L'esame della fattispecie serve a porre in luce forme di uso dei beni che non conseguono alla pertinenza del bene al soggetto o alla collettività che ne usa. In altre parole, in questo caso si è in presenza di soggetti che — pur non essendo titolari del diritto — godono di alcune delle principali facoltà che del diritto sono il contenuto.

Naturalmente, sarebbe un erroneo formalismo quello di escludere questo tema dalla indagine sulla proprietà pubblica perchè qui non ricorre quello che viene ritenuto « contenuto minimo » della proprietà che consiste nell'appartenenza del bene. D'altra parte, conviene tener conto del fatto che la stessa definizione di proprietà come appartenenza, cioè per il minimo denominatore comune, ricorrente in ogni forma di proprietà, non è immune da critiche. Ci si può cioè chiedere se conviene chiamare proprietà quelle situazioni nelle quali, a causa della dissociazione tra pertinenza e uso (o, come correntemente si dice, tra proprietà e controllo) il contenuto vero della proprietà, l'uso o godimento, è escluso in parte o totalmente al soggetto al quale, pure, il bene pertiene per essere affidato ad altri non « proprietari » ma « controllori ». Anche senza entrare, con la ricchezza di dettagli che sarebbe necessaria, nel vivo di una questione tanto ardua quanto la stessa definizione di proprietà (o delle proprietà), non si può non rilevare che la funzione della pertinenza nella proprietà privata individuale è quella di indicare il soggetto che ha l'uso del bene. È questo requisito necessario nel caso della proprietà di mero uso? E

(9) Ciò è affermato dalla giurisprudenza affermandosi che il mare è cosa comune a tutti nel senso che tutti possono servirsene per i loro bisogni, ma non una cosa spettante in comunione a tutti; e che esso è libero a tutti ma è soggetto alla sovranità dello Stato (si veda Cass. 2 marzo 1944, « Giur. Cass. civ. », 1944, 275).

addirittura non potrebbe questa domanda porsi per la proprietà collettiva, specialmente là dove si sia in presenza di collettività molto vaste o aperte? D'altra parte, godono le forme di uso non contraddistinte dalla pertinenza degli strumenti di tutela disposti per la proprietà individuale? (10).

La interpretazione dell'art. 42, comma I, permetterebbe di chiarire un altro aspetto di questo problema, sia pur sotto un profilo meramente esegetico. Da tale norma potrebbe trarsi la conclusione che la Costituzione indichi come tratto caratteristico della proprietà l'appartenenza di un bene a un soggetto. La Costituzione, pur senza indicare un contenuto minimo della proprietà, indicherebbe una condizione minima perchè si possa parlare di proprietà: l'appartenenza. Ma, d'altra parte, una volta che si sia affermato che la proprietà abbia un indice minimo di riconoscimento costituito dall'appartenenza, occorrerebbe poi definire tale appartenenza. E questa può esser intesa come sinonimo della titolarità del diritto, che può ritrovarsi in qualsiasi diritto, che come tale appartiene al solo titolare (sì che si è detto che in tal modo appartenenza ha valore meramente descrittivo e non tecnico, come il termine spettanza) (11).

(10) Sulla « property for use » e sulla « property for power », F. S. PHILBRICK, *Changing conceptions of property in law*, « Univ. Pennsylvania Law Rev. », 1938, marzo, 697 e gli scritti di Menger e di Wagner ivi cit. È poi interessante notare che alcuni autori americani parlano dei beni pubblici come beni sui quali si ha una « retention of control » (da parte dello Stato): si veda ad esempio, l'ottimo volume di M. S. McDUGAL D. HABER, *Property, wealth, land: allocation, planning and development*, Charlottesville, 1948, 89-90. Una « proprietà » in ordine alla quale non vi è pertinenza ma mero uso è *The new property* di cui parla C. A. REICH (« Yale Law Rev. », 1965, april, 733-787), costituita dalle « governmental largess », che non danno luogo al sorgere di un diritto (su questo tema si veda anche H. LINDE, *Justice Douglas on freedom in the Welfare State - constitutional rights in the public sector*, « Washington Law Rev. », 1964, e 1965, n. 39 e 40, spec. 24 ss.).

(11) Si veda, per tutti, U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 13. Si veda peraltro S. PUGLIATTI, *Il trasferimento delle situazioni soggettive*, Milano, 1964, 9 che parla della proprietà di beni come titolo di appartenenza. Sulla nozione di appartenenza in relazione a quella di proprietà, con riferimento alla disciplina delle cose incorporali nell'abrogato codice, B. BRUGI, *Della proprietà*, I, cit., 415 ss. e spec. 441, dove afferma che niente di preciso si può ricavare dal termine appartenenza.

B) Per ciò che riguarda l'analisi della fattispecie sotto il profilo dei soggetti nulla c'è da dire di diverso da quanto si è detto, per ciò che riguarda i privati. Per ciò che riguarda i pubblici poteri, si può dire solo che essi in questo caso non fanno uso della capacità, di cui sono titolari, di divenire proprietari.

Bisogna però aggiungere che in questo caso si comprende meglio la forza dell'esclusione operata con la riserva e la differenza tra questa e l'esclusione che discende dall'essere un bene attualmente in proprietà di un ente o di una collettività. Nella fattispecie di riserva in ordine a beni sui quali i pubblici poteri non assumano la proprietà l'efficacia della riserva è visibile — per così dire — allo stato puro perchè non opera l'esclusione derivante dalla titolarità del diritto sul bene: il bene resta senza proprietario, senza cioè che sorga esclusività derivante da proprietà e che vi sia un soggetto che possa farla valere. Resta invece l'esclusione conseguente alla riserva ed opera proprio escludendo che vi sia chi possa operare l'esclusione: una esclusione — se così si può dire — di secondo grado, che garantisce, in questo come in altri casi, il raggiungimento del fine, voluto dalla Costituzione, di rendere accessibile la proprietà a tutti.

Si badi peraltro che questo aspetto dell'esclusione in ordine ai beni in uso comune a tutti non viene solitamente in rilievo per un fatto molto semplice: che i beni in uso comune a tutti esistono in quantità tali in natura che raramente sorge un problema di uso che comporta l'esclusione del contemporaneo uso di altri. E purtuttavia il problema sussiste: si pensi all'esempio delle concessioni di pesca (necessarie proprio perchè possono comportare l'occupazione stabile di uno specchio d'acqua e quindi l'esclusione del passaggio di altri).

V'è solo da aggiungere che qui, probabilmente, non c'è possesso. E quindi non opera la disposizione dell'art. 1145. Ciò che, del resto, dovrebbe essere chiaro se si riflette sul fatto rilevato, che i beni di cui si parla esistono in tale abbondanza che non v'è un interesse all'appropriazione da parte di privati a titolo individuale.

4. In ordine a certi beni, può esservi riserva e gestione o uso da parte di singoli privati. Le linee essenziali della fattispecie sono: il

bene è inappropriabile da parte dei privati; tuttavia taluni di essi possono, per concessione dell'ente pubblico, godere in via esclusiva del bene.

A) Questa fattispecie è talvolta esaminata sotto un profilo diverso da quello soggettivo: si afferma, infatti, che qui si è in presenza di un uso eccezionale (1) poichè il bene viene adoperato in modo diverso da quello al quale è destinato; si è al di fuori della destinazione principale (o normale o generale) del bene. In questa impostazione sembra di poter riscontrare un residuo di quella concezione oggettivistica della disciplina dei beni che abbiamo prima cercato di criticare. L'attribuzione del carattere di normalità o di eccezionalità sembra infatti intesa in senso naturalistico, quando attribuita all'uso del bene, come se fosse proprio delle caratteristiche naturali del bene di essere usato in certo modo, mentre gli « usi eccezionali » si discosterebbero da tali modi di uso perchè meno frequenti o meno atti a realizzare fini propri della collettività. Contro una concezione di questo tipo, si potrebbe quindi chiedere perchè sia qualificato ancora eccezionale l'uso di acqua pubblica al fine di produzione di energia elettrica a fronte di quello della navigazione quando lo sviluppo delle tecniche ha mostrato che i corsi d'acqua sono più utilmente e più spesso utilizzati per fini di produzione di energia che per fini di navigazione (2).

Il criterio della normalità e della eccezionalità sembra più agevolmente spiegato se si fa riferimento ai soggetti: eccezionale è quel-

(1) La dottrina distingue usi comuni, usi speciali e usi eccezionali. Questa concezione — si è detto (A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 287) — è inadeguata perchè spesso, attraverso usi particolari, consentiti a mezzo di concessioni, viene realizzata una funzione primaria (o comprimaria) del bene pubblico e perchè gli usi per i quali sia previsto un particolare atto permissivo sostanzialmente non si differenziano dall'uso comune. Secondo lo stesso autore, occorre distinguere usi generali da usi particolari dei beni pubblici e tra questi secondi comprendere gli usi cui vengono ammessi, *uti singuli*, i beneficiari di specifici provvedimenti di concessione.

(2) F. BENVENUTI, *Il demanio fluviale*, « Il diritto marittimo », 1961, 478; in generale, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 72.

l'uso col quale un privato sottrae ad altri l'uso. Il metro per giudicare l'eccezionalità, cioè, non è tanto nel tipo di uso ma nel fatto che gli « usi eccezionali » comportano un godimento del bene in via esclusiva.

Noi abbiamo visto che la Costituzione prevede la possibilità di disporre la privazione di legittimazione alla titolarità di proprietà allo scopo di rendere « accessibili a tutti » intere categorie di beni. Ed abbiamo veduto che tale scopo si realizza o quando collettività divengano proprietarie di beni ai quali si riferisce la riserva o quando su tali beni venga lasciato un libero uso da parte di tutti (ipotesi della proprietà collettiva e del mero uso di cose comuni a tutti) (3). Ora, nel caso degli « usi eccezionali », si ha — al contrario — che beni sottoposti a riserva siano accessibili solo a taluni soggetti: quelli che abbiano ottenuto una concessione. È questo il fondamento della eccezionalità. Uso « normale », è, al contrario, quello che permette il contemporaneo uso di tutti gli altri soggetti, quello cioè che realizza appieno lo scopo indicato dalla Costituzione. Non è vero quindi che esistano usi eccezionali: questa è solo una espressione breve per indicare usi che comportano un'eccezione alla regola che i beni sottoposti a riserva debbono essere accessibili a tutti. D'altra parte, nella più antica dottrina è comune il rilievo che caratteristica dell'« uso eccezionale » è la sottrazione di una quantità di bene all'uso comune e una diminuzione della possibilità di soddisfare i bisogni che gli altri possono avere (4). Caratteristica dell'« uso eccezionale » è quindi la limitazione o la esclusione di altri dall'uso (5). Tanto è vero che

(3) Con i riferimenti fatti all'art. 42, è chiaro che ci si riferisce, d'ora in poi, nel testo, alle sole concessioni di beni. Per le concessioni di impresa o aventi attinenza ad impresa, invece, siamo in un ordine di nozioni parzialmente diverso, come è messo in luce dal fatto che in ordine alle imprese vi è una riserva che ha effetti diversi (come è dimostrato dal fatto che non è disposta al fine di rendere accessibile a tutti l'oggetto della riserva); e come è dimostrato dal fatto che nel caso di impresa si tratti di attività e non di beni.

(4) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., II, *I beni*, cit., 68 ss.; III, *Teoria*, cit., 29.

(5) Infatti la giurisprudenza ha affermato che è una condizione essenziale delle concessioni di suolo pubblico quella che esse « non rechino intralcio alla viabilità che è la prima ed essenziale funzione delle strade pubbliche » (C. S., V, 12 febbraio 1965, n. 126, « C. S. », 1965, I, 258). Di più, la

si dice essere impropria la definizione di « uso eccezionale » per un uso che non comporta limitazione per il proprietario: ad esempio, derivazioni a favore di privati sopra corsi d'acqua che, per la loro esiguità, non sono adatti alla navigazione nè ad altra utilizzazione pubblica (6). Ora si comprende perchè è necessario trattare qui il problema dei cosiddetti « usi eccezionali ».

B) Definiti così gli « usi eccezionali » si comprende che « usi eccezionali » non si dànno su beni che non debbono essere accessibili a tutti; che cioè non si può parlare di « usi eccezionali » se non là

giurisprudenza ha affermato che non necessariamente l'uso cosiddetto eccezionale comporta esclusione dell'uso cosiddetto comune: dove non sia espressamente previsto dall'atto di concessione, si deve ritenere che « permanga a favore della collettività, sia pure con le limitazioni derivanti dalla normale estrinsecazione delle facoltà concesse, l'uso comune, e cioè l'uso conforme alla generale destinazione del bene, riconosciuto indifferentemente a tutti i cittadini senza bisogno di un particolare atto amministrativo » (Cass., II, 10 maggio 1965, n. 870, « Foro it. », 1965, I, 1592, che di conseguenza negava che il concessionario potesse esercitare l'azione di manutenzione a norma dell'articolo 1145 del cod. civ.).

Problemi diversi sono quelli del rispetto della integrità di beni demaniali diversi da quelli concessi in uso e dei diritti dei terzi sugli stessi e della cosiddetta sottensione in materia di acque (su questi ultimi, si veda la giurisprudenza in « Avv. gen. dello Stato », *I giudizi di costituzionalità e il contenzioso dello Stato negli anni 1956-1960*, II, Roma, 1961, 233-234 e 251-253 e l'analoga relazione per il periodo 1961-1965, II, Roma, 1966, 221).

Nei riguardi del vecchio progetto del 1937, si era osservato che « non è possibile concepire in generale le concessioni di uso su cose demaniali come un limite all'uso pubblico delle medesime, poichè, per molte cose pubbliche, come le acque pubbliche e le miniere (se di queste si ammette la demanialità) la funzione della cosa si attua per mezzo di concessioni di derivazione (acque) o di coltivazione (miniere) » (O. RANELLETTI, *Su le disposizioni del progetto del libro II del codice civile, concernenti le « cose pubbliche »*, « Foro it. », 1938, IV, 111); ma più correttamente, altri affermava: « sono gli usi eccezionali che, al loro sorgere e in ogni momento successivo, sono condizionati alle esigenze della destinazione principale del bene, sì che quando queste lo richiedono possono essere senz'altro parzialmente o completamente sacrificati. Il che suole esprimersi col dire che solo il sovrappiù delle utilità che il bene pubblico consente, una volta soddisfatto il pubblico interesse corrispondente alla destinazione principale, può essere aperto al godimento da parte di singoli cittadini » (E. GUICCIARDI, *La proprietà pubblica nella riforma del codice civile*, « Arch. dir. pubbl. », 1938, 388).

(6) G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 36.

dove vi dovrebbe essere — come regola — il libero accesso di tutti all'uso del bene. Gli « usi eccezionali » si riscontrano quindi solo su beni sottoposti a riserva (7) e consistono in deroghe allo scopo per il quale la riserva è disposta. Questo può essere dimostrato anche per altra via, esaminando il fondamento del potere della pubblica amministrazione di ammettere tale deroga. Presupposto perchè un ente pubblico possa porre in essere una concessione è — per antica ammissione della dottrina — il « carattere monopolistico » dell'attività o del bene che ne costituisce l'oggetto: « le concessioni in senso proprio hanno per oggetto una facoltà *propria* dell'amministrazione, cioè che soltanto l'amministrazione *come tale* può esercitare o conferire »; e infatti « il campo su cui normalmente essa ha luogo è appunto quello del demanio pubblico » (8). Una « competenza esclusiva » non

(7) Secondo un orientamento della giurisprudenza, solo i beni demaniali e i beni patrimoniali indisponibili possono essere oggetto di concessione, mentre i beni patrimoniali disponibili sono soggetti ad ogni effetto alla disciplina di diritto privato. I beni patrimoniali disponibili e i servizi il cui esercizio è libero e che la amministrazione può gestire solo in concorrenza, non possono essere oggetto di concessione. Le concessioni di servizi sono caratterizzate dal fatto che attribuiscono il diritto esclusivo ad esercitare determinate attività in ordine a servizi, che sono in via esclusiva riservate e che di conseguenza in tanto divengono oggetto di concessione in quanto siano esercitate dal concedente in regime di monopolio (in questo senso Cass., III, 12 giugno 1963, n. 1575, « Giust. civ. », 1964, I, 387 seguita da Cass., III, 9 aprile 1964, n. 811, « Foro amm. », 1964, I, 268).

(8) U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, « Studi di diritto pubblico », I, Roma, 1937, I, 307; *contra*, G. BERTI, *Autorizzazioni e concessioni in materia di esercizio di scuole*, « Giur. it. », 1960, I, 2, 12-13 (dell'estr.). Non si vuole qui affrontare il problema se si dia concessione solo riguardo a beni demaniali. Afferma che non è vero che tutte le concessioni amministrative versino su beni demaniali C. VITTA, *Il diritto dello Stato sulle miniere*, cit., 36-37; che si diano concessioni anche su beni patrimoniali indisponibili afferma E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 376. Ma in proposito va osservato che non può darsi per dimostrato che vi siano concessioni amministrative vertenti su beni non demaniali se non si esamini prima quale sia con precisione l'oggetto di tale concessione; infatti, può benissimo darsi che oggetto della concessione sia una attività che implica l'uso del bene: ma l'attività è riservata e il bene no; e, in tal caso, resterebbe fermo quanto detto nel testo circa il fatto che la concessione segue ad una riserva. D'altra parte, chi non fosse d'accordo con quanto detto potrebbe pur dire che esistono specie diverse di concessione; meglio — e più correttamente —

vi è quando l'ente pubblico non abbia un « monopolio » perchè in tal caso — si afferma — l'attività del privato concessionario « si presenta come un'attività che il privato può sempre esercitare in base al suo diritto di libertà economica, non essendo riservato in esclusiva ad alcun soggetto » (9). Che cosa vuol dire che la concessione ha il proprio fondamento nel monopolio o in una competenza esclusiva dell'ente se non che non può esservi concessione quando non si sia previamente disposta quell'esclusione che discende da una riserva? (10). C'è da chiedersi peraltro se con « monopolio » dell'ente pubblico concedente si possa intendere anche che — oltre all'esservi esclusione dei privati — vi sia assunzione del diritto di proprietà da parte dell'ente pubblico. Se così fosse, si dovrebbe escludere l'ammissibilità di concessioni di « usi eccezionali » di beni comuni a tutti perchè su questi opera una riserva ma non vi è assunzione della titolarità di proprietà da parte dell'ente pubblico. Così non è perchè il diritto positivo conosce concessioni che riguardano usi « esclusivi » di beni comuni a tutti, come quelle riguardanti la pesca (cosiddetti diritti esclusivi di pesca) e quelli riguardanti usi del fondo marino. Cioè, anche per le cose comuni vale la regola che se si vogliono utilizzare in modi che limitano l'utilizzazione di altri, cioè in deroga allo scopo per cui fu disposta la riserva, è necessaria una concessione (11). Quindi, la concessione non presuppone necessariamente il diritto di proprietà dello Stato concedente (12).

che esistono atti che sono denominati concessione ma che tali non sono anche se si avvicinano al tipo della concessione.

(9) G. MAZZAROLLI, *I piani*, cit., 57 n. 20.

(10) F. ROVELLI, *I beni demaniali*, cit., III, 2: « la concessione è atto amministrativo che attribuisce l'esercizio di diritti riservati ».

(11) M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 39 parla di « concessione di riserva di attività ad un soggetto ».

(12) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., II, *I beni*, cit., 95 (dell'estr.). U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 420 ss. afferma che la concessione non presuppone l'appartenenza dell'attività allo Stato; ma, sia pure con riguardo all'impresa, nel senso che la riserva comporti attribuzione di titolarità allo Stato (ciò che è qui negato). Anche V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, collega, con riferimento all'impresa, concessione a riserva. Naturalmente, bisogna tener conto delle diverse

Se è vero che la concessione e gli «usi eccezionali» sono in stretta correlazione con l'esclusione operata con la riserva, non è vero però che sia esclusa la possibilità di dare concessioni su beni — sottoposti a riserva — sui quali una collettività abbia assunto la proprietà. Quindi, accanto all'ipotesi di beni comuni a tutti in uso esclusivo a privati, si dà anche l'ipotesi di beni di proprietà collettiva in uso esclusivo a privati. In questo caso, la categoria dei beni sottoposti a riserva sarà in parte in godimento comune della collettività, in parte in godimento esclusivo di uno o più privati. Là dove è ammessa proprietà individuale di enti pubblici o dello Stato susseguente a riserva — per l'impresa, cioè (13) — può darsi l'ulteriore ipotesi di beni (azienda) sottoposti a riserva, di proprietà individuale pubblica e in gestione esclusiva a privati. Mentre nel caso di proprietà collettiva la concessione costituirà una diminuzione per tutti i comproprietari, nell'ultima ipotesi prospettata sarà una diminuzione per il solo ente proprietario-concedente.

Qui non possiamo occuparci analiticamente di tutte queste ipotesi: bisognerà prima chiarire il tema della proprietà di beni sottoposti a riserva perchè siano chiare le ipotesi di beni, sottoposti a riserva, sui quali sia assunta proprietà e che vengano dati in uso esclusivo a privati. Dobbiamo piuttosto intrattenerci sul tema più generale per comprendere come, una volta che si sia operata una riserva per rendere i beni accessibili a tutti, si possa poi concedere l'uso esclusivo degli stessi.

C) Come può darsi che soggetti non legittimati usino in via esclusiva un bene sottoposto a riserva? Si è cercato di spiegare il fenomeno distinguendo tra titolarità della proprietà ed esercizio delle facoltà affermando che l'ente pubblico permane pur sempre proprietario del bene che dà in concessione e che il concessionario ha un

accezioni in cui viene adoperato il termine di riserva e principalmente del problema se venga intesa come mera esclusione o come attribuzione esclusiva; su questo tema, ampiamente, F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 165 ss. e 193 ss.

(13) Sulla base dell'art. 43. Ma si veda G. GUARINO, *Unità*, cit., 239.

mero diritto di uso. Questa configurazione va esclusa (14) perchè si è visto che fondamento della concessione non è la proprietà ma l'esclusione (15) (o, come si dice, con minore precisione, il monopolio) operata dalla riserva: tant'è vero che si dànno concessioni su beni sui quali sia disposta solo riserva senza assunzione di proprietà da parte dei soggetti a ciò legittimati.

Questa impostazione conduce peraltro vicino alla soluzione corretta. Infatti, la riserva ha per effetto l'esclusione della libera appropriazione dei beni che vi sono sottoposti mentre effetto della concessione è solo la costituzione di un diritto di godere di alcune utilità del bene. Come si vede, la concessione non ha per effetto di rompere il principio della riserva perchè opera su un piano diverso, ciò che si evince anche dal fatto che la concessione è posta di regola in essere con atto amministrativo (16) e la riserva, invece, necessariamente con atto legislativo (gli articoli 42, 43 e 44 contengono in proposito una riserva di legge).

Si deve anche tener conto del fatto che l'ente che concede si riserva la facoltà di regolazione anche degli usi disciplinati e concessi, per cui è da pensare che vi sia una sorta di spartizione di facoltà tra l'ente che concede e il concessionario. Ciò è più chiaramente visibile quando si tratti di beni sottoposti a riserva sulla base dell'art. 42 della Cost., e cioè quando la riserva sia disposta al fine di rendere i beni accessibili a tutti. In questo caso, infatti, vi saranno privati concessionari accanto a singoli utenti a titolo collettivo; e questi ultimi hanno interesse a che vengano sottratte solo quelle parti del bene o

(14) La figura dell'esercizio privato di servizi pubblici non può essere spiegata mediante uno sdoppiamento tra titolarità ed esercizio in ordine alla attività poichè un atto giuridico non può considerarsi pertinente a un soggetto diverso da quello che abbia compiuto l'atto stesso, afferma, seguendo una parte della meno recente dottrina, L. MAZZAROLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962, 51.

(15) Occorrerebbe, naturalmente, esaminare se, quando vi sia proprietà e non vi sia riserva (per esempio, alcuni beni patrimoniali indisponibili), si possa parlare di concessione; per un orientamento limitativo, in generale, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 114 ss.

(16) A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 288 indica alcuni casi in cui discende *ex lege*.

quei tipi di uso ai quali l'atto di concessione faccia espressamente riferimento.

D'altra parte, proprio il fatto che per gli usi cosiddetti eccezionali sia disposta la necessità di un atto di concessione dimostra che il profilo soggettivo è in primo piano, nel senso che il bene deve essere accessibile a tutti perchè sottoposto a riserva; di conseguenza, sono ammessi sul bene solo gli usi che rendano il bene accessibile a tutti e quindi gli usi che non permettono di raggiungere tale fine necessitano di una concessione.

Naturalmente, non bisogna dimenticare che in certe epoche, per ragioni storiche, gli usi cosiddetti eccezionali hanno avuto la prevalenza su quelli cosiddetti normali (ad esempio perchè i primi permettevano uno sfruttamento industriale del bene); nè bisogna dimenticare che altro è la concessione che attiene ad usi del bene e altro la concessione che attiene a servizi (concessione di impresa) sotto il profilo dell'accessibilità.

Nè la concessione ha ad oggetto ogni forma di utilizzazione del bene. Solo l'appropriazione che i soggetti a ciò legittimati pongono in essere nei confronti di beni oggetto di riserva può dare facoltà di usare in ogni modo il bene. Al contrario, i concessionari non sono soggetti nei confronti dei quali la riserva non opera più perchè altrimenti vi sarebbe violazione del principio di eguaglianza a favore di essi. Anzi, la riserva opera anche nei confronti dei concessionari proprio perchè essi potrebbero più agevolmente appropriarsi dei beni in concessione. La concessione ha quindi ad oggetto solo certe utilizzazioni del bene, oltre le quali il concessionario non può andare.

Va qui aggiunto — in via di ipotesi — e andando un po' al di là del tema che qui interessa, che questo tratto distingue la concessione dall'autorizzazione. Non è tanto che l'una costituisce o permette l'assunzione di un diritto prima non pertinente al privato mentre l'altra permette l'esercizio di un diritto già proprio del privato, ma — piuttosto — che la concessione dà al privato solo alcuni usi del bene, positivamente indicati, mentre l'autorizzazione dà tutti gli usi eccetto quelli espressamente esclusi.

Nè si può pensare che l'uso in via esclusiva (che altri definisce uso « privato particolare ») (17)) possa ottenersi con atti della pubblica amministrazione che non siano concessioni perchè è esclusa la possibilità di eccezioni alla regola che, per l'uso privato particolare di beni soggetti a riserva, sia necessaria una concessione (18). Sarà quindi sempre necessaria una concessione e si applicheranno le regole di questa proprie: possibilità di revoca e di modificazione delle condizioni; modi di uso del bene in essa prescritti; tutela in via amministrativa del bene dato in concessione; ecc.

Infine, se ce ne fosse ancora bisogno, a conferma dell'osservazione che la concessione non rompe il principio della riserva ma anzi serve ad attuarla, va menzionato il fatto che le situazioni della collettività proprietaria non sono tutelate dalla clausola « salvi i diritti dei terzi ». Ora, ciò avviene proprio perchè tali situazioni si intendono salve « quando l'autorità competente ha ritenuto che la concessione salva le esigenze di quel dato interesse generale » (19). In altre parole, tale clausola non si può intendere estendersi ai proprietari (salvo che un membro della collettività non si trovi nella posizione di concessionario dello stesso bene e sia leso dalla successiva concessione: ma in tal caso la clausola opera in virtù di tale sua ultima posizione e non perchè egli è un membro della collettività proprietaria) proprio perchè a far salvi i loro diritti è previsto che ogni uso « esclusivo » abbisogni di una concessione. Altro discorso, che si muove su un diverso piano, è quello — storico — per cui nella legislazione italiana, dagli inizi del secolo, le possibilità di sfruttamento industriale dei beni collettivi hanno indotto il legislatore a prevedere un largo numero di utilizzazioni « eccezionali » per via di concessione, talvolta dando la prevalenza a queste utilizzazioni rispetto a quelle « normali » (cioè quelle che rispettano l'accessibilità). Ma andrebbe anche aggiunto che la giurisprudenza ha compiuto

(17) A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 289.

(18) A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 289; si veda anche M. S. GIANINI, *I beni pubblici*, cit., 115 ss.

(19) O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, II, *Capacità e volontà*, « Riv. it. sc. giur. », 1894, fasc. I-II, 216-218 dell'estr.

sforzi meritori per elaborare regole generali che valessero a contenere il pregiudizio arrecato dall'esistenza di un uso « eccezionale » all'uso « normale » o « comune » (ne vedremo alcune più avanti).

Non bisogna farsi trarre in inganno dal fatto che — quando vi sia riserva, proprietà collettiva e concessione — il concessionario è, di regola, un membro della stessa collettività proprietaria. In tal caso esso è infatti considerato come persona isolata e indipendente dalla collettività proprietaria (20).

Ma non bisogna dimenticare che la riserva e la concessione non hanno pari estensione materiale. La riserva — come vedremo più avanti — ha per termine di riferimento oggettivo categorie di beni (presenti e futuri), ciò che corrisponde alla sua natura di atto generale. La concessione — atto singolare — può avere — al massimo — riferimento a tutti i beni esistenti attualmente e quindi non si estende a tutta la categoria (21).

Dal rilievo che « uso eccezionale » è la sottrazione di una quantità di bene all'uso comune, determinato dalla possibilità del più largo uso non esclusivo, discende che dovrebbe ritenersi valida la regola per cui solo porzioni del bene collettivo possono darsi in concessione. Se si desse in concessione tutta la categoria di beni sottratta con la riserva, non si raggiungerebbe il fine della riserva che è quello di rendere la cosa accessibile a tutti (22). Naturalmente, questo vale solo

(20) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., *III Teoria*, cit., 197 ss. (dell'estr.); E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 341.

(21) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 377, afferma che può riguardare solo quella parte del bene superflua alla destinazione generale del bene. *Quid* nel caso in cui la destinazione generale è proprio quella privata? (A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 286-287).

(22) Non bisogna infatti dimenticare che altro è il regime al quale è sottoposto il bene in quanto categoria altro il regime delle singole parti del bene. Sembra prescindere da questo rilievo F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 196 ss., dove, per dimostrare che la concessione è un provvedimento di alienazione in senso proprio, afferma che i beni demaniali sono sottoposti ad una semplice incommerciabilità di diritto privato disposta dalle norme del codice e a una normale limitata alienabilità di diritto pubblico. Le norme del codice, insomma, operano, per i beni demaniali, una semplice limitazione dell'efficacia delle disposizioni del codice stesso, escludendone l'applicabilità rispetto ai quei beni. Ora, questa osservazione sembra convincente — anche perchè opera una sutura tra norme

nel caso che la riserva sia disposta a questo fine. Noi sappiamo infatti che esistono anche riserve disposte ad altri fini, che vertono su oggetti per i quali ben può darsi una concessione che si estende a tutta la categoria. Un esempio è offerto dalla riserva di impresa di trasmissione radio-televisiva, anche se la concessione, in questo caso, si unisce alla partecipazione statale totale e quindi rappresenta una forma di « nazionalizzazione ».

Non può dirsi, invece, che il fine dell'accessibilità per tutti si raggiunge anche con la possibilità offerta a tutti di ottenere un uso esclusivo chiedendo una concessione: in tal caso, infatti, la realizzazione del fine dipenderebbe da un atto discrezionale della pubblica amministrazione, là dove invece esso deve discendere dallo stesso fine per cui è disposta la riserva.

Bisogna, infine, considerare che la situazione soggettiva del privato concessionario ha sempre « carattere di precarietà » nei confronti del concedente che può revocare per esigenze di interesse pubblico la concessione (23). Ciò spiega perchè si dica che il concessionario ha un diritto (di natura reale e talvolta di natura personale) nei confronti della generalità dei soggetti (24), che affievolisce divenendo interesse legittimo, nei confronti dell'ente concedente (25).

del codice e cosiddette leggi speciali — ma non necessaria a dimostrare che il concessionario possa, ad es., vendere l'acqua derivata. In realtà, per ciò, sembra necessario ricorrere alla distinzione tra categoria e singole parti del bene (osservazione presente peraltro allo stesso Gullo, sia pur formulata in termini diversi, a p. 164 in nota).

(23) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 377. D'altra parte, la proprietà delle opere costruite dal concessionario è spesso temporanea, nel senso che deve nella maggior parte dei casi passare allo Stato senza compenso (per una elencazione dei casi e per una ricostruzione, U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 161 ss.).

(24) Si veda Cass. civ., 20 ottobre 1960, n. 2842, « Mass. Giur. it. », 1960, 726 (solo massima): anche situazioni originate da concessioni amministrative su beni pubblici, considerate nei rapporti tra concessionario e terzi, possono rivestire quei caratteri di assolutezza e di immediatezza che formano caratteristiche dei diritti reali, specialmente quando esse siano suscettibili di negoziazione e ad esse sia apprestato, almeno in parte, nei rapporti tra privati, la tutela che è propria dei diritti reali.

(25) O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., *III Teoria*, cit., 200; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 350 ss.; A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 290; M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 91.

III

IL PROFILO OGGETTIVO

1. L'impostazione data alla presente indagine permette di parlare dei beni alla fine di questa parte. Non sarebbe stato così se si fosse partiti dall'assunto che esistono beni demaniali o beni pubblici, cioè che la demanialità o pubblicità attiene al bene. Abbiamo cercato di spiegare che i beni sono termini di riferimento oggettivo di attitudini, posizioni, situazioni e facoltà di soggetti, ai quali solo può essere riferito l'attributo di pubblico. Abbiamo quindi cercato di mostrare che la « proprietà pubblica » non dipende da un carattere dei beni ma dalle posizioni dei soggetti — pubblici e privati — in ordine ai beni. Non sono questi che mutano posizione nel divenire pubblici, ma i soggetti e le loro posizioni giuridiche.

A) L'oggetto dell'atto di riserva è indicato dalla disposizione dell'art. 42 della Cost. come la « proprietà privata ». Dopo quello che si è scritto, si comprende subito come l'espressione della Costituzione sia un'espressione breve per indicare un altro fenomeno e non la proprietà privata. Se è vero che la riserva è una privazione dell'attitudine a diventare proprietari di determinati beni, l'oggetto che viene colpito con l'atto di riserva non è la proprietà; di proprietà non si può ancora parlare nel momento in cui il soggetto sta per diventare proprietario. Oggetto di questa disposizione non è la proprietà, ma l'appropriazione dei privati. Chiariamo separatamente i due aspetti. Primo, quello dell'appropriazione; secondo, quello dell'appropriazione privata.

Se la riserva colpisce un momento preliminare a quello della proprietà, è evidente che non colpisce la proprietà; colpisce, abbiamo

detto, l'appropriazione. Nella misura in cui colpisce l'appropriazione, essa si riferisce a beni che non sono attualmente, cioè al momento nel quale venga disposta la riserva, di pertinenza dei privati. Naturalmente, quando si dice ciò, si esclude che tutto ciò che è utile è in proprietà; con la conseguenza — se fosse in proprietà — che questa escluderebbe la proprietà di altri soggetti. Insomma, non tutte le cose sono *attualmente* in proprietà. Ed è importante determinare in che modo si identificano dei beni che non siano di pertinenza di privati in un certo determinato momento, perchè è questo il criterio di discriminare tra la riserva e l'espropriazione. L'espropriazione, infatti, colpisce la proprietà dei privati, e non l'appropriazione dei privati; cioè colpisce i privati in quanto siano titolari di un certo bene, in quanto quel bene venga sottratto ai privati per essere trasferito ad altri. Ora, nella misura in cui si identifica correttamente la categoria dei beni non attualmente in pertinenza dei privati, si stabilisce la categoria contigua, dei beni che sono in pertinenza dei privati: mentre la prima categoria può essere sottoposta soltanto a riserva, la seconda può essere sottoposta soltanto ad espropriazione. Se si colpisse con atto di riserva un bene che è in pertinenza di privati, si potrebbe sottrarre un bene a un privato senza indennizzo perchè il procedimento di espropriazione prevede la garanzia per la quale, se si sottrae una utilità ad un privato, bisogna dargli un indennizzo. Il procedimento di riserva non prevede questa garanzia, perchè non si sottrae alcuna utilità al privato se non l'utilità eventuale che avrebbe il privato se si appropriasse di certi beni. Insomma, è importante stabilire il limite di discriminare tra le due categorie contigue: beni in pertinenza di privati e beni non in pertinenza di privati.

Ora, i beni non attualmente in pertinenza dei privati, sono di quattro possibili categorie: cose che non siano mai state oggetto di proprietà, beni che lo siano stati e che non lo siano nel momento nel quale interviene la riserva, cose che non siano ancora venute ad esistenza (1), beni in proprietà di pubblici poteri. È chiaro che quando

(1) Che non vanno confuse con i beni futuri (sui quali, un cenno in S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., 20),

si dice beni non in pertinenza di privati, ci si riferisce a beni che non siano in pertinenza dei privati nel momento nel quale opera la riserva: non importa che lo siano stati in momenti precedenti. A questo scopo, quindi, i beni classificabili come non in pertinenza di privati sono o quelli che non sono mai stati oggetto di proprietà o quelli che lo sono stati e che non lo siano in un certo determinato momento. Qui si vede la connessione esistente tra i diversi tipi di atto. Infatti, un bene che sia stato di proprietà dei privati ma che non lo sia nel momento della riserva, è o un bene alienato dal privato oppure un bene nei confronti del quale è stata operata una espropriazione.

Si veda l'uso congiunto dei diversi atti. L'atto di riserva in questo caso interviene esattamente nel momento nel quale viene posta l'espropriazione; nel momento in cui l'espropriazione colpisce il privato, il bene viene sottratto al privato; si tratterà quindi di un bene che in quel momento non è in mano di nessun proprietario: in quel momento viene disposta una riserva. Si vede chiaramente come espropriazione e riserva operano su oggetti completamente diversi, perché per esprimerci con una immagine, l'espropriazione serve a staccare il bene dal proprietario, la riserva serve a rendere stabile il distacco del proprietario dal bene, cioè a rendere inappropriabile successivamente il bene dal proprietario. Con la nazionalizzazione dell'industria elettrica (con riguardo all'impresa), si sono posti in essere congiuntamente ambedue gli atti: espropriazione e riserva. Infatti gli imprenditori elettrici esistenti in un determinato momento sono stati colpiti da espropriazione; con l'espropriazione sono state ad essi sottratte le imprese che essi esercitavano in quel determinato momento. Ma dalla legge di nazionalizzazione deriva anche un altro effetto: che nessun altro soggetto nel nostro ordinamento può oggi e potrà in futuro esercitare attività imprenditoriale nel campo dell'energia elettrica. Come si ottiene questo secondo effetto? Con la riserva che colpisce dei beni o delle imprese che in un certo determinato momento non appartengono a nessuno.

I beni nei confronti dei quali opera la riserva non possono — a norma della Costituzione — che essere beni sui quali — quando in-

terviene la riserva — non vi è proprietà di alcuno. La riserva, infatti, opera, come si è visto, nei confronti di una posizione e presuppone che questa non si sia esplicitata, facendo divenire il privato titolare del diritto che ha il bene per oggetto. Qualora, infatti, questo fosse avvenuto, non potrebbe più legittimamente intervenire una riserva bensì una espropriazione poichè solo quest'ultima colpisce soggetti nella titolarità di diritti. E si comprende quindi perchè la Costituzione abbia previsto, per le espropriazioni, indennizzi e nessun corrispettivo o risarcimento per le riserve: con l'espropriazione si sottrae singolarmente una utilità patrimoniale, con la riserva si esclude (per tutti) la possibilità di accedere a beni (o imprese).

L'ipotesi di cose non esistenti appartenenti alla categoria e che vengano ad esistere successivamente non è infrequente: si pensi al fenomeno dello spostarsi della spiaggia e del lido in conseguenza del ritiro delle acque o del loro avanzamento sulla terra o dell'interramento prodotto dai fiumi alla loro foce; si pensi al sorgere di acque in terreni ecc. Insomma, se l'appartenenza alla categoria dei beni sottoposti a riserva non è un fatto volontario della pubblica amministrazione ma è «una necessità giuridica stabilita dalla legge in considerazione della natura della cosa medesima» è vero che le cose sono sottoposte a riserva non appena acquistino certi requisiti. Come è stato detto, «basta che la cosa abbia le caratteristiche fisiche volute dalla legge, perchè la demanialità sorga, con tutti i suoi effetti e nei confronti di tutti i soggetti, senza che necessiti alcuna attività da parte dell'amministrazione» (2).

Nello stesso senso è la giurisprudenza, anche recente, che afferma che, nell'ipotesi di «evento naturale» o di «progressiva ed obiettiva trasformazione dei caratteri di un dato bene», il bene può divenire demaniale, con la conseguenza che il giudice deve controllare i ca-

(2) Le citazioni sono da N. PAPALDO, *Le cose demaniali come oggetto di appartenenza necessaria*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, spec. 700-701 e già precedentemente in *Le cose di proprietà pubblica nel progetto del secondo libro del codice civile*, in *Scritti*, spec. 674; questo autore afferma che ciò vale sia per il demanio necessario sia per quello accidentale: questo punto sarà discusso più avanti.

ratteri obiettivi con i quali il bene si presenta al momento della decisione giudiziale e che il preesistente diritto di proprietà privata subisce una contrazione fino alla totale eliminazione, in quanto quel bene si presenta ormai con caratteri che, secondo l'ordinamento vigente, precludono che esso possa formare oggetto di proprietà privata (3).

Ma la riserva può riguardare anche beni sui quali si espliciti già la proprietà dei pubblici poteri. Di fatto, gli atti sono quasi sempre stati contestuali: espropriazione di privati titolari di diritti; privazione della legittimazione di tutti con riguardo alla categoria della quale i beni espropriati fanno parte; assunzione del diritto di proprietà da parte di enti pubblici o collettività oppure mero uso disciplinato. In realtà sarebbe più corretto parlare di cose per porre in luce che la riserva è indipendente dalla titolarità del diritto. Indipendente, per un verso perchè non colpisce beni attualmente in proprietà di alcuno: se abbia riferimento a beni di privati sarà stata preceduta da un'espropriazione; il rilievo fatto è ancor più chiaro se ha riferimento a cose future. Indipendente per altro verso perchè separata dal regime di assunzione del diritto di proprietà, come è dimostrato dal fatto che, susseguentemente a riserva, può esservi anche mero uso. Si preferisce però parlare di beni perchè non può escludersi un'altra ipotesi: se un ente pubblico è già titolare della proprietà di una serie di beni può esserne disposta una riserva in modo da assicurare che in futuro l'ente pubblico possa essere sempre l'unico proprietario. *Possa* essere e non *debba* essere perchè niente esclude che, successivamente alla riserva, l'ente dismetta la proprietà dei beni.

Anche in questo caso ricorrono tutti i caratteri della riserva e specialmente quello or ora messo in luce: essa esclude i privati dall'appropriazione di tutte le cose della medesima categoria di quelle in proprietà (e sottoposte a riserva) dell'ente pubblico.

(3) Si veda specialmente Cass., 2 maggio 1962, n. 849, « Giust. civ. », 1962, I, 1972. Il problema è diverso se si tratti di demanio cosiddetto accidentale, per il quale si applica la regola che i beni acquistano la demanialità solo se appartenenti ad ente pubblico (che secondo alcuni deve essere territoriale): si veda Cass., 8 maggio 1964, n. 1095, « Foro it. », 1965, I, 193.

Detto ciò in generale, esaminiamo l'art. 822, II co., che dispone « fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato... » (4). È evidente che qui il criterio di identificazione oggettivo, per categorie, si somma ad un criterio di identificazione soggettivo, nel senso che saranno sottoposti al regime del demanio tutti i beni della categoria che « appartengano allo Stato » (5). Ma anche qui re-

(4) Cominciamo col ricordare che questa norma è stata considerata « la novità più rivoluzionaria » del nuovo codice a proposito di beni pubblici « in quanto che con ciò si viene a sconvolgere quello che era uno dei pochi punti sicuramente assestati e pacifici di una materia già così piena di punti discussi ». Infatti — si è detto — si pensava che la demanialità investisse tutto un genere di beni e quindi non risultava ammissibile nè concepibile una proprietà privata di singole specie di beni del genere. Con l'introduzione della « norma rivoluzionaria » nel codice, si sarebbero avute due conseguenze: che non ha più senso parlare di inalienabilità perchè possono sussistere singoli beni del genere in mano di privati, « onde non sussisterebbe più alcun ostacolo concettuale ad un'alienazione di singoli beni demaniali »; che, potendo uno stesso bene essere in mano di un privato o della pubblica amministrazione, a fondamento della demanialità non sta più alcun requisito intrinseco e sostanziale unitario, comune a tutto un genere di beni, ma un elemento di carattere estrinseco quale è l'appartenenza (queste considerazioni in R. ALESSI, *Osservazioni in ordine alle disposizioni concernenti i beni pubblici contenute nel nuovo codice civile*, « Il dir. dei beni pubbl. », 1941, 173-176).

(5) Per i beni cosiddetti demaniali accidentali o secondari o condizionati o legali la giurisprudenza è concorde nell'affermare che l'inizio della demanialità avviene per la combinazione di due momenti, l'uno obiettivo, consistente nell'esistenza nel bene dei requisiti della demanialità e l'altro subiettivo consistente nella manifestazione di volontà dell'ente pubblico rivolta a collegare i beni ad una funzione pubblica (tra le molte sentenze in questo senso, si veda Trib. Venezia, 4 febbraio 1949, « Temi », 1949, 214 e Cass., 21 maggio 1955, n. 1482, « Foro it. Mass. », 1955, c. 322). Peraltro N. PAPALDO, *Le cose demaniali*, cit., 702 ss., afferma che la nascita della demanialità in via immediata *ope legis* avviene non solo per i beni del demanio necessario ma anche per quelli del demanio accidentale: « appena la strada sia strada e la fortezza sia fortezza, strada e fortezza passano nel dominio pubblico dell'amministrazione che per legge deve esserne titolare, e vi passano a titolo originario, tanto se il suolo e le opere fossero già nel patrimonio della stessa amministrazione quanto se fossero nel patrimonio (od anche nel demanio) di altri soggetti, pubblici o privati ». Ora, va considerato innanzitutto che lo scritto citato è precedente all'attuale codice; e in secondo luogo che la contraddizione che ivi sembra rilevarsi tra l'affermazione che partendo dalla proprietà necessaria si spiega perchè si siano demanializzate le miniere e si sia esteso il demanio idrico senza corrispondere indennità e l'affermazione che il privato sul cui suolo si

gime della riserva e regime della proprietà non vanno confusi: il fatto che taluni beni « appartengano allo Stato » è un mero criterio di identificazione dei beni. Non è che alla proprietà del bene si aggiunga qualche altra cosa, ma piuttosto che, se beni appartenenti alle categorie indicate dallo stesso comma dello stesso articolo non sono in mano privata, ad essi si applica il regime della riserva. Ciò permette di chiarire da una parte che riserva e espropriazione hanno effetti diversi: se fossero stati sottoposti alla disciplina del demanio tutti i beni delle categorie indicate nell'art. 822 II co., essendo alcuni di questi in mano di privati, effetto della sottoposizione al regime del demanio (e cioè della riserva) sarebbe stato un trasferimento del bene alla mano pubblica non accompagnato da indennizzo (6). E per-

costruisca una strada che diventa originariamente demaniale ha diritto ad una indennità, si spiega col fatto che l'autore non mette in luce la circostanza che nel primo caso è rispettato il principio di eguaglianza, mentre ciò non accade nel secondo caso. Peraltro, il Papaldo è tornato successivamente sul problema (*Ancora sul demanio come proprietà necessaria*, « Il dir. dei beni pubblici », 1939, 566-572) affermando, in via di precisazione, che, nata la demanialità della strada, il suolo non può appartenere che al titolare della strada. Nel demanio accidentale bisogna distinguere la formazione fisica della cosa, che dipende dall'atto di volontà dell'amministrazione, dalla demanialità: « quando la cosa ha acquistato, non importa come, il carattere tipico ipotizzato dalla legge, è dalla legge stessa che essa automaticamente riceve lo stampo della demanialità ». Il fatto che per i beni del demanio accidentale sia dovuta una indennità si spiega non con la circostanza che l'acquisto da parte dell'amministrazione abbia carattere derivativo, ma con la circostanza che è intervenuta un'attività dell'amministrazione e questa deve risponderne. Insomma, vi è un principio generale per cui la cosa demaniale passa, nella sua interezza, nella proprietà pubblica dell'ente titolare non appena la demanialità nasce indipendentemente dal modo di formazione della cosa stessa.

(6) « Stando ...al demanio stradale, è da notare che, a costituirlo in concreto, la pubblica amministrazione provvede o utilizzando suolo proprio, come nella maggior parte dei casi, oppure suolo altrui, attraverso la procedura dell'espropriazione, con un normale titolo di acquisto. Se manca questo trapasso di proprietà, la costruzione della strada su tale suolo e la destinazione della strada stessa all'uso pubblico non possono operare il passaggio di detta proprietà a favore dell'amministrazione, come si desume altresì dall'art. 20 legge sui lavori pubblici, il quale, disponendo che gli elenchi delle strade definitivamente approvati fanno, in materia, prova ad ogni effetto di legge, riserva, tuttavia, ai tribunali ordinari di decidere le questioni che possono in-

mette di chiarire, d'altra parte, che l'espressione « appartengono allo Stato » non è tanto da intendersi nel senso che i beni di cui al II co. citato sono in proprietà individuale dell'ente pubblico, quanto nel senso che a tali beni si applica il regime della riserva quando non siano in mano privata: in altre parole, l'espressione di cui si parla va vista nel suo contenuto negativo, come termine breve di identi-

sorgere sulla proprietà del suolo: riserva che non si spiega se non sul presupposto che l'iscrizione della strada in tali elenchi da parte dell'ente pubblico che vi procede, non è senz'altro operativa del trasferimento di proprietà del suolo allo stesso ente qualora appunto il suolo medesimo appartenga a soggetto diverso; ne consegue che questo può sempre esercitare l'azione di revindicare a meno che l'ente non possa opporre l'acquisto per usucapione. È però da avvertire che una eccezione al principio ora fissato è da vedersi, con autorevole dottrina, in ordine alle costruzioni destinate alla difesa militare, ossia relativamente ad opere che non possono se non appartenere al demanio dello Stato (demanio necessario o naturale art. 822, co. I, cod. civ.) e quindi insuscettive di proprietà privata; in tal caso la costruzione ha per oggetto di produrre il passaggio della proprietà del suolo al demanio pubblico salvo al privato il diritto di una giusta indennità » (Cass., II, 20 maggio 1960, n. 1287, « Riv. giur. edilizia », 1960, I, 626-627).

Si veda anche Cass., sez. un., 2 maggio 1962, n. 849, « Giur. it. », 1962, I, 1, 795 ss.: « ... anche nell'ipotesi di una progressiva ed obiettiva trasformazione dei caratteri di un dato bene, una volta che — a seguito di tale trasformazione — il bene abbia assunto la natura intrinseca di bene demaniale, il preesistente diritto di proprietà privata ne subisce una correlativa contrazione, fino — se necessario — alla totale eliminazione, postochè quel bene si presenta ormai con caratteri che, secondo l'ordinamento giuridico vigente, precludono che esso bene possa formare oggetto di proprietà privata ».

Anche in altri casi la giurisprudenza sembra aver affermato un effetto espropriativo della riserva: « la dichiarazione di demanialità dell'acqua importa la decadenza della proprietà » (Trib. sup. acque, 30 giugno 1950, « Foro it. », 1950, I, 1345).

Ma bisogna tener conto del fatto che nell'ipotesi si trattava di bene del cosiddetto demanio artificiale, o, meglio, di bene sottoposto a riserva per categoria indipendentemente dalla spettanza a soggetto pubblico e quindi da un termine di riferimento soggettivo. Infatti nel caso di strade, che sono beni demaniali cosiddetti artificiali, si è affermato che la pubblica amministrazione deve innanzitutto espropriare il terreno, e poi deliberare la destinazione all'uso pubblico e la inclusione negli elenchi delle strade pubbliche (in questo senso, si vedano le tre seguenti sentenze: Cass., 7 aprile 1952, n. 931, « Foro it., Mass. », 1952, c. 229; Cass., 4 giugno 1960, n. 1461, « Mass. Giur. it. », 1960, 368 e Cass., 28 giugno 1960, n. 1697, « Mass. Giur. it. », 1960, 421).

ficazione dei beni della categoria che non siano in mano di privati (7) (7-bis).

(7) Questo punto non è invece posto in luce dalla giurisprudenza, che — come abbiamo visto — parla indifferentemente di un elemento subbiettivo riferendosi talvolta alla volontà dell'ente di destinare il bene ad una pubblica funzione, talvolta all'appartenenza del bene allo Stato; ciò è particolarmente chiaro in Cass., sez. un., 28 ottobre 1959, n. 3163, « Foro pad. », 1960, marzo, con nota di S. CASSARINO, *Sottosuolo speleologico e demanialità*.

(7-bis) Alle conclusioni indicate nel testo si giunge anche per altra via, esaminando (ed escludendo) i diversi modi di intendere la distinzione tra demanio cosiddetto artificiale o accidentale e demanio cosiddetto necessario. Il demanio viene ritenuto accidentale (o secondario, o condizionato, o legale): quando richiede una specifica manifestazione di volontà di destinare il bene ad una pubblica funzione o comunque sottoporlo al regime della demanialità; secondo altri, quando richiede opere artificiali per conseguire pubbliche finalità (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 171; G. PESCATORE, *Rassegna di giurisprudenza in materia demaniale (1941-1952)*, « Riv. trim. Dir. Pubbl. », 1952, 735 ss. Accidentalità e necessarietà vengono intese in modo disparato: SANTI ROMANO, *Corso*, cit., 189; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 171, n. 1).

Questa distinzione, operata dalla dottrina prima del vigente codice, è ancor oggi in uso e si dice essere quella tra prima e seconda parte dell'art. 822 e corrispondere a quella tra demanio naturale e demanio artificiale (in questo senso, G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 21 e 38 ss.). Solo alcuni ritengono che il richiamo alla distinzione tra demanio necessario e accidentale a proposito dei due commi dell'art. 822 sia « inutile data l'assoluta sterilità di tale distinzione, ed infondata perchè tutti i beni demaniali... presentano il carattere della necessarietà » (E. GUICCIARDI, *Il concetto*, cit., 521, n. 43 e già RANELLETTI, *ivi cit.*).

Cominciamo col notare che le distinzioni sono adoperate normalmente in maniera diversa. In primo luogo, per alcuni hanno rilievo solo ai fini dell'esame delle vicende dei beni mentre ad altri servono per definire categorie diverse di beni, e riconoscere ad essi natura diversa. In secondo luogo, i criteri della distinzione sono talvolta strettamente naturalistici altre volte misti.

Nel codice, in primo luogo si può rilevare che nel primo gruppo sono comprese le opere destinate alla difesa nazionale e i porti che sono in larga parte costruzioni artificiali: quindi che hanno avuta impressa una destinazione che non avevano per sè.

In secondo luogo, il richiamo che, nell'elencazione dei beni del demanio « necessario » viene fatto alla legge (« e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia »), non può ritenersi diverso dalla disposizione, riguardante i beni del demanio « accidentale », che chiama tali beni a far parte del demanio « se appartengono allo Stato », cioè proprio, in altre parole, se vi è stato un atto che li ha resi dello Stato e quindi pubblici.

È evidente che il primo argomento nega il criterio che vede come caratteristica del demanio necessario la « naturale » destinazione a fini pubblici; il

B) Dobbiamo ora esaminare se i diversi articoli che riguardano — direttamente o indirettamente — la proprietà indicano particolari tipi di beni.

secondo nega che solo i beni del demanio artificiale richiedano una specifica manifestazione di volontà di destinare il bene ad una pubblica funzione.

Si potrebbe ancora dire — a favore della distinzione della dottrina — che tra primo e secondo comma dell'art. 822 vi è una differenza quantitativa: per il primo gruppo di beni, quelli del « demanio necessario », il codice afferma l'appartenenza allo Stato di tutti i beni delle diverse categorie; per il secondo gruppo, invece, il codice si limita a includere tra i beni del demanio quelli che appartengono allo Stato. Ma questa formula non deve far credere che i beni del secondo gruppo siano pubblici necessariamente in quantità minori: nulla vieta infatti che « leggi speciali » dichiarino l'appartenenza allo Stato di tutti i beni che fanno parte del secondo gruppo (ad esempio tutte le strade). Nè, in secondo luogo, va dimenticato che lo stesso primo comma dell'articolo fa rinvio alla legge (« e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia ») e resta quindi aperta l'ipotesi di una quantità minima di beni pubblici per questa categoria.

Si potrebbe sostenere ancora un'altra tesi: che la differenza tra primo e secondo comma dell'art. 822 può essere riscontrata in questo: che il primo comma stabilisce l'appartenenza allo Stato e una riserva per certi beni; che il secondo comma contiene una riserva per certi beni, senza disporre che tali beni divengano di « proprietà pubblica ».

Per questa tesi, l'art. 822 non distingue quindi i beni in demanio necessario e demanio accidentale o demanio naturale e demanio artificiale. In esso possono solo riscontrarsi da una parte beni per i quali sono disposti la appartenenza ai pubblici poteri e la esclusione della proprietà dei privati e, dall'altra, beni per i quali è solo disposta la esclusione della proprietà di privati. Può infatti esservi esclusione dei privati in ordine a certi beni senza che su tali beni i pubblici poteri siano titolari di proprietà.

Ma anche questa tesi fa sorgere qualche dubbio se si riflette sulla circostanza che nulla impedisce ad una legge di disporre l'appartenenza di beni del secondo gruppo allo Stato a titolo di mera proprietà privata; in tal modo non vi sarebbe il regime di esclusione di cui al secondo comma dell'art. 822. Anzi, occorrerebbe riflettere sulla legittimità costituzionale di una legge che — in presenza di una riserva costituzionale di legge — dispone per una serie di casi in conseguenza del verificarsi della proprietà.

Si ha infatti un intervento, in materia costituzionalmente tutelata, che è disposto in linea astratta una volta sola per una serie di casi e che diviene operante ogni volta che vi sia un agire della pubblica amministrazione che pone in essere i presupposti della sua efficacia. Forse la riserva — pur relativa — dell'art. 42 non tollera una tale latitudine di poteri della pubblica amministrazione.

In proposito è stato scritto che nell'art. 42 è implicita una distinzione tra beni strumentali o produttivi e beni di consumo. Infatti, si è detto, la funzione sociale di beni aventi una destinazione produttiva può venire in considerazione solo quando connessa ad un'organizzazione imprenditoriale. Altrimenti, non si potrebbe spiegare la norma che mira ad assicurare la funzione sociale (8). Quindi i beni privati la cui utilizzabilità si esaurisce nell'uso da parte del proprietario e i beni produttivi si distinguono perchè per i primi non può esservi alcun limite oltre quello costituito dal divieto di atti emulativi mentre per i secondi « l'interesse collettivo alla loro produttività importa il controllo da parte della pubblica autorità diretto ad accertare la corrispondenza dell'uso a quell'interesse di cui essa è tutrice » (9). A questa tesi si è obiettato in primo luogo che la distinzione tra i due tipi di beni ha contorni evanescenti; in secondo luogo, che, se tale tesi fosse vera, si porrebbe il problema di chi dovrebbe regolare la proprietà dei beni di consumo (10). Si potrebbe aggiungere che la dizione stessa dell'art. 42 sembra nel senso che questo si riferisca a ogni tipo di bene.

Ma il punto più importante è un altro: è indubbiamente giusta la preoccupazione di distinguere tra beni produttivi e beni di consumo, ma la linea di questa distinzione non corre all'interno dell'articolo 42, che si occupa indifferentemente di ogni tipo di bene, bensì tra beni sui quali si eserciti solo un diritto di proprietà e beni — conferiti in azienda — sui quali si eserciti un diritto di impresa. In questo secondo caso, peraltro, non è chiaro se le normative dell'art. 42 da una parte e degli articoli 41-43 dall'altra tendano a sovrapporsi oppure la seconda prevalga. Questo non è il momento di chiarire un problema così importante quale quello che si presenta, dei rapporti tra proprietà

(8) C. MORTATI, *Iniziativa privata*, cit., 1192.

(9) C. MORTATI, *Il diritto*, cit., 101; *La Costituzione e la proprietà terriera*, cit., 276-278.

(10) M. MAZZIOTTI, *Il diritto*, cit., 201-203 e *Iniziativa*, cit., 1214, seguito da G. D'ANGELO, *Limitazioni*, cit., 74.

e impresa. Ma noi vedremo tra poco qualche conseguenza pratica di quanto si è detto: vedremo cioè che la disciplina dell'impresa reagisce su quella dei beni fornendo una serie di limiti alle riserve che sui beni possono essere operate (11).

C) Il secondo problema è se i beni sono identificati o identificabili secondo criteri indicati dalla Costituzione oppure la Costituzione ha lasciato libero il legislatore di identificarli.

a) L'art. 42 della Costituzione nulla dice, rimettendosi evidentemente alla legge. È chiaro infatti che — qualunque natura si voglia dare alla riserva di legge di cui all'art. 42 c. 2 — la legge debba indicare i beni oggetto di riserva.

b) Neppure l'art. 44 precisa le categorie di beni; esso fa solo riferimento in generale a un tipo solo di beni: la terra. Dobbiamo tuttavia soffermarci su questo articolo, perchè esso pone in luce un tipo di riserva che si incontra anche nell'art. 42. L'art. 44 infatti può concepirsi come norma che ribadisce per un tipo di bene la legittimità di riserve per eccedenze. L'art. 44 — come è stato detto — non fa che svolgere i principi dell'art. 42: le formule adoperate nell'art. 42 della Costituzione racchiudono in sé potenzialmente quanto è più analiticamente stabilito nell'art. 44 (12).

Come si è visto, non interessano qui tutti gli interventi pubblici che l'art. 44 legittima ma solo quelli che possono dare luogo al sorgere di proprietà pubblica. Interessa quindi la disposizione in base alla quale la legge « fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie ». Si è voluto interpretare tale norma nel senso che la legge non debba stabilire i limiti soggettivi di estensione della proprietà ma determinare oggettivamente la estensione dei fondi. Questi, poi, sarebbero cumulabili senza limiti da singoli proprietari (13). A

(11) In questo senso, del resto, già C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 160-161.

(12) G. MIELE, *La proprietà*, cit., 6-9; G. MOTZO - A. PIRAS, *Espropriazione*, cit., 186.

(13) Autori cit. da C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 171 n. 3; l'ipotesi sembra ammessa anche da G. MIELE, *La proprietà*, cit., 12.

questa tesi si è già opposto che urta contro la lettera della disposizione (14). Occorre aggiungere che non è comprensibile come possa aversi una separazione di fondi nelle mani dello stesso proprietario: questo sarebbe portato, nell'usarli, pur sempre a dare ad essi una unificazione funzionale. Infine, occorre aggiungere che questa interpretazione si basa sul presupposto che oggetto della norma sia la cosa in quanto tale: invece, destinatari dell'articolo 44 sono pur sempre soggetti, come è evidente anche dal rilievo che la disposizione che prevede aiuti per la piccola e media proprietà, in esso contenuta, va intesa in senso soggettivo, nel senso che godranno dell'aiuto i piccoli e medi proprietari (15).

Più corretto è dire che la norma che si commenta sottrae la quantità di terre che va oltre il limite alla privata appropriazione (16). Ma non nel senso che fissa la quantità *complessiva* di proprietà privata dalla zona o regione agraria (17), bensì nel senso che fissa, per zone o regioni agrarie, il limite che *ogni singolo soggetto* non può superare (18) entro la zona o regione agraria, salva la possibilità di divenire proprietario di beni terrieri in altre zone.

Naturalmente bisogna ricordare che qui si è nel campo della riserva e non in quello dell'espropriazione (19). Non bisogna quindi pensare che questa norma operi nei confronti di coloro che sono attualmente proprietari. Essa, al contrario, opera nei confronti di tutti i soggetti privati: coloro che, già proprietari, volessero appropriarsi di altri beni superando così il limite (in questa ipotesi andrebbero compresi anche coloro che fossero stati espropriati di una parte della terra di loro proprietà) e coloro che, non attualmente proprietari, volessero appropriarsi di beni di estensione superiore al limite.

Il fatto che sia diretta a ogni singolo individuo non significa, na-

(14) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 171 n. 3.

(15) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 171 n. 3.

(16) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 167.

(17) Così, sembra, C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 167; criticato, ma in altro senso, da C. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, cit., 278 ss.

(18) Sui limiti ex 44 Cost., C. Cost., sent. n. 65 del 1957 e n. 33 del 1958.

(19) Così anche C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 162.

turalmente, che la riserva possa contenere provvedimenti individuali per i singoli proprietari o limiti mobili in ragione del comportamento dei singoli proprietari (20). I limiti potrebbero, invece, essere diversi per zone e regioni (21) e quindi impedire sia la formazione della grandissima proprietà (limite « alto ») sia la formazione di grandi e medie proprietà (limite « basso »). A seconda delle zone, infatti, potrà essere utile stabilire dimensioni maggiori o minori (ma non uguali o vicine a zero, chè altrimenti si avrebbe una fattispecie diversa, di riserva per categoria, e non quella di cui all'art. 44: riserva per eccedenze). Nè si può dire che la riserva può agire solo nei confronti di coloro che volessero diventare latifondisti perchè la Costituzione si propone di favorire la piccola e media proprietà e perchè solo questo tipo di proprietà risponde al fine della equità dei rapporti sociali (22). Infatti, vi possono essere zone ricche nelle quali ci si può proporre di impedire il formarsi di medie proprietà o zone povere, dove, al contrario, la legge dovrà aiutare la media proprietà esistente. D'altra parte, non necessariamente dalla disposizione di favore per la media e piccola proprietà si deve trarre la conclusione che questa risponda alla equità dei rapporti sociali perchè la disposizione potrebbe essere stabilita per un temporaneo sollievo dei piccoli e medi proprietari ritenendoli sfavoriti nei confronti di altri gruppi, col fine di stabilire, così, rapporti sociali equi tra gruppi. Infine, sembra valido l'argomento che non si tiene presente, in tal modo, del fine del razionale sfruttamento del suolo, che in talune zone non può realizzarsi se non con la grande proprietà. Va aggiunto che il limite può essere commisurato sia al criterio della estensione della superficie sia a quello del reddito, ambedue adottati nella legislazione ordinaria (23).

c) Si sarà già notato che l'esame della disciplina costituzionale del sistema di appartenenza dei beni non può concludersi con

(20) Ipotesi escluse da C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 163-164.

(21) C. MORTATI, *La Costituzione e la proprietà terriera*, cit., 275; « dovrebbero » per G. MIELE, *La proprietà*, cit., 7.

(22) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 165-166.

(23) Così G. MIELE, *La proprietà*, cit., 11.

l'indagine sugli artt. 42 e 44 della Costituzione. Essa deve continuare con l'esame degli articoli che disciplinano l'impresa. È noto, infatti, che — con l'ampliarsi del numero degli usi possibili dei beni — alla disciplina dei beni tende ad affiancarsi e poi a sovrapporsi la disciplina dell'impresa che utilizza i beni (23-bis).

(23-bis) Regime dell'impresa e della proprietà non possono esser considerati separatamente. Ciò è evidente se solo si pensa che l'impresa ha ad oggetto l'azienda e cioè dei beni. Ma è evidente anche in casi più complessi. Si pensi a ordinamenti del tipo anglosassone, nei quali non vi è distinzione tra proprietà pubblica e privata: ora, in tali ordinamenti, « public authorities » e « public corporations » non sono sottoposti al divieto di alienare i propri beni, ma tale divieto discende dal fatto che questi operano come « statutory monopolies » e la vendita di beni è suscettibile di creare concorrenti (F. H. LAWSON, *Introduction to the law of property*, Oxford, 1958, 96). Questo fenomeno non si verifica in altri diritti, come quello francese: qui i beni delle imprese nazionalizzate (meglio, alcuni di essi) seguono una disciplina diversa da quella dell'attività. Infatti, la regola per cui il capitale è inalienabile e, in caso di perdita di gestione, deve essere ricostituito con gli utili degli esercizi successivi non ha nulla a che vedere con i beni: la formula serve solo ad imporre la regola (di gestione dell'impresa) del mantenimento del capitale sociale al suo valore iniziale (G. VEDEL, *Le régime des biens des entreprises nationalisées, Le fonctionnement des entreprises nationalisées en France*, Paris, 1956, 195-196 (si vedano gli interventi nella discussione dello stesso autore)). Come si vede, è il diritto positivo che dirà se disciplina dei beni e disciplina dell'impresa sono separate oppur no. Eppure, anche nel caso nel quale siano separate, un legame c'è: ad esempio, nel caso francese, il riflesso sulla gestione della impresa che deriverebbe da vendita di beni in quantità e modi tali da provocare una perdita presente e una impossibilità di « benefici » in futuro, in modo che la regola della conservazione del capitale sia violata.

Si pensi ancora alla evoluzione della gestione delle « public lands » americane, che secondo alcuni sono diventate « big business » (basti vedere M. CLAWSON-B. HELD, *The federal lands: their use and management*, Baltimore, 1957, spec. 195 ss. e 346 ss.). È, d'altra parte, interessante notare che negli Stati Uniti si è discusso sull'estensione dei poteri del proprietario pubblico e in particolare sul potere di questo di divenire imprenditore: la giurisprudenza ha affermato che il governo federale non è responsabile per l'uso o il non uso che fa di un bene (nella specie un fiume) e che, in quanto proprietario, ben può installare dighe, centrali elettriche e linee di trasmissione di energia (U.S. v. Appalachian Power Co., 311 U.S. 377, 405 (1940) e Ashwander v. Valley Authority, 297 U.S. 288, 335-340 (1936)). In generale, sui rapporti proprietà-impresa, la letteratura raccolta in C. WALTON R. EELLS, *The business system*, New York, 1967, vol. II. Sulla « mise en valeur économique du domain public » in Francia, si vedano i cenni di Y. LENOIR, *Les domaines de l'Etat et des autres collectivités publiques*, Paris, 1966, 54-55, che afferma che la ge-

Con riguardo alla Costituzione, va ricordato che le due posi-

sione imprenditoriale dei beni pubblici richiede la estensione del demanio e chiare scelte per ciò che riguarda le utilizzazioni concorrenti. Si tenga presente che le entrate che il demanio permette di realizzare sono in Francia il 3 % delle entrate totali statali (anno 1966), mentre in Italia non sono superiori all'1 %.

« ... I legami tra proprietà e impresa sono... strettissimi, al punto che le due posizioni si considerano spesso come i due aspetti — statico e dinamico — d'uno stesso istituto » (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 345). Tali legami sono suggeriti anche dalle espressioni di proprietà agricola, proprietà commerciale e proprietà industriale nelle quali si insinua il riferimento all'azienda, la destinazione del bene alla produzione (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 256).

La comprensione della connessione tra proprietà e impresa da parte della dottrina giuridica italiana si può far risalire al periodo degli anni trenta, quando si discusse il problema dei rapporti tra disciplina dei beni e disciplina della produzione, sia nei suoi termini generali, sia con riguardo particolare alla terra e all'azienda agraria (sulla quale C. MAIORCA, *La terra*, « Atti del II congresso nazionale di diritto agrario », Roma, 1939, spec. 173 ss.).

La produzione — si disse — acquista un'importanza fondamentale, « diviene, da fatto individuale, fatto sociale... in quanto essa richiede l'opera di più persone e in quanto si differenziano le posizioni del produttore e del consumatore ». Sorge allora il problema del rapporto tra appropriazione e produzione (W. CESARINI SFORZA, *Proprietà e impresa, La concezione fascista*, cit., 371). Altri disse che « le due posizioni, di capitalista e di imprenditore, si presentano economicamente e giuridicamente distinte ». Parallelamente, le cose sono considerate sotto un aspetto statico (proprietà) e sotto un aspetto dinamico (azienda). « La proprietà in sè, come puro rapporto di dominio e di pertinenza di cose corporee, appare, sotto il profilo della disciplina giuridica della produzione, soltanto in secondo piano, indirettamente e mediamente ». È nei confronti del proprietario-produttore che si può parlare di funzione sociale (E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, cit., 168 ss.).

La tematica dei rapporti tra disciplina della proprietà e disciplina della produzione è stata poi ripresa nel secondo dopoguerra nei suoi termini più corretti: come problema dei rapporti tra proprietà e impresa: « la modificazione della disciplina della proprietà... mira.. a spostare il centro del potere riponendolo nell'imprenditore. Questo moto... mira poi a far coincidere nuovamente proprietà con impresa e cioè ad attribuire agli imprenditori la proprietà... Si verifica... così una minor tutela di quello che potrebbe dirsi l'investimento... e un'accentuazione della tutela dell'attività e dell'investimento con l'esercizio di questa ». Questo è vero per gli ordinamenti più sviluppati; in altri « il contrasto tra proprietà e impresa costituisce a volte anche esso solo una via per alterare una distribuzione della terra che tragga la sua origine dalla sua connessione con l'attribuzione del potere politico; l'imprenditore si oppone allora ad un proprietario che ha, nei fatti se non nelle leggi, e data appunto la stessa origine della proprietà, attributi feudali » (T. ASCARELLI,

zioni si considerano spesso come due aspetti — statico e dinamico

Recensione a Atti del I convegno internaz. di diritto agrario, « Riv. it. sc. giur. », 1955-56, 627-628).

L'osservazione si estende ai rapporti tra impresa e l'intera categoria dei diritti reali. Per alcuni, l'evidenziarsi della « impresa come istituto giuridico autonomo, parallelo alla proprietà e non semplice modo di essere di questa » (R. Nicolò, *Diritto civile*, « Enc. dir. ») va visto in connessione con la crisi della più generale categoria dei diritti reali. La categoria dei diritti reali, infatti, « ha perduto la antica capacità espansiva. Fino a poco più di un secolo fa i diritti reali costituivano il nucleo e il paradigma dei diritti soggettivi privati... Oggi la situazione è alquanto mutata, sia perchè i diritti non reali hanno accresciuto il loro numero e il loro peso economico, sia perchè si sono trovati, per il dominio e lo sfruttamento di beni, strumenti diversi dalla proprietà e dai diritti reali di godimento (per esempio il « controllo » di società, ottenuto anche attraverso altre società), sia infine perchè la dottrina.. tende a valutare con rigore i requisiti necessari per l'individuazione di un diritto reale. Dopo la fase di espansione assistiamo dunque ora a una fase regressiva »; « ... l'accentuarsi del processo storico ora in svolgimento, per il quale la gestione e il godimento individuale dei beni tendono a lasciare man mano il posto a gestione e godimenti collettivi, si compiano questi con gli strumenti dell'economia privata o con quelli dell'economia pubblica, con società per azioni, con cooperative, con imprese socializzate o con altri mezzi ancora » potrebbe portare o alla « scomparsa più o meno integrale dei diritti reali » o alla « configurazione di diritti reali di nuovo tipo » (G. PUGLIESE, *Diritti reali*, « Enc. dir. », 775-776).

Si è visto, poi, anche l'altro lato della questione, affermandosi che lo Stato interviene con gli stessi strumenti sulla proprietà e sull'impresa, al punto tale da far dimenticare le differenze che sussistono tra l'una e l'altra. Queste attengono principalmente all'ordine degli effetti giuridici: « mentre infatti, in ordine ai beni, la norma opera con l'attribuzione di una qualità giuridica alla cosa, in ordine all'impresa non può operare se non attribuendo all'imprenditore una situazione giuridica soggettiva ». Si ammette però che dalle qualificazioni della cosa possano derivare per il proprietario situazioni soggettive: sì che attraverso la disciplina dei beni può ottenersi il risultato di disciplinare la attività imprenditoriale e viceversa (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 153-155).

E non è mancato un contributo specifico sul problema della proprietà e dell'impresa pubblica dicendosi che alcuni beni conservano natura fondiaria, altri assumono natura industriale. « Dopo la visione statica di un demanio fluviale come bene appartenente allo Stato in funzione di utilità collettiva e dopo la visione dinamica ma atomistica di un demanio fluviale come mezzo per l'esplicazione di iniziative private, sia pure in funzione di servizi pubblici, si presenta ora la concezione pure dinamica ma unitaria di un demanio fluviale come bene produttivo in mano dello Stato ». E non solo i beni del demanio fluviale si presentano come suscettibili di utilizzazione economica da parte dei pubblici poteri; così è anche del demanio ferroviario e di quello

— d'uno stesso istituto: « un'eventuale disciplina liberistica della pro-

stradale, ambedue amministrati da una apposita azienda autonoma: « in essi... lo Stato non è più un nudo titolare della proprietà demaniale nè limita la propria competenza a poteri di controllo ma interviene, nei limiti in cui ciò può essere fatto, ai fini di una utilizzazione armonica e coerente del bene pubblico ». Nei confronti di questi beni le responsabilità di ordine ingegneristico e di manutenzione delle opere da una parte e quelle di controllo dell'uso dall'altra diminuiscono di importanza (su questi concetti, F. BENVENUTI, *Il demanio fluviale*, « Il dir. maritt. », 1961, 476 ss.).

Così il demanio non è più un « oggetto da garantire per l'uso comune di tutti i cittadini », ma un bene produttivo (F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, « Riv. dir. nav. », 1965, 155); « la condizione giuridica del bene come tale non è che la conseguenza dell'esser il bene inserito nel servizio o nella funzione »: si assiste così alla « svalorizzazione del momento della proprietà a vantaggio del momento della attività di utilizzo del bene, dove la proprietà in se stessa non è che un presupposto », « elemento funzionale di un'impresa » (G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1967, 188 e 186).

Esaminando gli aspetti costituzionali della disciplina della proprietà e dell'impresa, si è detto che esse sono ispirate nello stesso modo agli stessi principi sociali (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa* cit., 346). Noi abbiamo già visto che — avendo l'impresa ad oggetto dei beni — vi è una connessione tra disciplina dei beni e disciplina dell'impresa nella Costituzione (U. POROTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 48): alla prima tende ad affiancarsi e poi a sovrapporsi la seconda. Si è visto anche che a questo vi è una spiegazione: l'impresa — a ben guardare — non è altro che un tipo particolare di uso dei beni (si intende, se vista sotto il profilo dei beni): è l'uso che più si è sviluppato dal ceppo originario della proprietà.

Qui dell'impresa pubblica non ci si può interessare *ex professo*: c'è un profilo, tuttavia, che interessa. È facile osservare che certi beni ad un tempo sono in proprietà dei pubblici poteri e costituiscono oggetto dell'impresa gestita dal soggetto pubblico. In un certo senso, sugli stessi oggetti grava un duplice diritto: di proprietà e di impresa: è al rapporto azienda-beni che qui va fatto un cenno. Un altro profilo interessante è quello che attiene all'uso dei beni: ma questo tema trova più opportuna collocazione nello studio della struttura del diritto.

Si comprende anche il perchè della collocazione del tema nel capitolo che riguarda l'oggetto: è solo il profilo oggettivo che qui importa. Ben s'intende che il tema dell'impresa presenta altri profili degni del più attento studio: si pensi a quello (F. BENVENUTI, *Il demanio*, cit., 476-491; dello stesso a. *La disciplina degli enti portuali e il Provveditorato al Porto di Venezia*, « Studi per Lessona », Bologna, I, 1963, 66-90) dei soggetti gestori. In ordine ai beni pubblici può dirsi che si evidenzia una gestione imprenditoriale nella misura in cui si opera in un soggetto unico un raggruppamento delle diverse competenze. Le funzioni ingegneristiche di costruzione e manutenzione, quelle

prietà limiterebbe in maniera rilevante, e forse decisiva, l'attuazione

commerciali, quelle di polizia, quando restano separate, danno difficilmente luogo al sorgere di una impresa.

L'azienda (informazioni generali in M. CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, 287-304; M. GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Torino, s.d., 259 ss. 273; principalmente, A. VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, « Riv. dir. comm. », 1958, I, 32-64, 105-161) che è oggetto del diritto di impresa, è composta di cose e, quindi, in parte, anche delle cose oggetto di proprietà dei pubblici poteri. I problemi sono: se l'azienda è un oggetto unitario; in via subordinata, di quale diritto è oggetto; quale è la posizione delle cose che fanno parte di azienda e, quindi, la sorte del diritto di proprietà su di esse dopo che siano entrate a far parte dell'azienda. Naturalmente, la nozione di azienda sarà diversa a seconda della nozione di impresa che si adopera. Qui si dà per dimostrato che impresa indichi una situazione soggettiva (su impresa e azienda, M. GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, 156 ss.).

Per taluni l'universalità patrimoniale è il prodotto di una disciplina giuridica che considera in certe situazioni un complesso di cose come *universitas*: il rapporto giuridico ha per oggetto unico il tutto come tale (D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano, 1936). L'azienda, pur comprendendo beni, cosiddetti beni immateriali, diritti di credito, debiti, è trattata come unità. L'art. 670 n. 1 del codice di procedura civile considera l'azienda come universalità di beni.

Altri ha visto la fonte di unificazione nella destinazione. La destinazione importa l'insensibilità del complesso a determinati attacchi esterni e, nel tempo stesso, nella sfera interna, limitazioni all'estensione del godimento e all'esercizio delle facoltà di disposizione (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 216). Col concetto di *universitas* ci si riferisce ad un nuovo oggetto giuridico, inteso come unitario centro di attrazione di una peculiare disciplina giuridica (S. PUGLIATTI, *Beni e cose*, cit., 306-309; si vedano anche 46-48).

Vi è chi ha detto che non basta la destinazione a far sorgere l'azienda: sembra invece necessario anche l'inizio dell'attività di gestione perchè solo con questa sorge il diritto. E poichè l'oggetto dell'impresa è considerato come unità solo al sorgere del diritto, è allora che sorge anche l'azienda (R. NICOLÒ, *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, « Riv. dir. comm. », 1956, I, 185-186).

Il punto difficile sta nel vedere di quale diritto sia oggetto questa unità. Alcuni dicono che essa è oggetto di proprietà poichè la composizione funzionale attribuisce ad essa una nuova ed autonoma individualità quale oggetto di diritto. Può, naturalmente, anche essere oggetto di usufrutto: in tal caso l'usufruttuario dell'azienda è l'imprenditore (D. BARBERO, *Sistema*, cit., 236 e 784).

Per altri l'azienda è un *quid novi* rispetto agli elementi che la compongono, ma come oggetto unitario immateriale sui cui vi è proprietà (F. FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1949, 113 ss.).

d'un indirizzo politico-economico di spiccata socialità nei confronti

Altri affermano che vi è titolarità d'azienda e non proprietà (M. CASANOVA, *Studi sulla teoria dell'azienda*, Roma, 1938). Non si allontana molto da questa tesi chi afferma che « l'impresa prescinde dalla titolarità di diritti, ed esige il semplice possesso (in senso lato) dei beni » (N. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965, spec. 109).

Altri afferma che vi è universalità di diritti sull'azienda e cioè riconosce l'esistenza di un insieme funzionale di diritti, trasponendo una problematica dei beni sul piano delle situazioni soggettive (si vedano gli autori cit. da E. ROMAGNOLI, *Aspetti dell'unità aziendale in agricoltura*, Milano, 1957, 136-137).

Vi è poi la tesi di chi nega che vi sia una unificazione dei vari rapporti giuridici che spettano all'imprenditore sull'azienda (cosiddetta teoria atomistica) (G. AULETTA, *Azienda*, « Commentario al codice civile Scialoja Branca », Bologna-Roma, 1960, 1 ss.; T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale: Introduzione*, Milano, 1955, 219 ss.).

Infine, v'è chi ritiene che « i beni, su cui si esercita l'impresa sociale, non sono oggetto di alcun diritto di proprietà, inteso questo in senso tecnico e riferito o riferibile a soggetti determinati »; che l'affermazione che la società ha personalità giuridica « non ha che un limitato valore classificatorio »; che il rischio d'impresa è un attributo della direzione (G. ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Milano, 1967, 34, 89 e 133).

I problemi sono numerosi: si tratta, come si è visto, di accertare se l'azienda sia soggetta a disciplina unitaria; se tale disciplina importi il sorgere di un diritto nuovo; in quali rapporti sia tale nuovo diritto con la proprietà delle cose che fanno parte della azienda.

Si è detto che nell'azienda cadono in ombra i rapporti personali e individuali di proprietà e prendono rilievo quelli fra il produttore e i beni che si adoperano per produrre: « ... mentre passa attraverso il processo produttivo, diventando bene strumentale, la cosa esce dalla proprietà e non è più sfruttabile. Nel processo produttivo non c'è sfruttamento, ma gestione. Potrebbe dirsi che lo sfruttamento resta sospeso, e che quindi il diritto di proprietà diviene, da attuale, virtuale. E allora è comprensibile che colui che continua ad apparire come titolare di un diritto, possa in realtà diventare un portatore di obblighi ». « I beni strumentali... sono beni sottratti al consumo immediato in vista di un consumo differito... ». Nella società la « separazione tra proprietà e impresa è arrivata agli estremi. L'azionista è proprietario di una quota di capitale, e può dirsi che ne tragga un reddito, ma è praticamente privo di ogni potere di disposizione sull'oggetto della sua proprietà » (CESARINI SFORZA, *Proprietà e impresa*, cit., 373 e 375).

Questa tesi è stata ripresa, in termini più rigorosi, di recente. Si è detto che, una volta sorta l'impresa, il contenuto del diritto preesistente è in situazione di quiescenza. L'impresa non esclude o assorbe la proprietà: la lascia quiescente: « la facoltà di godimento, esercitata con l'atto di destinazione a quella data finalità strumentale, non si può immaginare che sia autonomamente esercitabile nei termini originari, sino a quando non intervenga un contrario comportamento del soggetto che elimini gli effetti di per sè permanenti di

delle imprese industriali e commerciali». Ma tale problema, nel no-

quella destinazione...» (R. NICOLÒ, *Riflessioni*, cit., 188-189; *Id.*, *Riflessioni*, cit., 192 e 185; E. ZANELLI, *Il trasferimento delle imprese elettriche nella sistematica della circolazione dell'azienda e della successione nella impresa*, « Riv. soc. », 1964, 343 ritiene che la tesi che impresa sia diritto costituisce un rinnovamento o riadattamento dall'interno degli istituti tradizionali; dice che la proprietà delle materie prime può mantenersi anche durante la trasformazione e che la posizione dell'imprenditore non soppianta quella del proprietario C. MAJORCA, *Premesse alla teoria della proprietà*, « Jus », 1941, 83-84).

C'è però da chiedersi se, invece che un fenomeno di quiescenza, non si abbia qui un fenomeno di pluriqualificazione, per cui i beni sono considerati unitariamente in ordine a taluni rapporti e atomisticamente in ordine a taluni altri rapporti: nel primo caso si parlerà di impresa, nel secondo di proprietà. Vi sarà disciplina unitaria quando le cose sono direttamente strumentali, servono immediatamente alla produzione e allo scambio dei beni prodotti (spunti in questo senso negli scritti di ASCARELLI e di AULETTA, cit. e in A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, 157 ss.). Altrimenti, sono sottoposti a disciplina atomistica: ad esempio, le cose hanno le forme di tutela della proprietà, i crediti quelle loro proprie, ecc.

Per l'impresa pubblica, il problema è di più facile soluzione, a confronto con l'impresa privata. Di regola, infatti, l'azienda pubblica sarà in prevalenza composta di cose di proprietà dei pubblici poteri: questa tendenza sarà ancor più accentuata quando si tratti di cose in ordine alle quali operi riserva poichè per queste l'ordinamento dispone particolari cautele per evitare che possano essere appropriate da privati (si veda anche R. NICOLÒ, *Riflessioni*, cit., 192-193).

Quanto al problema dei beni redditizi, va detto che esso era affrontato un tempo in termini del tutto diversi da quelli odierni. Si escludeva, infatti, che i pubblici poteri potessero avere un interesse economico privato — quale quello di realizzare un reddito — nella gestione della cosa e si affermava che l'esistenza di una tassa fosse in ragione inversa dell'importanza sociale del servizio a cui si riferiva (O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico II I beni demaniali nel diritto italiano*, « Giur. it. », 1898, 12 ss.; *III Teoria*, « Riv. it. sc. giur. », 1899, 24 ss. (estr.)). Oggi il problema va visto in termini del tutto diversi, data l'esistenza di innumerevoli categorie di beni — in ordine ai quali è disposta riserva — per il cui uso si è tenuti al pagamento di un corrispettivo. Può semmai sorgere questione se possa il pagamento di un corrispettivo per l'uso di un bene conciliarsi con l'esistenza di una proprietà collettiva. Ma non si vede perchè la risposta non possa essere positiva, se l'uso è permesso a tutti: il pagamento di un corrispettivo sarà indice di un modo di gestione del bene. Naturalmente, non ogni volta che si ha bene redditizio si ha impresa. Qui non interessa definire impresa, ma è evidente che anche la gestione di beni può dar luogo a reddito, senza che vi sia impresa. Quindi qui non interessano i beni redditizi: d'altra parte, tale categoria non ha rilevanza giuridica: è già stato dimostrato che beni redditizi si trovano anche tra quelli detti demaniali e patrimoniali indisponibili, oltre che tra i beni patrimoniali disponibili e che, al contrario, ben non redditizi si

stro caso, non si pone perchè « la disciplina della proprietà contenuta nell'art. 42 appare ispirata a principi sociali non meno profondamente che quella dell'impresa di cui agli artt. 41 e 43 » (24).

Detto questo in generale, occorre aggiungere che, poichè la situazione di impresa ha per oggetto l'azienda — e cioè il complesso dei beni dei quali l'imprenditore dispone — la riserva di cui all'art. 43 si riferisce anche ai beni, sui quali si esercita il potere dell'imprenditore, nella misura in cui questo sia proprietario (25).

Ora, per l'impresa, la Costituzione identifica i termini di riferimento oggettivo: deve trattarsi di aziende « che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale ». Si è altra volta tentato di dimostrare che tali espressioni non sono mero « punto di riferimento » o « sintomo della necessità di un intervento dello Stato » ma veri presupposti dell'atto di riserva (26).

Concludendo, la Costituzione solo per alcuni beni — quelli che costituiscono azienda — dà strumenti di identificazione. Per questi rimette alla legge la indicazione concreta: per tutti gli altri rinvia semplicemente alla legge.

d) Ci si chiede allora se in questa maniera la legge di riserva invece di colpire una posizione specifica del soggetto non possa colpire la qualità astratta del soggetto. Infatti, è comune opinione che la legittimazione è determinata con riferimento ad oggetti determinati (27).

Sia chiaro innanzi tutto che il problema non si pone per i pri-

trovano tra quelli patrimoniali disponibili (S. CASSARINO, *La destinazione*, cit., 8); e che per i beni demaniali redditizi non ha rilievo tanto l'entrata quanto l'uso e la destinazione della cosa (si vedano gli scritti di PERSICO e di GIRODI cit. da O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., *I Stato della dottrina e della giurisprudenza*, « Giur. it. », 1897, 14 (estr.)).

(24) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa*, cit., 345-346.

(25) Secondo alcuni riserva di impresa si avrebbe quando il bene costituisce il prodotto di base sul quale l'impresa lavora (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 80).

(26) S. CASSESE, *Legge di riserva*, cit., 1344-1345.

(27) A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, cit., 184.

vati nei confronti dei pubblici poteri: vi è comunque un riferimento della privazione della legittimazione all'altro soggetto del rapporto, e cioè i pubblici poteri (o meglio, uno dei soggetti pubblici prima indicati: Stato, enti pubblici, comunità di lavoratori, comunità di utenti): è disposta una mancanza di legittimazione solo a favore di soggetti pubblici determinati. Abbiamo infatti visto che, operando una riserva, possono darsi due casi in ordine alla titolarità del diritto: o questa non viene assunta, o può esserlo solo da soggetti pubblici o da collettività. Vi è quindi un riferimento soggettivo, nel senso che una possibile titolarità del diritto può esservi solo a favore di soggetti o collettività determinati (28). È escluso che la riserva possa operare a favore di un privato: in questo caso gli altri soggetti pubblici e privati sarebbero privati della legittimazione e un privato potrebbe assumere il diritto: questa fattispecie è per più versi contraria alle norme della Costituzione che si sono esaminate. È certamente contraria alle disposizioni costituzionali in materia di eguaglianza; sarebbe in contrasto col fine dell'atto di riserva di rendere la proprietà accessibile a tutti; non sarebbe legittima perchè solo la « proprietà privata » può essere sottoposta a riserva (art. 42) (29).

Ma la riserva potrebbe colpire la qualità del soggetto anche a favore di soli soggetti pubblici. Cioè, si può pensare a riserve che escludano tutti i privati con una totale « collettivizzazione ». Ora, questo non è possibile per più motivi. In primo luogo, infatti, da una « collettivizzazione » totale sarebbe esclusa gran parte dei beni produttivi che sono oggetto di impresa: abbiamo già visto che la Costituzione indica le imprese che possono costituire oggetto di riserva. In secondo luogo, una « collettivizzazione » totale richiederebbe — a causa dell'uso congiunto necessario di espropriazione e riserva che abbiamo illustrato — una previa espropriazione: e questa può essere operata « nei casi preveduti dalla legge »; e cioè non con riferimento a tutti i beni. La formula « nei casi preveduti dalla legge » non si può intendere equivalente a « in tutti i casi » chè altrimenti nessuna garanzia

(28) Si veda il paragrafo precedente dedicato ai soggetti.

(29) Si veda il paragrafo precedente dedicato ai soggetti.

vi sarebbe nel richiamo alla legge: la pubblica amministrazione comunque arriverebbe a « collettivizzazioni » totali. In conclusione, può dirsi che — anche lasciando da parte i limiti disposti per il caso della azienda — il meccanismo previsto dalla Costituzione esclude che leggi di riserva operino nei confronti di tutti i beni. Possono essere sì operate ingenti espropriazioni seguite da riserve: ma ciò non impedisce che la capacità dei privati non si possa esplicare rimanendo il regime di appropriabilità libera per alcuni — sia pure eventualmente pochi — beni.

Si può, peraltro, dire che ciò non è sufficiente a far ritenere che si abbia riserva: vi è sì una limitazione quantitativa e quindi un riferimento negativo ma non una determinazione del potere con riferimento positivo a certi beni. L'identificazione delle imprese e non dei beni, per i quali vi è solo la limitazione quantitativa negativa della quale si è detto, fa pensare che i Costituenti non abbiano voluto garantire certi beni determinati. Sembra cioè importante la differenza che si nota nella disciplina della riserva per l'impresa e per la proprietà: nell'un caso c'è un riferimento positivo, nell'altro possono identificarsi dei termini di riferimento negativi. Potrebbe dirsi cioè che l'accesso all'impresa è visto dalla Costituzione con maggiore favore della libera appropriazione privata dei beni perchè per questi la Costituzione rimette al legislatore l'identificazione delle categorie da sottrarre ad appropriazione privata.

D) Si è già visto che la Costituzione parla di « modi di acquisto » e di « limiti ». Essa dispone due tipi di riserva che possiamo chiamare riserva per categorie e riserva per eccedenze.

Il tipo di riserva è qui contraddistinto dal bene. Nel primo caso si tratterà di una categoria di beni (30). Bisogna riflettere sul fatto

(30) Il fatto che la riserva, quando verta su beni, abbia ad oggetto categorie di beni non è stato rilevato se non in qualche caso raro in giurisprudenza: « invero la dichiarazione di demanialità di un determinato gruppo di beni comprende tutti quelli per i quali sussistano i presupposti, e non ha rilevanza l'eventuale appartenenza o il modo di acquisto di alcuno di essi a favore di privati in confronto della dichiarazione legislativa che riconosce la destinazione naturale di quei beni a soddisfare in modo esclusivo un premi-

che la disciplina giuridica può tener conto sia di singoli beni sia di categorie (31). In questo secondo caso, si pongono indubbiamente delicati problemi che attengono alla determinazione dei confini della categoria e, quindi, alla individuazione dei beni in essa inclusi (32). Ma più importante è riflettere su questa conseguenza di una disciplina per categorie, che la normativa non si indirizza ai beni esistenti *attualmente* ma si estende alle cose che in futuro verranno ad esistenza per opera dell'uomo o della natura e che siano della specie indicata dalla categoria (33). Se non fosse così, si creerebbe una disparità di posizioni tra i soggetti che posseggono i beni nel momento in cui la normativa è posta in essere (nel nostro caso, quando è disposta la riserva) e quelli che divenissero in futuro proprietari di beni della stessa specie. In particolare, una riserva che si estendesse ai soli beni oggi esistenti opererebbe una privazione per alcuni soggetti e lascerebbe invece altri liberi di appropriarsi della stessa specie di cose. Per esempio, un fiume che — per un movimento naturale della terra — venisse in esistenza non potrebbe non essere sottoposto allo stesso

nente interesse generale » (Trib. sup. acque pubbl., 14 ottobre 1965, n. 22, C.S., 1965, II, 433).

Si veda anche Trib. acque Venezia, 5 novembre 1947, F.P., 1948, I, 551 che afferma che l'art. 822 del cod. civ. con riguardo alle acque si è ispirato al concetto della formazione progressiva del demanio; per cui il diritto dello Stato importa una continua formazione quando le acque abbiano l'attitudine a soddisfare un pubblico generale interesse.

In dottrina, nel senso che il regime demaniale attenga a categorie di beni, un cenno in E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 176; la discussione sulle novità introdotte dal nuovo codice in R. ALESSI, *Osservazioni in ordine alle disposizioni*, cit., 174.

(31) La diversità di disciplina tra la categoria e le singole parti si nota, ad esempio, anche nella disciplina delle miniere dove è chiara la distinzione tra il regime della miniera e quello del minerale estratto (inappropriabilità della prima e appropriabilità del secondo), per quanto anche qui bisognerebbe più attentamente esaminare l'oggetto della riserva (se sia la categoria di beni-miniere oppure il loro sfruttamento); su questi punti si veda C. VITTA, *Il diritto dello Stato sulle miniere di fronte al concetto di demanio pubblico*, Modena, 1930, 13-14.

(32) G. D'ANGELO, *Limitazioni*, cit., 35. Sulla categoria, G. GUARINO, *Unità*, cit., 236-237.

(33) L'art. 822 cod. civ. contiene riserve per *tipi* (come dice A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 280).

regime giuridico al quale furono sottoposti quelli già esistenti al momento della riserva disposta per i beni del cosiddetto demanio fluviale.

Dal fatto che i beni sottoposti a riserva siano identificati necessariamente per categorie discende che le leggi che dispongono la riserva devono identificarli in base ai loro tratti naturali (34). E, infatti, così accade per i beni del demanio pubblico di cui all'art. 822 cod. civ.: ad esempio, ivi si parla del lido del mare e ogni volta che venga ad esistenza una cosa — lido del mare, ad essa si applicherà la riserva. La stessa cosa non può dirsi, tra i beni di cui all'art. citato, per i soli beni del demanio militare. A questi infatti si fa riferimento con l'espressione « le opere destinate alla difesa militare ». Ora, non è che una cosa naturalmente sorga come « opera destinata alla difesa militare »: questa espressione comprende più categorie di beni; e tali ca-

(34) E ciò viene in rilievo nella giurisprudenza per ciò che riguarda la cosiddetta sclassificazione per obiettiva alterazione del bene: « nel merito la Sezione non vuole escludere che la sclassificazione di un bene demaniale possa avvenire anche per volontà tacita dell'amministrazione, purchè però questa abbia tenuto un contegno univoco incompatibile con l'intenzione di conservare al bene la sua destinazione e con la necessità dell'uso pubblico. Inoltre al comportamento dell'autorità a cui sono affidati la conservazione del bene e l'esercizio dei poteri che vi sono collegati, deve unirsi non soltanto l'impossibilità materiale della destinazione del bene al pubblico uso, ma anche l'impossibilità materiale di un ripristino di questo » (C.S., V, 14 ottobre 1961, n. 493, C.S., 1961, I, 1628). Si veda anche Cass., sez. un., 2 maggio 1962, n. 849, G.I., 1962, I, 1, 795 ss. che ammette la possibilità che un bene demaniale perda tale qualifica a seguito dell'alterazione dei suoi caratteri obiettivi in conseguenza di un evento naturale o in conseguenza di un fatto volontario dell'amministrazione qualora questa ritenga compatibile con l'interesse pubblico provocare la obiettiva alterazione del bene. Questo rilievo obiettivo viene in luce nella giurisprudenza per ciò che riguarda l'inizio della cosiddetta demanialità. In proposito la giurisprudenza afferma concordemente che il bene è sottratto ai privati quando acquisti attitudine ad usi di pubblico, generale interesse e precisa che tale attitudine basta che sia virtuale e non effettiva (si veda Cass., 24 gennaio 1952, n. 217, F.I., 1952, I, 724 e Cass. 8 marzo 1954 n. 667, F.I., Mass, 1954, c. 141; qualche sentenza è discorde sul punto della non effettività della attitudine). Si veda anche Corte Cost., sent. 20 gennaio 1966 n. 6, « Giur. cost. », 1966, 1-2, 90-91 seguita da Corte Cost., 9 marzo 1967, n. 20, « Sent. e ordinanze della C. Cost. », 1967, 3 spec. 105, che pone in luce gli aspetti della generalità (in senso soggettivo) e della identificabilità con criteri obiettivi della categoria di beni.

tegorie non sono identificate direttamente dalla legge (35): la pubblica amministrazione indicherà volta a volta i beni che sono destinati alla difesa nazionale.

Si può dire forse che i beni del demanio militare sono per ragioni di tradizione storica annoverati tra quelli del demanio (36). In realtà, nei loro confronti si realizza un uso esclusivo dell'amministrazione statale, talmente esclusivo che il demanio militare impone anche alle proprietà contigue limitazioni al fine di assicurare la esclusività dell'uso da parte della pubblica amministrazione (cosiddette servitù militari). Si può ritenere che i beni demaniali militari siano beni di proprietà dell'ente pubblico e che non siano sottoposti a riserva. Questa tesi, potrebbe essere ancora avvalorata dalla circostanza che il codice si riferisce ad essi negli stessi termini del patrimonio indisponibile, con riferimento alla loro destinazione.

Una prova di quanto si è detto la si può riscontrare in un elemento che attiene alle vicende del bene e sul quale dovremo tornare: più precisamente, nella circostanza che la giurisprudenza recente ha affermato che la demanialità sta nella cosa e non v'è bisogno che sia dichiarata da un atto amministrativo, che avrebbe natura solo ricognitiva (37): un bene privato che divenga spiaggia del mare passa *ex*

(35) Mentre il vecchio codice ricordava esplicitamente « le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze di guerra e delle fortezze »; la giurisprudenza ammette il carattere demaniale, sotto l'attuale codice, delle fortezze, delle piazze di guerra, delle linee trincerate e dei poligoni di tiro (Trib. Catanzaro, 30 marzo 1961, G.I., 1962, I, 2 con nota di S. CASSARINO).

(36) Si è infatti spesso detto che il demanio militare è una specie eccezionale e il regime della incommerciabilità assoluta è dovuto per esso a particolari motivi storici e politici, che non consentono l'estensione per analogia di questa categoria ad altri immobili destinati al servizio pubblico: si veda per tutti C. VITTA, *Il diritto dello Stato sulle miniere di fronte al concetto di demanio pubblico*, Modena, 1930, 20.

(37) Cass., I, 4 maggio 1955, n. 1246, F.I., 1955, I, 986-989, seguita da Trib. Bologna, 20 marzo 1964, F.A., 1965, I, 66. La giurisprudenza ha più volte e costantemente ribadito la natura dichiarativa degli elenchi. « Non è necessaria, per affermare la demanialità di un'acqua, la sua classificazione negli elenchi delle acque pubbliche i quali hanno natura semplicemente dichiarativa e non costitutiva. Il fatto che un'acqua non sia stata compresa negli elenchi di acque pubbliche non impedisce che essa venga dichiarata pubblica

lege tra i beni sottoposti a riserva, senza che vi sia bisogno di un atto di quelli che vengono definiti di delimitazione: questo, quando vi sia, ha mera natura dichiarativa (38).

Qualche perplessità può far sorgere l'art. 43: questo prevede che la legge si riferisca sia a « categorie di imprese » sia a « determinate imprese ». Ma occorre riflettere sul fatto che l'art. 43 disciplina congiuntamente sia la riserva sia l'espropriazione: si spiega quindi il riferimento a imprese determinate; queste possono essere oggetto solo di espropriazione. Al contrario, che senso avrebbe l'espropriazione di categorie di imprese se oggetto dell'espropriazione non possono non essere beni determinati attualmente in proprietà di privati? Chiarito così il dubbio, bisogna sottolineare anche che l'art. 43 conferma che il riferimento oggettivo della riserva è una « categoria », come esso espressamente dice.

Il secondo caso — che abbiamo definito riserva per eccedenze — trova applicazione quando si sia verificata una fattispecie di questo tipo: espropriazione di parte di un bene di proprietà di privati; pri-

successivamente, sia dalla stessa autorità amministrativa in sede di formazione di elenchi suppletivi, sia dall'autorità giurisdizionale competente » (Cass., 27 luglio 1964, n. 2100, Mass. G.I., 1964, 696, solo massima). Di più: « anche se un'area non è compresa negli elenchi delle strade pubbliche, aventi esclusivamente valore dichiarativo, qualora essa sia facilmente ed abitualmente percorribile da un numero indefinito di utenti, e ciò restò accertato senza riserve, va considerata, agli effetti della circolazione stradale, quale strada pubblica ». (App. Brescia, 14 novembre 1963, « Riv. circolazione », 1965, 149). « Ne consegue che, mentre da un lato la natura demaniale può essere contestata, non ostante l'iscrizione, a meno che sia decorso il termine di mesi sei dalla pubblicazione dell'elenco, senza che sia stato proposto ricorso ai tribunali regionali; dall'altro lato, l'accertamento della demanialità ha effetto non *ex nunc*, vale a dire dalla data del decreto, ma *ex tunc* e cioè dal momento in cui l'acqua ha rivelato la sua idoneità ad usi di pubblico, generale interesse; prima che tale idoneità si riveli, l'acqua viene in pratica considerata di natura privata e ciò spiega come, malgrado la potenziale (ma non ancora dichiarata) attitudine ad usi di pubblico interesse, possa aver formato oggetto di negozi di trasferimento fra privati » (Trib. sup. acque pubbl., 11 maggio 1965, 10, C.S., 1965, II, 242-243).

(38) C. CARBONE, *Esecuzione dell'atto amministrativo*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 417; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 102 parla di atti di certazione.

vazione della legittimazione dei privati in ordine a quelle parti che restituiscono il bene nella sua grandezza (per estensione, per redditività ecc.) (39) originaria. In questo secondo caso si tratterà di tutti i possibili beni che — sommati a quelli ancora dei privati — diano una proprietà della stessa estensione di quella che è stata colpita da espropriazione: cioè, proprio l'eccedenza che è stata espropriata (40).

A proposito delle riserve per eccedenze bisogna riflettere sul fatto che l'estensione del bene non è — nel nostro ordinamento — indifferente: « non è la stessa cosa essere proprietari di quattro ettari o essere proprietari di cento ettari di terreno » (41).

Si badi che anche la riserva per eccedenze è necessariamente disposta per categorie di (eccedenze di) beni. Quindi anche essa si riferisce a tutti i beni della specie inclusa nella categoria, ivi comprese le cose che venissero ad esistenza successivamente alla riserva. Com'è comprensibile, qui la fattispecie è più complessa perchè il termine oggettivo della riserva può essere la cosa che verrà ad esistenza sia nella sua intierezza sia in parte: per quella parte, appunto, che eccede il limite di quantità fissato. Inoltre, la cosa può eccedere di per sè il limite oppure eccederlo perchè viene ad aggiungersi a un bene della stessa categoria in mano a privati. Il fatto che anche in questo caso la riserva abbia per oggetto categorie resta nascosto perchè nella maggior parte dei casi essa è stata disposta per categorie attualmente eccedenti il limite. Ora, è evidente che, trattandosi di un limite posto all'estensione di beni in proprietà di privati, nella maggior parte dei casi — come in quello posto in luce prima — dovrà prima espropriarsi la quota di bene eccedente e poi si potrà disporre la inappropriabilità su tale quota. Ora, poichè l'espropriazione colpisce i proprietari esistenti *attualmente*, può sembrare che su questi soli operi anche questo tipo di riserva. Ma, se si riflette sui fini che con la riserva si vogliono raggiungere, si vedrà che non necessariamente è così che agisce la ri-

(39) Informazioni sui diversi modi di calcolo in G. MIELE, *La proprietà terriera*, cit., 11.

(40) C. ESPOSITO, *Note esegetiche*, cit., 192 ss.

(41) Interventi VASSALLI e PUGLIATTI, in *Atti del III Congr. naz. dir. agr.*, cit.

serva. Questa mira a porre un limite anche alle possibilità che in futuro avrebbero i proprietari di ampliare di nuovo la loro proprietà. E ciò potrebbero fare o con altri beni contigui non espropriati o con cose che venissero ad esistenza successivamente o riacquistando i beni espropriati dall'ente pubblico o dai privati ai quali l'ente potrebbe averli assegnati. Per impedire ciò, esiste la riserva per categorie di beni eccedenti un certo limite.

Da quanto detto si comprende che la riserva per categorie eccedenti non è necessariamente connessa con la espropriazione: ad esempio, se in una zona esistessero beni in proprietà di privati non eccedenti il limite, ben potrebbe essere disposta una riserva proprio per evitare che in futuro tale limite venisse superato.

Inoltre, neppure qualora vi fosse espropriazione, riserva per eccedenze e assegnazione a privati di beni espropriati, si potrebbe dire che la riserva colpisce solo alcuni soggetti e non tutti perchè, oltre agli ex proprietari espropriati e ai nuovi possibili proprietari, anche gli assegnatari dei beni espropriati non potrebbero divenire proprietari per beni di estensione eccedente il limite. Così posta la questione, si comprende come la riserva — anche quando sia disposta per categorie eccedenti — non è un atto singolare. Non colpisce i proprietari esistenti perchè questi vengono colpiti con espropriazione che trasferisce le quote eccedenti. Ma impedisce che questi stessi e tutti gli altri privati possano ricostituire o costituire *ex novo* una proprietà di dimensioni superiori al limite fissato.

E) Per ciò che riguarda i beni sottoposti a riserva sui quali sia assunta proprietà da parte di una collettività, c'è da ribadire che i beni nei confronti dei quali è operata la riserva sono esclusi dalla proprietà individuale privata in tutta la loro estensione: non è pensabile quindi l'appropriazione individuale di una quota di essa. Che i beni nei confronti dei quali opera la riserva siano esclusi dalla proprietà individuale in tutta la loro estensione è principio che ha massima importanza nel caso di riserva a favore di collettività: la proprietà collettiva in tanto esiste in quanto i membri della collettività non possono diventare proprietari individuali di una quota.

2. Le considerazioni svolte finora attengono in senso stretto al tema della riserva e quindi dei rapporti di esclusione creati da legge in ordine ai beni cosiddetti demaniali. Prima di lasciare il problema dell'oggetto, occorre tuttavia svolgere alcune considerazioni a proposito della nozione di cosa pubblica e delle relazioni tra attività di manutenzione e i beni. Lo scopo di queste osservazioni è, principalmente, quello di spiegare le ragioni per le quali taluni di questi temi vanno considerati indipendentemente dallo studio dei beni oppure di illustrare i motivi che inducono ad espungere talune nozioni, scarsamente rigorose, dalla presente indagine.

A) Ci si chiede innanzitutto se sia giustificato parlare di cose (o beni) pubblici (in senso stretto, come cose con attributi diversi da quelle private) o se queste locuzioni non siano da intendere come espressione abbreviata dell'altra: cose in proprietà dei pubblici poteri.

La questione non è indifferente: gli aspetti oggettivi della proprietà hanno tutti riferimento alle qualità naturali delle cose: mobili, immobili, insieme di mobili, fondi rustici, fondi urbani, suolo, superficie, sottosuolo, ecc. È vero che, talora, si tratta, tra gli aspetti oggettivi della cosa, della proprietà agricola, di quella industriale e di quella commerciale, che sono qualifiche che attengono alla destinazione della cosa; ma gli studiosi più avveduti hanno in tal caso cura di sottolineare che qui la proprietà interferisce con l'impresa e che quindi si è in altro tema (1) (2).

(1) D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino, I, 1958, 722.

(2) Sull'importanza del profilo oggettivo, S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà, La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 246; *contra*: E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, «Atti del I congresso nazionale di diritto agrario», Firenze, 1936, spec. 160 e 167. Vi è chi afferma che di regola i diritti positivi non si ispirano mai ad un canone unitario: certe volte accolgono l'aspetto soggettivo, altre volte l'aspetto oggettivo. Va notato però che qui le due espressioni sono adoperate in un senso diverso da quello corrente. Pubblico in senso oggettivo è — per l'opinione riferita — un bene in quanto fornisce, direttamente o indirettamente, un'utilità a una collettività pubblica o a una parte di essa. In senso soggettivo pubblico è un bene non solo per l'appartenenza a un ente ma perchè serve necessariamente

In un certo senso, una risposta al problema l'abbiamo data quando abbiamo escluso che — dal lato cosiddetto interno — la proprietà si differenzi quando ne sia titolare il privato e quando invece ne sia titolare l'ente pubblico. Ma bisogna tornare — sia pure brevemente — sull'argomento perchè le espressioni sopra citate sono di largo uso e ad esse vengono spesso dati significati non univoci.

Va ricordata principalmente l'opinione per la quale « il concetto di proprietà pubblica presuppone l'altro di cosa pubblica », e « cosa pubblica è quella che forma immediatamente oggetto di pubblica amministrazione » (3). Ora, distinguere i beni a seconda che siano oggetto o mezzo di attività amministrativa vuol dire distinguerli non secondo il criterio della situazione soggettiva che l'ente ha sul bene ma in base alla disciplina dell'attività. Ma la circostanza per cui il regime della appartenenza dei beni è connesso a una funzione pubblica dei soggetti pubblici proprietari non deve far dimenticare che i due aspetti vanno studiati separatamente: da una parte, i problemi dei diritti reali dei pubblici poteri, dall'altra i problemi degli interessi che la pubblica amministrazione deve curare. Oppure può dirsi che,

a quell'ente: per l'appartenenza necessaria (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 10).

(3) È l'opinione di S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1912, 458 e 461; si veda anche 465, dove indica i significati di bene pubblico e di bene ad uso pubblico. D'altra parte va considerato anche il fatto che la indicazione legislativa dei beni pubblici avviene con stretto riferimento alla cosa nella sua conformazione fisica e non alla sua attitudine a soddisfare determinati usi. Ciò è stato posto in rilievo, in particolare, da D. GAETA, *Il demanio marittimo*, Milano, 1965 (ed. provv.), 5 e 51 (dove mette in luce che l'unica eccezione, nell'ambito del demanio marittimo, è quella che riguarda i canali); lo stesso autore mette in luce le conseguenze che ciò ha sugli inizi della cosiddetta demanialità e sulla sua cessazione, nel senso che il venire in esistenza della cosa nel suo aspetto naturale fa sorgere la demanialità (anche se ciò comporta problemi difficili, come nel caso del terreno di proprietà privata che diviene lido o spiaggia, non comportando il passaggio un indennizzo: 76-79) e nel senso che la circostanza che la cosa non si modifichi pone dei limiti alla possibilità di una sua sclassificazione (102 ss.). Naturalmente, la conformazione naturale della cosa influisce anche sugli usi e in particolare su quelli consentiti sulla base di concessioni, nel senso che queste non possono comportare modificazioni dello stato naturale della cosa (si vedano le pagine 137 e 147). Per questi problemi, si rinvia al par. precedente.

nell'opinione riferita, cosa in senso oggettivo viene definita non per le sue intrinseche qualità — in quanto giuridicamente rilevanti — ma per una sua relazione con un fine. Ma non è in questo senso che, trattando dell'oggetto, si può considerare pubblica una cosa: più che la cosa, è, in tal caso, la struttura del diritto che può dirsi pubblica o privata. Si deve quindi ritenere che l'espressione cosa pubblica non possa venir adoperata in nessuno dei sensi sopra indicati: nè come espressione abbreviata di cosa in proprietà dei pubblici poteri; nè come cosa con attributi naturali (4) — giuridicamente rilevanti — pro-

(4) Le qualificazioni che l'ordinamento giuridico opera sono « arbitrarie ». La loro « arbitrarietà » non è solo verificabile con entità che non hanno materialità nel mondo naturale (ad esempio, persona giuridica) ma anche con le cose del mondo naturale. L'affermazione di alcuni, che la « categoria sociale » (il bene, ad esempio) non può scostarsi decisamente dalla realtà ontologica è vera come aspirazione *de jure condendo* (L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, Milano, 1952, 146). Il giurista interprete del diritto positivo non può non riconoscere che la normazione crea proprie « realtà » non corrispondenti a quelle del mondo naturale; altre volte classifica quelle del mondo naturale.

Dal non aver posto l'attenzione dovuta a questo criterio metodologico e, all'opposto, dall'aver adottato un criterio che diremmo naturalistico di identificazione delle cose pubbliche sono conseguiti numerosi pseudo problemi. Principalmente, questi sono sorti in presenza di disposizioni normative attinenti a serie di beni. La concezione naturalistica porta ad ordinare tali beni per generi; ma per generi identificati a seconda delle caratteristiche naturali dei beni. Il codice civile, ad esempio, parla di strade: si adotta la nozione di uso comune o delle scienze naturali di strada: luogo della terra identificato da palizzate, recinzioni, pietre, idoneo a permettere il passaggio di mobili, uomini, greggi ecc. Sarebbe conseguente affermare che tutti i beni di tal natura sono sottoposti a regime « demaniale ». Ma qui interviene la legislazione di specie ponendo, tra le strade, distinzioni che non fanno più capo alla nozione di senso comune o delle scienze naturali. Sorge il problema — erroneo — di rendere omogenee queste alla legislazione cosiddetta generale. Nel caso, si pone uno pseudo problema perchè, nel corso della stessa interpretazione, si adoperano, della cosa, due nozioni: una di senso comune o delle scienze naturali e una normativa.

Ora. è bene ricordare qui che cosa in senso giuridico è ben diversa da cosa in senso naturale: cose in senso giuridico sono quegli oggetti del mondo naturale che presentano una rilevanza per il diritto. L'individuazione della cosa tra gli oggetti del mondo naturale si opera in maniera « arbitraria »: una entità del mondo oggettivo diviene, ad esempio, una cosa o più cose.

Altrettanto si può dire della identificazione (S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1962, 85 ss. e 164 ss.; si veda anche L. BARASSI,

prii e diversi da quelli delle « cose private ». Ma come espressione

Diritti reali, cit., 229 ss.; specificamente, sul punto della individuazione, A. AURICCHIO, *La individuazione dei beni immobili*, Napoli, 1960; sul diverso rilievo dell'« elemento extragiuridico » e dell'« elemento formale » della qualificazione giuridica nelle cose, A. PINO, *Contributo alla teoria giuridica dei beni*, « Riv. trim. Dir. Proc. Civ. », 1948, 825 ss. e spec. 832).

Le caratteristiche naturali della cosa hanno però rilievo nel diritto. In primo luogo, perchè da queste dipende il numero degli usi che di esse si può fare. Infatti, si è già visto che dalla conformazione naturale della cosa dipendono i tipi di uso che di essa di possono fare: un'autostrada ne avrà meno di una strada perchè ha una rete di connessione con altre strade molto limitata, che rende difficile il suo uso ai pedoni e ai ciclisti. Naturalmente, la limitazione degli usi può dipendere anche dalla destinazione che di un bene si faccia a un certo fine (ad esempio, destinazione della autostrada al traffico veloce al fine di assicurare velocità e sicurezza dei trasporti a lunga distanza): ma, in questo caso, siamo in un campo diverso perchè la destinazione non dipende dai caratteri naturali della cosa. Non sembra, però, che si possa affermare trattarsi in ambedue i casi di destinazione: « una che riguarda la destinazione insita nella natura stessa del bene, l'altra relativa alla destinazione che dipende da un atto di assegnazione. Nella prima il bene, fin dal momento in cui esiste nel patrimonio dell'ente pubblico con quella data conformazione fisica, è vincolato alla destinazione; nella seconda, invece, nè l'esistenza del bene nè l'appartenenza all'ente possono generale tale vincolo, che invece sorge con l'atto, cui si è accennato » (S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, 23 e 84).

Altre caratteristiche e peculiarità naturali dell'oggetto hanno rilievo diretto nell'ordinamento giuridico. Tale la differenza tra beni mobili, immobili, complessi di beni.

Il principio per il quale tutti i beni demaniali debbono essere immobili era in passato affermato come avente « valore assoluto ». Si introduceva così, anche per la « proprietà pubblica », la distinzione tra beni immobili e beni mobili. I motivi del principio enunciato si riassumevano così. In primo luogo, perchè tra i beni sicuramente demaniali non se ne riscontra alcuno mobile (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 26). In secondo luogo, perchè non sussistono motivi per dare ai beni mobili la tutela amministrativa: se questa si desse, non potrebbe funzionare per i beni mobili (S. ROMANO, *Principii*, cit., 463 ss.; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., loc. cit.). Secondo altri, la cosa demaniale deve essere immobile « perchè l'uso pubblico inteso come uso libero, individuale, consumerebbe le cose mobili » (F. CAMMEO, *Demanio*, « Dig. it. », 860). Ma a questa tesi si è obiettato che anche la maggior parte degli immobili demaniali si consuma con l'uso, mentre possono esservi mobili che non sono consumati dall'uso (G. FALZONE, *I beni*, cit., 253). Secondo altri, i beni mobili non possono essere demaniali perchè essi non rendono possibile o non si realizzano nell'uso pubblico, diretto ed immediato (O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, III Teoria, « Riv. it. Sc. Giur. », 1899, 30 (dell'estr.)). Per altri, i beni demaniali sono beni *stabilmente*

abbreviata di cosa a destinazione o funzione pubblica: in questo senso è alla struttura del diritto e non al suo oggetto che si fa riferimento.

destinati ad un uso di interesse pubblico; quindi non possono essere demaniali i beni mobili consumabili e fungibili, in quanto non sono suscettibili di destinazione stabile, permanente (F. ROVELLI, *I beni demaniali*, Milano, 1937, 19). Secondo altri, i mobili non possono essere demaniali perchè i privati godrebbero dell'attività amministrativa necessaria a collocarli in qualche posto e non del bene. Ma a questa tesi è stato obiettato che anche nei confronti degli immobili la amministrazione svolge una attività (La tesi è di PRESUTTI; la critica di G. FALZONE, *I beni*, cit., 253 (ivi cit. lo scritto del Presutti)). Vi è, infine, chi vede il limite del bene immobile in maniera rigida, ma non più con riferimento al demanio bensì alla proprietà collettiva (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 55).

Con riguardo alla universalità di mobili, si è detto: « ... anche il nuovo codice civile è rimasto ligio alla tradizione di considerare passibili di demanialità solo i beni immobili e alcuni diritti su beni immobili, innovando l'ordinamento precedente solo per quanto concerne le universalità dei mobili che, come è noto, hanno molti punti di contatto con gli immobili (art. 1156, 1160). Beni mobili, *singulatim*, non possono pertanto formare oggetto di demanio, la cui nozione rimane circoscritta nel nostro ordinamento ai diritti reali pubblici » (R. RESTA, *Beni pubblici*, « Commentario al codice civile Scialoja Branca », Bologna-Roma, 1960, 69).

Va precisato che la distinzione tra cose mobili ed immobili riguarda sempre meno l'oggetto in senso stretto, per le sue caratteristiche naturali, e sempre più la sua disciplina giuridica, sì che l'interprete non può sempre affidarsi alla distinzione quale la si riscontra nelle scienze naturali e deve operare la distinzione sulla base delle norme ad essa dedicate (S. PUGLIATTI, *Beni e cose*, cit., 221-222).

Nè va dimenticato che per taluni beni già il codice precedente seguiva un criterio giuridico e non un criterio ontologico per indicare i beni mobili perchè sono tali quelli per natura ma anche quelli per destinazione o per l'oggetto al quale si riferiscono (L. BARASSI, *Diritti reali*, cit., 201 ss.). Il codice attuale anch'esso elenca tra gli immobili molti beni che non sono tali naturalmente; meglio, sottopone a regime immobiliare molti mobili.

Qualche dubbio sulla validità della negazione del regime detto demaniale per le cose mobili, però, è già visibile nella dottrina. Ad alcuni sembra che « l'inclusione nel demanio pubblico dei beni indicati (universalità di mobili) stia piuttosto a confermare che a smentire il principio dell'esclusione dei beni mobili in genere dal regime della demanialità. Pur prescindendo infatti dalla disposizione dell'articolo 7 del r.d. 23 maggio 1924 n. 827, che equipara le raccolte artistiche e scientifiche ai beni immobili, da un lato la dottrina aveva sempre ritenuto che il regime della demanialità fosse non tanto concettualmente incompatibile quanto praticamente inattuabile rispetto ai beni mobili, cosicchè, se per le universalità di mobili questa difficoltà non esiste, la loro sottoposizione al regime demaniale è del tutto coerente al tradizionale convincimento della dottrina e d'altro lato l'affermazione che i singoli oggetti

B) Nel capitolo dell'oggetto sembra debba esser collocato anche il tema della manutenzione delle « cose pubbliche » e quindi quello dei rapporti tra lavori e opere pubbliche e « cose pubbliche ». Essi infatti agiscono sull'oggetto del diritto in quanto modificano la cosa pubblica (5).

che compongono l'universalità non demaniale perpetua il principio che le cose mobili come tali sono sempre sottratte al regime della demanialità » (E. GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, « Scritti per la Cedam », II, Padova, 1953, 512). Altri va più avanti e afferma che il carattere di bene immobile perchè un bene sia demaniale non è una « necessità giuridica » ma solo una « tradizione legislativa dal diritto romano fino ai moderni ordinamenti »: il legislatore potrebbe estendere il regime della demanialità anche ad alcuni beni mobili: il nuovo codice ha operato tale estensione alle collezioni artistiche, alle biblioteche e ad altre universalità di mobili (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1955, 16).

Ma ciò che importa è che non esiste una esclusione esplicita dei beni mobili: in altre parole, tra « gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico (articolo 822 del codice civile) possono esservi certamente beni mobili » (G. FALZONE, *I beni*, cit., 256). Anzi, leggi *ad hoc* avrebbero potuto sottoporre a cosiddetto regime demaniale beni mobili anche se ciò fosse stato escluso espressamente dal codice.

La distinzione, quindi, ha solo scopi classificatori, perchè ad essa non si collega una disciplina diversa, due diversi regimi giuridici (S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 254). D'altra parte, anche nel campo del diritto privato vi è chi dubita della validità della distinzione perchè insufficiente a sottolineare la graduale affermazione della distinzione tra beni registrati e beni non registrati (SALVATORE ROMANO, *Osservazioni sulla proprietà mobiliare, La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, 1939, 435 ss. e S. PUGLIATTI, *Beni immobili e beni mobili*, Milano, 1967, 224).

Non par dubbio che le ragioni storiche che giustificavano nel medio evo la distinzione non esistono più: in particolare il rilievo dato ai beni immobili (alla terra) contro i beni mobili (L. BARASSI, *Diritti reali*, cit., 196-197; B. BIONDI, *I beni*, « Trattato di diritto civile italiano », Torino, 1956, 62 ss.).

(5) Questa sistematica è diversa da quella corrente, che tratta l'argomento come attività riferita al bene, sia che si tratti di attività dei soggetti pubblici, sia che si tratti di attività dei privati. Il tema è, infatti, solitamente svolto in un capitolo dedicato alla amministrazione e alla utilizzazione dei beni. Ora, non vi è dubbio che l'attività di amministrazione ha riguardo diretto al bene. Pure, da un punto di vista rigoroso, o l'attività stessa incide sul bene, ed allora inerisce all'oggetto; o, invece, essa non viene presa in considerazione che in quanto attività, ed allora essa trova più opportuna collocazione nella descrizione delle attività amministrative. Ora, a parte ogni discussione sulla validità dello studio della amministrazione per tipi di attività, è ben chiaro che, se si volesse parlare qui dell'attività di manutenzione, occorrerebbe par-

L'attività dell'amministrazione con la quale questa costruisce un bene, lo mantiene in efficienza o gli ridà un'efficienza perduta, ne migliora l'efficienza o la funzionalità, lo distrugge, si denomina opera o lavoro pubblico (6). Non tutte le opere pubbliche o lavori pubblici riguardano però beni pubblici, potendo l'ente pubblico eseguire lavori su beni di privati o lavori che diano luogo al sorgere di beni privati (7). Bisogna vedere se è vero il contrario: se su beni pubblici si possono svolgere solo lavori pubblici, se cioè solo i pubblici poteri possano svolgere attività di manutenzione di beni di loro pertinenza (8), oppure, invece, lo possano anche i privati. Ora, circa il suo sorgere ad esistenza fisica, non c'è dubbio che il bene possa essere frutto anche del lavoro di privati (o di enti pubblici diversi da quello

lare anche di tutte le attività che si riferiscono ai beni: uno studio sul diritto di proprietà pubblica si trasformerebbe così in una descrizione delle attività della pubblica amministrazione, poichè non vi è attività che non abbia riferimento, diretto o indiretto, ai beni. Questo è orientamento molto diffuso, ciò che permette di capire perchè si siano poste distinzioni come quella — che abbiamo sopra criticato — tra beni mezzo e beni oggetto di azione amministrativa.

A ciò bisogna aggiungere le perplessità che — sotto un profilo metodologico — fa sorgere lo studio delle attività amministrative identificate sulla base del loro contenuto. Val la pena di ricordare che, cinquanta anni or sono, si affermava che « la nostra disciplina ha ormai oltrepassato lo stadio in cui non si trovava modo di esporla che seguendo ad una ad una le singole attività degli enti amministrativi e descrivendo tali attività così come nel fatto esse si esplicano »: « il diritto privato... non segue... il singolo in tutte le attività in cui egli spende la sua vita, nel senso che non desume i suoi argomenti e non divide le sue teoriche a seconda che le persone passeggiano, viaggiano, esercitano le varie professioni, si costruiscono le dimore, ecc., e non si sa vedere perchè il diritto amministrativo dovrebbe far ciò per lo Stato, il Comune, la Provincia ». Non, quindi, è auspicabile una « semplice ed empirica descrizione » ma una ricostruzione della « figura giuridica particolare » di ogni istituto (S. ROMANO, *Principii*, cit., XII-XIV).

(6) G. ROEHRSEN, *Sul concetto di opera pubblica e di lavoro pubblico*, « Studi per Lessona », II, Bologna, 1963, 250-251.

(7) G. ROEHRSEN, *Sul concetto*, cit., 264; A. D. GIANNINI, *Lavori pubblici*, « Enc. Treccani », ad vocem.

(8) Così sembra si esprima G. ROEHRSEN, *Sul concetto*, cit., 258-259 (ma si veda anche 282); si veda inoltre CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950, 1-3 (con qualche contraddizione).

proprietario) e poi passare tra i beni pubblici (9). Anche la manutenzione dei beni pubblici — per essa intendendo le opere o lavori che su di essi si compiono per mantenerne l'efficienza — può essere compiuta da privati, ma in veste di esecutori materiali del lavoro. È noto che l'amministrazione può eseguire i lavori direttamente o può avvalersi dell'opera di privati, dandoli in « concessione », affidandoli con contratti di cottimo, con contratti di regìa, mediante contratti di appalto.

Non vi è quindi una correlazione necessaria tra bene pubblico e attività degli enti pubblici di manutenzione del bene. Solo — si badi — che lo spiegamento di energie da parte di privati avverrà in virtù dei contratti di concessione, cottimo, regìa e appalto summenzionati: in quanto ciò avviene, si è sempre nell'ambito dei lavori pubblici (10). D'altra parte, bisogna considerare che, per particolari categorie di beni (specialmente quelli del cosiddetto demanio marittimo e di quello idraulico) sono chiamati a concorrere nell'attività e nelle spese necessarie alla manutenzione, oltre agli enti proprietari, anche le provincie, i comuni, i consorzi e talora i proprietari privati delle zone nelle quali i beni sono situati (11).

(9) A. D. GIANNINI, *Lavori pubblici*, cit.; ipotesi diversa, di costruzione di opere da parte di privati e di *negotiorum gestio* in G. ROEHRSEN, *Sul concetto*, cit., 272 ss.

(10) Cenni in A. D. GIANNINI, *Di alcune questioni in tema di appalto*, « Acque, bon. e costruz. », 1954, 255 e in E. MICCOLI, *Appalto pubblico*, « Noviss. Dig. it. », 702.

(11) G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 26. Vi è chi ritiene che lavori e opere pubbliche possano riguardare solo beni immobili: in tal caso la non coincidenza di bene pubblico e di lavoro pubblico sarebbe ancor più grande non potendosi chiamare pubblici quei lavori che si svolgono su beni mobili pubblici. « Concettualmente, peraltro, le cose mobili non potrebbero ritenersi escluse dalla nozione di opera pubblica e in astratto nulla vieterebbe di attrarre nella disciplina delle opere immobiliari anche la disciplina delle altre » (G. ROEHRSEN, *Lavori pubblici*, « Noviss. Dig. it. », 485).

IV

CENNI CONCLUSIVI

1. Sono necessarie alcune osservazioni conclusive.

A) Abbiamo finora notato che lo studio sui beni dei pubblici poteri non può non prendere le mosse dall'esame del dettato costituzionale. Infatti, si è visto che il tratto pubblicistico più rilevante che caratterizza i beni dei pubblici poteri consiste nella esclusione della legittimazione dei privati a divenire proprietari di questi beni (1). Tale esclusione, nel nostro ordinamento giuridico, ha un fondamento nella norma che garantisce costituzionalmente l'accesso dei privati alla proprietà dei beni.

Per questo motivo in questo studio è cambiata — a confronto con altri studi sull'argomento — quella che si può dire la disposizione del materiale normativo: si è cominciato esaminando la Costituzione e, nella Costituzione, da una parte il sistema delle garanzie delle situazioni di appartenenza dei beni, dall'altra il fondamento della riserva che opera a favore di alcuni beni dei pubblici poteri e permette quindi ai pubblici poteri proprietari di tali beni di godere di un diritto di cui altri non possono essere titolari. Tuttavia, come si è già detto, il fatto che, in ordine a certi beni, i privati siano esclusi dalla legitti-

(1) A pensare bene, ad alcune proprietà di pubblici poteri o di collettività è rimasto quell'elemento di privilegio che costituiva, prima della rivoluzione francese, la migliore tutela dei proprietari privati: quella qualità che in epoche storiche diverse è stata denominata inalienabilità, inalienabilità, e con altri svariati termini e che noi definiamo riserva: che ha per necessario effetto un'esclusione e per effetto eventuale il rafforzamento dell'appartenenza, poichè la rende necessaria. Sembra quasi che si possa dire che enti pubblici e collettività sono le uniche figure soggettive che ancora godono di privilegi del tipo di quelli feudali.

mazione alla titolarità del diritto non può far pensare che il diritto di proprietà dei pubblici poteri — soli legittimati a questa situazione — sia pubblico. Per i beni sottoposti a riserva, in altre parole, non si pone tanto il problema — tipico della proprietà — di identificare il proprietario, quanto piuttosto quello inverso, di affermare che nessuno — che non sia legittimato — possa diventare proprietario. Si chiami pure proprietà pubblica la fattispecie contraddistinta da proprietà e da riserva, ma resti inteso che, a voler essere rigorosi, la proprietà non diviene pubblica per il fatto che i privati ne siano esclusi. Se si esclude questo — che è il tratto pubblicistico saliente del regime di appartenenza di certi beni ai pubblici poteri — la disciplina dei beni dei pubblici poteri — sotto il profilo « interno » — non si discosta da quella dei privati (2).

(2) Quanto si è detto richiede una ulteriore precisazione di teoria generale. Sono note le polemiche sul diritto soggettivo e, principalmente, sul diritto di proprietà. È noto che le posizioni predominanti sono attestate intorno a due: la prima, quella che vede la proprietà nella facoltà di impedire che di una cosa godano altri; la seconda, quella che la riconosce nella facoltà di godere della cosa. L'una mette in luce il lato esterno, l'altra il lato interno; l'una l'aspetto della protezione, l'altra *l'agere licère*.

Ora se l'essenza della proprietà la si vede nell'escludere; se la proprietà consiste non nell'averne la facoltà di coltivare il fondo, di abitare la casa, di andare in automobile, ma nel potere impedire che ci vadano gli altri, che altri abitino la casa o coltivino il fondo, potrebbe a ragione dirsi che la proprietà accompagnata da riserva è ben lungi dall'essere una proprietà di diritto comune poichè proprio l'aspetto suo più caratteristico, l'esclusività, è rafforzato sino ad impedire totalmente ad altri ogni possibilità di accesso alla cosa. Cioè, seguendo questo orientamento, che definisce il diritto soggettivo e la proprietà per il loro aspetto esterno, la proprietà cui inerisca riserva non può non essere vista come strutturalmente diversa dalla proprietà che non sia accompagnata da riserva. E allora potrebbe dirsi che l'una è proprietà pubblica e l'altra è privata e in tal modo si negherebbe l'ipotesi di una nozione unitaria, di diritto comune, della proprietà.

Solo che le premesse di questo ragionamento sono errate se si accoglie l'altra tesi: la proprietà la si esercita in quanto si gode la cosa, si attua il suo contenuto interno di *agere licère*. La pretesa dell'adempimento del dovere, invece, è obbedienza al comando normativo ed è imposta dal diritto oggettivo. Ciò che caratterizza la proprietà è il suo lato interno, e in questo senso tra proprietà « pubblica » e « privata » non corre grande differenza (si vedano gli scritti di D. BARBERO, ora in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, spec. 116 ss., 132 ss., 150 ss., 162 ss., 210 ss.; ivi altra bibliografia. Sulle tesi del Barbero, S. PUGLIATTI, *Il trasferimento*, cit., 24 ss.).

Nè sembra che possa fondatamente dirsi — rovesciando quanto si è cercato di dimostrare finora — che, perlomeno, carattere distintivo della proprietà pubblica è quello di vertere su beni che non possono essere oggetto di proprietà privata. Una affermazione di questo tipo può essere puramente descrittiva, nel senso che mira a riassumere in una formula una intera disciplina, per ragioni di comodo; ed allora è accettabile. Ma non può essere intesa in senso rigoroso, poichè tra l'affermazione che i beni non sono suscettibili di proprietà privata e la proprietà pubblica c'è un *hiatus* non colmabile, dato dal fatto che insuscettibilità di proprietà privata è regime che attiene alla riserva e quindi solo alla esclusione e non alla disciplina del bene successivamente alla riserva. Per cui, a chi volesse comunque dire che alla proprietà pubblica resta come carattere distintivo questo, minimo, di vertere su beni che non possono essere suscettibili di proprietà privata, si potrebbe facilmente obiettare che non necessariamente i beni insuscettibili di proprietà privata hanno una disciplina proprietaria unitaria, giungendosi fino al punto che, in ordine ad alcuni di essi, si dà un mero uso e neppure proprietà successivamente alla riserva. Insomma, quel che si vuol dire è che la tesi che qui si è cercato di dimostrare come valida non può essere rovesciata: se noi abbiamo detto che non esiste proprietà pubblica ma esistono beni suscettibili di proprietà privata e beni insuscettibili di proprietà privata, non si può dire che è proprietà pubblica quella che ha ad oggetto beni insuscettibili di proprietà privata, per il semplice fatto che dalla circostanza che siano insuscettibili di proprietà privata non discende che siano di proprietà pubblica neppure nel senso limitatissimo e residuale che siano di pertinenza di enti pubblici o dello Stato. E basta ricordare quanto si è detto, a proposito della netta separazione tra regime della riserva e disciplina del bene successivamente alla riserva, per sostenere l'infondatezza di una affermazione come quella, che qui si è, in via di ipotesi, accennata.

Detto ciò, occorre solo non confondere i singoli elementi che da tale disciplina vengono presi ad oggetto volta a volta: soggetto titolare, bene, situazione giuridica. Infatti una serie di attributi che si

ritengono propri della situazione giuridica e che quindi la fanno ritenere diversa da quella dei privati, sono propri o del soggetto o del bene oggetto del diritto. Quindi una indagine sulla proprietà dei pubblici poteri può essere condotta solo se si prendono separatamente in esame i soggetti, gli oggetti e la situazione giuridica e si studia la disciplina giuridica di ognuno di essi partitamente, e con riguardo ai diversi tipi di beni (3).

Se ne trarrà il convincimento che la risposta al quesito fondamentale che deve porsi lo studioso dei beni pubblici, è che la proprietà pubblica o dei pubblici poteri non si differenzia da quella di diritto comune (4). È infatti indubbio che il primo problema da chiarire, per

(3) Da quanto si è finora detto, si pone la necessità di un riesame della proprietà pubblica che tenga conto da un lato delle disposizioni costituzionali e dall'altro delle leggi «speciali». Si è cercato di far ciò, distinguendo da una parte la disciplina di diritto comune da quella di diritto pubblico e dall'altra i problemi che riguardano la figura giuridica del proprietario, i beni oggetto della situazione giuridica e infine la situazione giuridica del proprietario stesso.

Risultato ultimo di questa indagine potrebbe essere infatti la dimostrazione che la pubblica amministrazione non è titolare di situazioni giuridiche di natura reale diverse da quelle dei privati. La differenza che corre tra pubblica amministrazione e privati consisterebbe solo nel fatto che la prima è in grado di rafforzare — con un rapporto di natura pubblica — l'esclusione che discende dalla situazione giuridica di proprietà. La disciplina dei beni dei pubblici poteri non si discosta quindi da quella dei beni 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. Si è anche precisato come la riserva nulla aggiunge o toglie al diritto di proprietà limitandosi eventualmente a rafforzare l'esclusione con riguardo ai beni per i quali l'opera: essa quindi — a stretto rigore — non muta la natura della proprietà dei pubblici poteri. Abbiamo, però, anche visto che, in ordine a certi beni, può essere disposta riserva senza che si abbia assunzione del diritto da parte dei soggetti a ciò legittimati (cose in pubblico uso o proprietà di mero godimento) e che questa fattispecie pone problemi che non possono essere risolti secondo lo schema della proprietà individuale o solitaria.

(4) A conclusioni che sembrano simili giungono quegli autori che affermano che esiste una proprietà in diritto privato e una proprietà in diritto pubblico e che traggono da questa osservazione la conclusione che la proprietà è un «Oberbegriff», di teoria generale (tra gli altri, interventi BETTERMANN e STERN, *Die öffentliche Sache*, cit., 244-245 e 263).

Invece è diversa la posizione di chi sostiene che la distinzione tra proprietà pubblica e proprietà privata «in nessun caso può consistere in una di-

chi voglia studiare questa materia, è quello dell'esistenza di una disciplina differenziata per la proprietà pubblica. La risposta che fin d'ora si avanza è negativa: la proprietà non è pubblica per il suo contenuto; e non è tale neppure per la natura pubblica del soggetto proprietario poichè questo in quanto proprietario non è sottoposto a regole diverse da quello privato e poichè possono essere proprietarie figure collettive che come tali non sono pubbliche nè private. Solo in un senso impreciso può definirsi pubblica la proprietà che è sottoposta a riserva poichè la riserva agisce in un momento preliminare ed estraneo alla proprietà (5). Come diceva il Brugi, portando l'esempio delle

versa *natura* o *struttura* del diritto, il quale, secondo si rileva dagli svolgimenti compiuti, è sempre di proprietà: e questa, o non è, o, se è, ha immutabile struttura » (D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, 150 n. 2).

(5) La proprietà dei pubblici poteri è risultata finora caratterizzata per il lato che potremmo dire esterno mentre per il lato interno essa è simile alla proprietà dei privati. Con maggior rigore, dobbiamo dire che quello che si è definito lato esterno è estraneo al diritto di proprietà poichè riguarda i soggetti che possono (o non possono) divenirne titolari. In questo senso, quindi non è vero che esistono due specie di proprietà nei due campi del diritto pubblico e del diritto privato. Si ricordi che « ...il diritto di proprietà... non è una figura essenzialmente ed esclusivamente di diritto privato o di diritto pubblico: è, invece, una figura generale e comune all'uno e all'altro. Ma essa, nelle varie manifestazioni, si qualifica diversamente, secondo che la destinazione della cosa, essendo funzionale, importa un regolamento di diritto pubblico o, essendo meramente lecita e, quindi, entro certi limiti, libera, importa un regolamento privatistico che faccia larga parte all'autonomia del proprietario... La tendenza a ricorrere al concetto di proprietà privata, tutte le volte che si accenna al concetto di proprietà in genere, deriva da quelle ragioni storiche e tradizionali, oramai sorpassate, per cui tutto il diritto amministrativo si considera una deviazione dal diritto comune, cioè dal diritto privato » (S. ROMANO, *Corso*, cit., 176-177 e *Principi*, cit., 471; nello stesso senso, R. RESTA, *Beni pubblici*, cit., 59-60 e 62-63, dove è impostato il problema dei rapporti tra lato interno e lato esterno).

Vi sono dei motivi generali per i quali la riserva non può dirsi caratterizzata dalla sola proprietà: ed è che essa opera anche nei confronti di altri diritti, come quello d'impresa. Questa parificazione di proprietà e impresa per ciò che riguarda la riserva potrebbe essere un altro motivo per ritenere giusta la tesi che vuole che impresa sia un diritto. Ma importa di più sottolineare un altro aspetto, più attinente al tema della proprietà: la riserva non può ritenersi propria solo della proprietà ma anche di altri diritti così come la cosiddetta esclusività può anche non ritenersi carattere essenziale del diritto di proprietà perchè, se de-

res nullius, di quelle *extra commercium* e di quelle inalienabili, « non sarà male anche in quest'argomento invocare l'esempio dei romani. Un grande insegnamento che ci viene dai loro testi è che certe relazioni della vita possono essere definite giuridicamente piuttosto dal loro aspetto negativo che dal loro aspetto positivo » (6). Con espressione che può apparire paradossale, ma che è vera, può quindi dirsi che la proprietà pubblica è pubblica perchè non può essere privata. Ma da questa risposta si trae anche, sotto altro profilo, che esistono beni in condizioni giuridiche diverse, alcuni essendo appropriabili dai privati ed altri no; o, meglio, che non tutti i soggetti sono dotati di pari poteri in ordine a certi beni perchè taluni possono essere privati della legittimazione a divenire proprietari. Non più, quindi, vi è una distinzione tra diritti (privati o pubblici) di proprietà ma una distinzione tra poteri, che incide sulla appropriabilità.

Alla ricerca di un criterio di distinzione, un termine di riferimento è stato trovato nell'atto che contiene la disciplina, per cui nel codice civile sono contenute norme del diritto privato e nelle « leggi speciali » norme di diritto pubblico. Questo criterio è adoperato specialmente per l'interpretazione degli articoli 828 e 830 del codice civile: nel primo « il codice assoggetta quei beni anzitutto alle norme di diritto pubblico che li concernono e, solo in via sussidiaria e compatibilmente con i principi generali cui quelle si ispirano, alle norme dettate dal codice civile per i privati »; per i beni dell'articolo 830, invece, « valgono genericamente le norme del codice civile, salve le disposizioni contenute nelle leggi speciali » (7).

riva dalla titolarità, — nel senso che la pertinenza attuale di un diritto ad un soggetto esclude la contemporanea pertinenza di esso ad altro soggetto — è carattere comune a tutti i diritti soggettivi (S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, 7).

(6) B. BRUGI, *Della proprietà*, cit., I, 358-359.

(7) R. RESTA, *Beni pubblici*, cit., 109.

Il rilievo per cui i beni pubblici sono sottoposti a disciplina da atti diversi da quelli del codice è comune alla dottrina tedesca che segue, sia pure in parte, le orme del Mayer che per primo, come si è visto, richiamò l'attenzione sulla circostanza che i beni oggetto di proprietà pubblica sono disciplinati da atti legislativi diversi dal codice. In particolare, si veda A. KÖTTGEN, *Öffentliches*

Ora, per accertare se nelle intenzioni del legislatore vi fosse davvero quella di sottoporre i beni pubblici ad una disciplina diversa da quella della proprietà privata, bisogna tener conto degli studi che prepararono il codice e in particolare del primo progetto e della relazione della commissione reale. Proprio tale commissione pubblicò, nel 1937, un progetto del secondo libro del codice nel quale si abbandonava, perchè equivoca, l'espressione demanio per sostituirla con quella di proprietà pubblica. Qui non interessa la circostanza che in tale progetto si intendesse procedere per via di definizione e non per via di elencazione alla identificazione dei beni di proprietà pubblica. E non interessa neppure il rilievo che a tale metodo — o alla applicazione di tale metodo — fu fatto, dicendosi che alla enume-

Sachenrecht, Deutsches VerwR, München, 1937, spec. 437 e 439 dove mette in luce il fatto che, mentre il codice civile regola la proprietà come diritto, le leggi sui beni pubblici regolano la proprietà come « Stand »; il diritto soggettivo è al centro del diritto civile, mentre, per questo autore, non è al centro del diritto pubblico (ma poi egli stesso, 435 e 436, sottolinea la storicità dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato e la esistenza di beni privati a destinazione pubblica così come i beni pubblici, 438-439).

Nel senso di una distinzione tra proprietà pubblica e proprietà privata basata sulla diversità di norme regolatrici, più genericamente, il breve scritto di A. MESA - MOLES SEGURA, *Sobre la propiedad publica en el derecho administrativo*, « Studi per Garcia Oviedo », Sevilla, 1954, 107-113.

Nella letteratura italiana, si veda R. ALESSI, *Intorno ai concetti di « pubblicità » e « demanialità » dei beni*, « Riv. dei beni pubbl. », 1932, 261-280, che afferma che « è su di uno schema di diritto pubblico che la materia va ricostruita »; occorre « abbandonare anzitutto i concetti civilistici suaccennati, per adottarne altri, veramente pubblicistici ». Ed afferma che la disciplina dei beni pubblici non è da rintracciare nelle norme del codice ma nelle leggi speciali. Il codice parte da un punto di vista di diritto privato e disciplina il profilo della proprietà e dell'appartenenza, che sono estranei al diritto amministrativo. Le leggi speciali o leggi amministrative prescindono dall'elemento appartenenza, sicchè la cosa pubblica può appartenere anche ad un privato; tali leggi sono ispirate alla utilità sociale, pubblica, che la cosa deve rendere (questo autore distingue tra utilità sociale e uso pubblico).

In giurisprudenza, si veda Pretura di Messina, 31 agosto 1961, « Riv. giur. edilizia », 1962, I, 991, che afferma che, essendo i beni pubblici mezzo essenziale per lo svolgimento di una funzione inderogabile, sono sottratti alle regole del codice civile e quindi in favore di strade comunali la esenzione dall'osservanza delle distanze di cui all'art. 892 del codice civile trova la sua propria ragion d'essere nella natura stessa della proprietà pubblica, vale a dire è *in re ipsa* nel regime speciale dei beni demaniali.

razione di beni si era sostituita un'enumerazione di criteri per l'identificazione dei beni di proprietà pubblica, sì che maggiori risultavano le difficoltà interpretative. In particolare, si osservò che una volta incamminati sulla via della definizione, ci si doveva attenere a questa e non dare più definizioni, creando così maggiori equivoci. Importa invece sottolineare che la commissione intendeva per proprietà pubblica «una proprietà di diritto pubblico, nel senso che le cose rientranti in quella categoria sono sottratte alla disciplina del diritto privato e sono, invece, regolate con norme di diritto pubblico». In quel progetto cioè, proprietà pubblica non era una espressione vaga quanto al significato, ma indicava sia un modo di identificazione di categorie di beni, sia, principalmente, un regime giuridico di particolare protezione di beni ai quali soltanto tale regime si applicava perchè solo per questi beni sussistevano le particolari ragioni di tale tutela (8). Quel che qui conviene sottolineare è proprio la circostanza che tale redazione del libro secondo del codice fu poi abbandonata: si ritornò alla espressione demanio e al vecchio sistema della elencazione dei beni: alla definizione fu preferita la vecchia espressione e la indicazione descrittiva. Sotto questo profilo, allo scopo di accertare la *ratio legis*, sembra allora importante rilevare che fu espressamente abbandonata l'idea che la proprietà pubblica si potesse identificare per la esistenza di un regime di deroga a quello di diritto comune. Naturalmente, va precisato che questo è rilievo che attiene alle norme del codice: niente esclude che la normativa cosiddetta speciale possa poi disciplinare i beni pubblici in maniera totalmente

(8) Sul progetto, si vedano le osservazioni di C. VITTA, *Distinzione della proprietà pubblica dalla privata nel progetto di codice civile*, « Riv. dir. pubbl. », 1938, I, 461-473; O. RANELLETTI, *Su le disposizioni*, cit., 105-112; E. GUICCIARDI, *La proprietà pubblica*, cit., 380-393. In questi scritti, anche critiche pertinenti ai modi di identificazione dei beni oggetto di proprietà pubblica, previsti dal progetto: attitudine a usi di pubblico generale interesse, destinazione alla difesa nazionale, espressa menzione della legge come proprietà pubblica. In particolare le osservazioni, non dissimili da quelle svolte nel testo di questo scritto, sulla difficoltà di definire l'uso pubblico (e ancor più l'attitudine a tale uso di un bene) sia in relazione alla destinazione oggettiva sia in relazione ai soggetti ammessi a tale uso.

diversa da quei beni che si dicono privati e che sulla base di ciò possa parlarsi di proprietà pubblica come distinta da quella privata. Qui si vuole solo mettere in luce che nel codice non c'è nessuna norma generale che possa permettere di affermare che la proprietà che verte su beni pubblici ha caratteri (meglio, deve avere caratteri) diversi da quella che verte su beni privati. Ma, a pensare bene, è proprio questo l'ostacolo fondamentale alla affermazione che la proprietà pubblica ha un proprio regime diverso da quello della proprietà privata. Infatti, a questo scopo è importante rilevare principalmente che il codice, nel dettare una disciplina che attiene ai beni, non dispone in generale che a tale disciplina siano sottoposti solo i beni in mano di privati e non esclude quindi che a tale disciplina siano sottoposti anche beni in mano degli enti pubblici. Ciò che si è detto potrebbe forse anche essere dimostrato per altra via; noi abbiamo tentato una dimostrazione argomentando dalla intenzione del legislatore, ma si potrebbe forse anche dire che il nostro codice prescinde in generale dalle definizioni che attengono alla natura dei soggetti, mirando, piuttosto, a delineare una disciplina delle attività.

Quindi, ciò che si pensa di poter negare qui è proprio la distinzione — in ordine alla proprietà — tra norme di diritto pubblico e norme di diritto privato. Si tratterebbe, invece, sempre di norme di diritto comune. Non si può negare insomma, che la proprietà pubblica « conservi quella struttura propria del diritto soggettivo di proprietà, come forma massima di protezione incondizionata di un interesse del soggetto, e sia quindi potenzialmente regolata dalle norme comuni che sono tradizionalmente contenuto del diritto civile » (9).

Il rilievo che non occorre far capo alle nozioni del diritto pubblico quando i pubblici poteri agiscono nella veste di persone di diritto comune e che, quindi, la proprietà dei pubblici poteri non si

(9) Anche se lo stesso autore poi afferma che « 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 al soggetto per la realizzazione di un interesse che lo trascende » (R. NICOLÒ, *Diritto civile*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 915-916).

diversifica da quella dei privati (10), è già stato fatto: « finchè i rapporti del diritto privato — o, come dicesi, del diritto comune — si mostrano sufficienti alla soddisfazione dei bisogni pubblici cui lo Stato deve provvedere, questi non ha motivo di ricorrere ai rapporti specifici della sua personalità: ciò che lo Stato può conseguire col contratto non v'ha ragione che egli consegua invece col negozio di diritto pubblico e con l'atto di impero. Nel campo dei diritti reali è generale la sufficienza del diritto reale privatistico... » (11). Il rilievo che anche

(10) Messo il problema in questi termini, si comprende che affermare l'esistenza di una proprietà pubblica in senso stretto comporta la distinzione tra proprietà tenuta nell'esercizio di una funzione privata e proprietà tenuta nell'esercizio di una funzione pubblica. Ora, le difficoltà di questa distinzione sono enormi: negli Stati Uniti, dove pure la distinzione è più chiaramente posta tra « governmental function » e « proprietary function », non vi è chi conosca i confini tra le due nozioni (K. C. DAVIS, *Administrative law cases*, St. Paul, 1959, 446-448; *Indian Towing Co. v. U.S.* 350 U.S. 61 (1955) e E. McQUILLIN, *The law of municipal corporations*, Mundelein, 1950, X, 72 ss.).

(11) G. ZANOBINI, *Il concetto*, cit., 178. La coscienza che il diritto pubblico fosse un diritto privato speciale è stata sempre chiara: « nel campo del diritto pubblico debbono potersi trovare gli stessi istituti giuridici del diritto privato, fin dove e come sono compatibili colle esigenze del diritto d'impero, e sempre da questo trasformati ». La stessa persona giuridica pubblica è una persona giuridica privata « che viene trasformata in pubblica dall'aggiungersi ad essa della capacità dell'impero » (così termina l'indagine di O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., III *Teoria*, cit., 265-266 (dell'estr.).

Più di recente, è stata sottolineata la « tendenza a riconoscere operanti i principi del diritto civile anche per quelle situazioni soggettive e per quelle forme di attività dello Stato e degli enti pubblici che sono, nella sostanza strutturale, corrispondenti a situazioni e attività individuali ». « Certo, diversa è la funzione che quelle situazioni tendono ad attuare quando si ricollegano ad un soggetto pubblico, ma sino a quando il profilo funzionale si pone come un semplice momento teleologico della tutela e delle forme che questa assume senza alterarne la struttura, sino a quando cioè... la proprietà pubblica è ancora proprietà, l'impresa pubblica è ancora impresa, il contratto di diritto pubblico è ancora contratto, chè la qualificazione pubblica non è che il riflesso della qualità del soggetto e della natura superindividuale dell'interesse protetto ma non l'indice di una essenziale diversità di struttura, siamo ancora nell'ambito del diritto civile ». Oggi — è stato detto — ci si deve porre il problema « se certe situazioni e certe forme di attività, qualificate come pubbliche, non solo in relazione al soggetto ma anche in considerazione del fine che ne giustifica rispettivamente l'attribuzione o la esplicazione (attuazione di un interesse pubblico) non siano invece da riportare, per la loro oggettiva configurazione, al diritto civile ». « ... È chiaro che questo ritorno alle origini, destinato ad

la cosiddetta proprietà demaniale sia una proprietà privata dei pubblici poteri per la quale però intervenga un atto che priva i privati della legittimazione alla titolarità di proprietà su quei beni; e il conseguente rilievo che è tale privazione della legittimazione il tratto pubblicistico che caratterizza il regime giuridico di una parte dei beni dei pubblici poteri, erano già impliciti in quanto si affermava: « ciò che fa qualificare di diritto pubblico la proprietà demaniale è principalmente il contenuto pubblicistico dei rapporti che si stabiliscono fra l'ente titolare e i terzi, a causa di questa proprietà. Come la proprietà privata, così la proprietà pubblica non si esaurisce nel rapporto fra il soggetto e la cosa, ma dà pure luogo a una serie di rapporti fra il soggetto del diritto e gli altri soggetti: tali rapporti hanno per contenuto il potere, che ha il primo, di escludere i secondi dall'esercitare indebiti atti di godimento e di disposizione sulla cosa e dall'impedire al titolare di esercitarveli. Questo *jus excludendi alios*, che caratterizza sempre i diritti reali, varia nei due campi soltanto per il modo di farsi valere. Nel diritto privato, intercedendo fra soggetti posti in condizione di eguaglianza, non può farsi valere se non a mezzo di azione giudiziale; nel diritto pubblico, invece, intercedendo fra soggetti posti in condizione di diseguaglianza ed essendo a favore di quello che gode di poteri di supremazia di fronte agli altri, si fa valere, come tutti i diritti pubblici di supremazia, mediante atti di polizia e di sovranità, ossia con ordini ed altri provvedimenti amministrativi immediatamente esecutori, con la coazione diretta e indiretta e con

avere un significato sostanziale che non si esaurisce nella semplice constatazione che quelle figure sono scaturite da una matrice comune, la proprietà, l'impresa, il contratto, senza appellativi, non trova ostacolo in una eventuale differenziazione di disciplina che esse hanno rispetto alle corrispondenti situazioni del diritto civile... Quando la situazione giuridica soggettiva che fa capo allo Stato o in genere all'ente pubblico, ha la medesima struttura di quella situazione che è il diritto soggettivo e quando l'attività del soggetto pubblico ha quel fondamentale carattere che è proprio dell'atto di privata autonomia, non è difficile ammettere che siamo nell'ambito del diritto civile perchè la qualità del soggetto, istituzionalmente regolato e organizzato attraverso norme di diritto pubblico, è in definitiva indifferente, e solo marginalmente rilevante, ai fini di individuare la disciplina di quelle entità oggettive » (R. NICOLÒ, *Diritto civile*, « Enc. dir. », *ad vocem*).

l'applicazione di pene contravvenzionali. La così detta « polizia e tutela amministrativa delle cose pubbliche », che a nessuna delle dottrine più antiche è sfuggita, non è altro, in tal modo, che l'esercizio del diritto di proprietà nei riguardi dei terzi » (12). Il diritto di proprietà dello Stato « è identico a quello che sulle cose possono avere i privati in forza del diritto privato di proprietà. La proprietà pubblica, in tal modo, nel suo lato giuridico interno, non si differenzia sostanzialmente dalla proprietà privata. La differenziazione si ha soltanto quando viene in considerazione il lato esterno, e quasi riflesso, del diritto di proprietà: i rapporti che a causa di tale diritto possono stabilirsi fra il soggetto di esso e gli altri soggetti, mentre quando hanno origine nella proprietà privata sono rapporti di eguaglianza, quando hanno origine nella proprietà pubblica sono rapporti di supremazia e di sudditanza... » (13).

E, ancora più esplicitamente — negando la tesi della proprietà pubblica — aveva già il Brugi — sulle orme del Windscheid — affermato essere la proprietà pubblica una « vuota frase » ed essere essa « chimerica » sì che ne « sfuggono le linee appena si vogliono affermare ». In realtà — egli affermava — vi è un'unica proprietà e la destinazione allo scopo dell'uso comune dei beni pubblici va spiegata col fatto che il soggetto proprietario ha — con suo atto di volontà — imposto oneri e vincoli ai fini dell'uso pubblico sulla cosa. In realtà, ciò che muta nei confronti dei beni privati non è il carattere del diritto di proprietà, ma la figura del soggetto (14). Ancor prima, lo Scialoja, criticando l'Eisele, aveva affermato che proprietà pubblica è « una

(12) G. ZANOBINI, *Il concetto*, cit., 178-179 (sulle opinioni dello Zanolini con riguardo alla tutela torneremo nella seconda parte).

(13) G. ZANOBINI, *Il concetto*, cit., 183-184.

(14) B. BRUGI, *Della proprietà*, I, cit., 336, 357 e 346 ss.; egli critica anche coloro che intendono pubblica la proprietà nel senso che la destinazione dei beni all'uso pubblico rappresenta quella facoltà che spetta ad ogni proprietario di escludere ogni estraneo da qualsiasi atto di godimento o di disposizione contrario alla destinazione dei beni: « mancherebbe qui soltanto la facoltà, normale nella proprietà privata, di godere e disporre delle cose che ne sono oggetto. A dir vero, anche l'artificio di questo confronto è grande, poichè la facoltà di esclusione non darebbe, neppure così intesa, alcun vantaggio al subietto del diritto ». Nè si può dire — per il Brugi — che la proprietà

nuova denominazione che non spiega nulla » (15), mentre altri sosteneva che di proprietà pubblica « non possa parlarsi se non assai impropriamente » (16).

Insomma, se la proprietà è relazione tra persone con riguardo a cose (e non tra persone e cose), la proprietà che si conviene definire pubblica è anche essa una relazione tra persone; ma una relazione tra persone poste, in quanto tali e non in quanto proprietari, in posizione diversa. A chi obiettasse che l'affermazione per la quale le relazioni tra singoli cittadini e Stato sono regolate da principii diversi da quelli che governano le relazioni tra un cittadino e un altro è frutto di un sistema a « *droit administratif* », si può ricordare che la considerazione dei rapporti Stato-cittadino come diversi da quelli tra i cittadini non attiene alla posizione dello Stato di proprietario bensì alla funzione di governo (17). Vi sono rapporti — tra questi, quelli di proprietà — in cui lo Stato si comporta come un privato e quindi le relazioni pubblica amministrazione-privati sono regolate alla stessa maniera delle relazioni tra privati (18).

è pubblica perchè destinata a servire immediatamente all'interesse pubblico perchè « si ricade nella stessa indeterminatezza di concetto ».

(15) V. SCIALOJA, *Sulla proprietà delle cose appartenenti al demanio pubblico*, ora in *Studi giuridici*, III, *Diritto privato*, I, Roma, 1932, 267.

(16) A. GAGLIO, *Sul concetto di una proprietà di diritto pubblico*, « Riv. dir. pubbl. », 1921, I, spec. 453.

(17) C. R. NOYES, *Property and Sovereignty*, « Journal of legal and political sociology », 1943, april, 98-99, sostiene che l'aspetto proprietario non deve essere assorbito in quello politico.

(18) Va segnalato l'interessante tentativo di C. CAMILLI, *Per una sistemazione teorica della proprietà pubblica*, « Annali della Fac. di Giur. dell'Univ. di Perugia », 1959, 119-178, di dimostrare « come non sia possibile elaborare distinzioni accettabili fra proprietà pubblica e privata e fra i diversi tipi di regimi che in queste categorie possono essere compresi, da un punto di vista puramente contenutistico. In sè considerati, diritto reale pubblico e diritto reale privato non rivelano diversità intrinseche di giuridico valore » (143 ma si veda anche 170) argomentando dal rilievo che sia nella proprietà pubblica sia in quella privata vi sono le medesime competenze tipiche (che egli, sulle orme del Gasparri, definisce operative, difensive e dispositive) solo che nella proprietà pubblica (ma talvolta anche in quella privata) variano gli schemi di distribuzione degli elementi-competenze costitutivi del diritto di proprietà. Questa impostazione permette poi all'autore anche di esaminare partitamente

D'altra parte, non si può neppure dire che la differenza tra proprietà pubblica e proprietà privata non è descrittiva ma comporta una sostanziale differenza di regime per il motivo che la Costituzione prevede espressamente una garanzia per la proprietà privata e non per quella pubblica (19). Infatti, sarebbe facile obiettare che per la proprietà dei pubblici poteri non vi era bisogno di una garanzia poichè la garanzia della proprietà — se esiste — è del tipo tradizionale, noto alle costituzioni ottocentesche, nel senso che attiene ai rapporti autorità-libertà e non a quelli interprivati. Ma, a parte ciò, bisogna ricordare quanto si è cercato di dimostrare avanti a proposito della garanzia della proprietà nella Costituzione e cioè che la garanzia non attiene in senso stretto alla proprietà ma semmai a un momento diverso e precedente. Se tutto ciò è vero, risulta l'impossibilità di dimostrare dalla sola inesistenza di una garanzia della proprietà pubblica l'ammissibilità di una distinzione tra i due tipi di proprietà.

A ben riflettere, la teoria della proprietà pubblica e delle cose fuori commercio non è altro che la continuazione, in epoca moderna, della concezione pre-moderna di beni gravati da vincoli, quella concezione contro la quale le costituzioni moderne e le codificazioni civili si sono battute per ciò che riguarda la proprietà privata.

Sotto altro profilo, la concezione della proprietà pubblica appare vincolata a una concezione dei rapporti tra pubblico e privato che non sembra possa più accettarsi. Questo rilievo è sempre stato molto chiaro alla dottrina tedesca, e lo si può ritrovare sia nel vecchio studio del Maunz sia nel recentissimo studio dello Stern, che mettono in luce come una discussione del tema della proprietà pubblica non possa prescindere dall'illustrare i diversi rapporti tra pubblico e privato. Anzi, non possa prescindere dallo studio dei rapporti tra legislatore e amministratore. Per cui si potrebbe dire, seguendo l'impostazione di questo studio che — se conviene ancora parlare di una sfera pubblica come

il modo in cui per i beni demaniali e per quelli patrimoniali (oltre che per miniere, boschi ed altri beni con regime giuridico atipico) si distribuiscono le diverse competenze.

(19) L'affermazione è del U. NATOLI, *La proprietà*, cit., 29, dove però mostra — giustamente — l'esistenza di più proprietà.

separata da quella privata — la sfera del pubblico non è tanto quella dei diritti che pertengono allo Stato persona quanto quella delle situazioni e qualità nelle quali si trovano i soggetti in quanto il legislatore opera nei loro confronti un'esclusione.

Non deve meravigliare che l'identificazione dei termini di riferimento generale del tema della proprietà degli enti e delle collettività pubblici sia più chiaramente operata dagli studiosi tedeschi: questi infatti hanno potuto più chiaramente vedere i diversi rapporti che si creano in ordine alla proprietà pubblica tra soggetti e le diverse posizioni dei soggetti pubblici nei confronti dei beni pubblici proprio in quanto in Germania non ha trovato séguito la teoria della proprietà pubblica.

A questo punto è opportuno inserire una nota comparatistica e descrivere brevemente la fortuna dell'idea di proprietà pubblica in Germania. Le vicende di tale idea o costruzione della dottrina in quel paese sono per più versi interessanti. Lì la teoria della proprietà pubblica è stata formulata con rigore di metodo prima che in Italia; ma non ha avuto fortuna fino ad oggi e viene ora ripresa in termini diversi.

Otto Mayer — non a torto ritenuto il fondatore del diritto amministrativo — fu lo sfortunato autore della teoria della «*öffentliche Eigentum*». Non staremo qui a discutere il problema dell'influenza che ebbe la teoria del «*domaine public*» sul Mayer; questa fu certamente grande (egli scriveva che chi «*für eine Forderung nationaler Tugendhaftigkeit*» non volesse imparare dai francesi, poteva ben imparare dai romani, che avevano anche essi una «*proprietà pubblica*» (20)), ma ciò che qui importa è che la teoria del «*domaine public*» era in Francia radicata nella tradizione mentre era quasi sconosciuta in Germania, dove prevalente era la concezione dei beni pubblici come sottoposti al diritto privato «*modificato*». Il Mayer

(20) O. MAYER, *Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums*, «*AöR*», 1907, Bd. 21, 502; secondo E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, I, München-Berlin, 1961, 329, n. 3, influenzarono le idee del Mayer sia la teoria francese sia la pandettistica.

impostava così il problema dei beni pubblici: diritto reale è la disciplina di rapporti tra uomini che si riferiscono al dominio su cose. Se questa disciplina è basata sul presupposto dell'equivalenza (*Gleichwertigkeit*) è di diritto civile; se no, di diritto pubblico; in questo secondo caso la proprietà è di diritto pubblico, sono esclusi i modi di acquisto e l'influenza di privati e ammessi solo « *Verfügungen, Verleihung, Gewährungen* » dell'amministrazione; la difesa si attua tramite « *Selbsthilfe* » (21).

È interessante notare anche che le concezioni contro le quali il Mayer esercita la sua forza polemica sono da una parte « *die unmöglich gewordene Formel des alten Fiskuslehre* » e dall'altra « *die faden-scheinige Konstruktion einer subjektlosen öffentlich-rechtlichen Beschränkung des Staatlichen Privateigentum an der öffentlichen Sache* » (22).

Alcune notazioni del Mayer circa le concezioni prevalenti presso i teorici del Fisco e i pandettisti serviranno a meglio chiarire il punto nel quale il Mayer vedeva le radici sulla base delle quali erigere in Germania la teoria della proprietà pubblica. Egli scriveva che nell'antica Roma vi era una nozione di proprietà pubblica perchè le cose pubbliche erano di proprietà del « *populus* » e sottratte al diritto privato. Ma all'epoca del Principato e con la teoria del Fisco si aprì la possibilità di adoperare il diritto comune per i beni pubblici; questa costruzione presentava difficoltà perchè bisognava ricorrere poi a delle finzioni per spiegare come le cose pubbliche fossero destinate a uno scopo. Queste difficoltà furono superate dall'impostazione della pandettistica, per la quale la « *res publica* » è « *extra commercium* » non in maniera assoluta ma nel senso che per essa vi è un diritto privato singolare che la sottrae ad alcuni istituti del diritto privato. Si giunge così alla « *opportunistische Satz* »: « *die öffentliche Sache ist unfähig, ihrer Zweckbestimmung durch Akte privatrechtlicher Natur entzogen zu werden* ». Questa concezione diventa per il Mayer non più sosteni-

(21) O. MAYER, *Der gegenwärtige*, cit., 501.

(22) O. MAYER, *Neues vom öffentlichen Eigentum*, « *AöR* », 1920, Bd. 39, 77.

bile quando la codificazione civile abroga la « Landesgesetz »: con la codificazione civile non si può più parlare di un diritto civile singolare perchè i beni pubblici sono al di fuori del codice civile e quindi sono oggetto di proprietà pubblica. Superata la concezione del Fisco e le impostazioni della pandettistica con la teoria dello Stato come persona giuridica unitaria, non si può più dire che « was Vermögenrecht ist, privatrechtlich sein müsse ». Lo Stato non è diviso in due parti, potere pubblico e privato, ma comprende nel diritto pubblico tutti i beni, che così divengono di proprietà pubblica (23).

Abbiamo già detto che la teoria del Mayer (24) non trovò seguaci in Germania. Ma bisogna precisare che due leggi seguirono le idee del Mayer: quella di Amburgo sul regime delle strade e quella del Baden Württemberg sulle acque. La prima di queste dispone che le strade sono di proprietà pubblica della città di Amburgo, che « das öffentliche Eigentum begründet eine hoheitliche Sachherrschaft », che « die im öffentlichen Eigentum stehenden Gegenstände sind dem Rechtsverkehr entzogen » e che « die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere über den Besitz und das Eigentum, finden keine Anwendung » (25).

(23) Queste osservazioni sono sviluppate dal Mayer principalmente in *Der gegenwärtige*, cit., 502-507, 514; ma si veda anche *Eisenbahn und Wege-recht*, « AöR », 1901, Bd. 16, 41-51 e *Öffentliche Sache*, Stengel-Fleischmann WbdStVr, Bd. 3, 1914, 3-10 (in questo ultimo scritto è anche fatto cenno al contributo del « Polizeistaat » alla teoria della proprietà pubblica).

(24) Va precisato che il Mayer fu preceduto in Germania dallo Eisele, che enunciò, anche se non sviluppò, una teoria della proprietà pubblica nel volume *Über das Rechtsverhältnis der res publica in publico usu nach römischen Rechts*, Basel, 1873 (che non ho potuto consultare). Quasi tutti gli studiosi che si sono occupati della materia dei beni pubblici dedicano qualche cenno alla teoria del Mayer; in particolare, si veda K. FRIEDRICH, *Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht*, « AöR », 1921, Bd. 40, 257-348 (tentativo di costruire la materia dei diritti reali come unitaria sulla base del presupposto che diritto pubblico e diritto civile non contengono disposizioni diverse ma fanno parte di un ordinamento giuridico unitario) e H. SCHELCHER, *Zur Lehre vom öffentlichen Eigentum*, « ZfVwR », 1918, Bd. 48, 345-397.

(25) F. SCHACK, *Bemerkenswertens aus dem Hamburgischen Wegegesetz, vom 4 April 1961*, « DVBl », 1961, 897-902; si veda anche H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, München-Berlin, 1965, 341, che sembra però contraddirsi in *Öffentliche Sachen*, « HdSW », Stuttgart-Tübingen, 1964, 36, dove afferma

Un posto a sè stante spetta allo scritto del Maunz del 1933, il quale nega che si possa sommare l'idea della proprietà con quella di amministrazione e compie il tentativo di escludere lo stesso concetto di proprietà per portare lo studio dei beni pubblici completamente nel campo del diritto amministrativo: tra l'interesse privato rappresentato dalla nozione di proprietà e quello collettivo rappresentato dalla amministrazione pubblica non c'è possibilità di compromesso o addizione: bisogna abbandonare l'idea di proprietà ed affermare che i beni pubblici servono solo la collettività secondo le leggi. I beni pubblici — continua il Maunz — sono rapporti giuridici; in ordine ad essi lo Stato ha dei doveri (26).

Ritorniamo alla fortuna della nozione del Mayer di proprietà pubblica. Se si escludono le leggi citate (ma anche esse secondo alcuni non accoglierebbero la nozione di proprietà pubblica del Mayer) la teoria della proprietà pubblica non fu seguita. Domina invece l'idea, criticata già dal Mayer stesso, che in ordine ai beni pubblici vi sia una « modifiziertes Privateigentum » o « gemischte Rechtsverhältnisse » (27): i beni pubblici sono in proprietà privata limitata dalla destinazione pubblica: i beni pubblici presentano un duplice aspetto, sono « januskopf »; in ordine ad essi vi è una « verwaltungsrechtliche Sonderordnung » (28) che consiste nel vincolo alla destinazione men-

che tali leggi parlano di proprietà pubblica in un senso diverso da quello di Mayer. Sui precedenti della legge di Amburgo e in genere sulla teoria della proprietà pubblica, C. BEHR, *Öffentlicher Grund und Staatsgrund im Hamburgischen Verwaltungsrecht*, Hans. Rechts- und Gerichts Z., 1930, 135-142, e E. SATZ, *Das öffentliche Eigentum in Hamburg*, « Fischers ZfVerWR », 1934, Bd. 70, 161-248.

(26) T. MAUNZ, *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts*, München-Berlin, 1933, 71 e 304-316; lo stesso autore nello scritto successivo *Das Recht des öffentlichen Sachen und Anstalten*, « Die Verwaltung », B III b 5, Braunschweig, s.d. si limita a descrivere la teoria dominante (spec. 8-9; vedi anche 8 e 11 per la critica al Mayer).

(27) A. KÖTTGEN, *Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereiche der Wasserversorgung und Abwässerbeseitigung*, Göttingen, 1961, 24 ss.; H. J. WOLFF, *Öffentliche Sachen*, cit., 37; G. DÜRIG, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, « Festschrift Nawiasky », München, 1956, 173; F. SCHACK, *Bemerkenswertens*, cit., 897, ss.

(28) A. KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, Berlin, 1944, 121.

tre non si può dire che essi siano « ausserhalb des Rechtsverkehrs » (29) (30).

Ciò che è interessante della vicenda dell'idea di proprietà pubblica in Germania è la consapevolezza — talvolta espressa — che il tentativo del Mayer di unire i compiti di proprietario e di autorità dell'amministrazione « bedeutet natürlich eine starke Betonung des hier wirksamen hoheitlichen Elemente » (31). Ed è interessante che a questa impostazione si tenti di contrapporre oggi un'altra impostazione che accentua anche essa l'aspetto pubblicistico, ma non nel senso dell'autorità bensì in quello della « doverosità »: l'accento sembra essere ancora una volta sul « pubblico », ma non nel senso di ente pubblico dotato di poteri diversi da quelli che spettano ai privati, bensì nel senso di ente tenuto necessariamente al perseguimento dei fini della collettività. La contrapposizione tra la teoria del Mayer della proprietà pubblica e quella predominante ancor oggi di una proprietà privata « modificata » dalla destinazione sembra superata da una concezione che apparentemente sembra propendere per la prima delle due concezioni, ma che sostanzialmente rappresenta un superamento di ambedue le idee (32). Chi più ampiamente ha sviluppato questa nuova concezione è lo Stern a cui dovremo fare riferimento ora. Questo autore prende le mosse proprio dal concetto di pubblico per affermarne la storicità

(29) H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, cit., 341.

(30) A. KÖTTGEN, *Öffentliches Sachenrecht, Deutsches VerwR*, München, 1937, parla di proprietà privata latente (466).

(31) E. FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., 329, n. 3.

(32) « Die Streit um die Rechtsnatur des öffentlichen Sachen ist ewig jung » afferma R. ZIPPELIUS, *Grundfragen des öffentlichen Sachenrechts und das bayerische Strassen- und Wegegesetz*, « DöV », 1958, 838. Altri hanno tentato di uscire dall'impasse parlando di proprietà amministrativa in ordine alla quale il diritto privato è sospeso dalla destinazione (E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, I, Tübingen, 1953, 65; su cui G. LANGER, *Ausganglinien für eine Erörterung zu der Frage des Verwaltungseigentums*, Tübingen, 1961) o negando che si possa parlare di un regime misto ed affermando che si tratta di un regime di diritto pubblico attuato tramite la destinazione (H. CLASEN, *Das mit Zivil- und Verwaltungsrecht gemischte Rechtsverhältnis*, « DöV », 1959, 281-289) o affermando che l'elemento che caratterizza i beni pubblici è la protezione di diritto pubblico (D. HAAS, *Die öffentlichen Sachen*, « DVBl », 1962, 653-658).

e negare che equivalga a statale. Ed afferma che i beni pubblici vanno visti nell'ambito dell'attività di prestazione dello Stato sociale: essi servono alle esigenze della collettività: questa ha un diritto soggettivo pubblico all'uso comune, diritto che è la concretizzazione del diritto generale a partecipare alle prestazioni dell'amministrazione. Bene pubblico, in questo senso, è solo la « öffentlichrechtliche institutionalisierte Sache »: non si deve parlare di diritto privato mescolato a diritto pubblico, ma di diritto pubblico: nè si deve parlare di proprietà ma piuttosto di « Regalität » (33).

Insomma, la discussione sulla natura della proprietà dei beni pubblici continua oggi, in Germania, non solo rifiutando la teoria della proprietà pubblica ma in netta polemica con essa e con le sue implicazioni: « die Sicherung der Freiheit im Staat der Daseinsvorsorge ist weder grotesk noch eine contradictio in adiecto. Im öffentlichen Sachenrecht heisst es, den verhängnisvoll « absolutistischen Zug » aus Otto Mayers verwaltungsrechtlichem Repertoire zu korrigieren, beruhend auf der von Gerber-Labandschen Verkennung der Grundrechte und individuellen Berechtigungen, vor allem die Konstruktion der Polizeierlaubnis als Wiederherstellung der natürlichen Freiheit. Hiegegen sei folgende These gestellt: Sub specie der materialen Sozialstaatlichkeit geht es um den allgemeinen und gerechten, sub specie der grundrechtserfüllten Rechtsstaatlichkeit um den im subjektiven öffentlichen Recht verfestigten und gesicherten Anteil an den dargebotenen öffentlichen Sachen » (34).

Alla posizione ora riassunta si oppone quella di coloro che ritengono che il pensiero di Mayer riprende oggi attualità (35) nel senso che, abbandonando la soluzione dualistica, lo studioso di Strasburgo

(33) K. STERN, *Die öffentliche Sache*, « VDSrL », Berlin, 1964, h. 21, spec. p. 183 e 192-194; 211 ss.; 195-204; dello stesso autore, *Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrags*, « AöR », 1959, Bd. 84, 158-171, dove invece si parlava di proprietà limitata dalla destinazione all'uso comune. Sulla relazione di Stern, J. SALZWEDEL, *Gedanken zur Fortentwicklung des Rechts der öffentlichen Sachen*, « DöV », 1963, 241-251.

(34) K. STERN, *op. cit.*, 218-219.

(35) H. HARDINGHAUS, *Öffentliche Sachherrschaft und öffentliche Sachverwaltung*, Berlin, 1966, 15-16.

indicò una strada che permette di evitare quegli inconvenienti che presenta la concezione dominante in Germania. La rivalutazione del pensiero del Mayer non si accompagna, peraltro, ad una accettazione acritica delle sue tesi, troppo strettamente legate alla « absolutistische Staatssauffassung » che lo portava a configurare una volontà superiore dello Stato, posto in una posizione di supremazia nei confronti dei sudditi (36).

La riconsiderazione critica del pensiero del Mayer, d'altra parte, è dettata anche dall'esigenza di superare le manchevolezze dell'opinione dominante sopra ricordata: da una parte la « Spaltung der öffentlichen Sachherrschaft zwischen privatem Eigentümer und öffentlichem Sachherrn »; dall'altra la « unzureichende Berücksichtigung öffentlicher Interessen durch den Herrn der Öffentlichen Sache »; infine, la « enge Verflechtung von privatem und öffentlichem Recht und daraus folgend Rechtsunsicherheit » (37). E, tra queste tre, specialmente la terza, che è fonte di complicazioni, dato che diritto pubblico e diritto privato in parte si completano, in parte si escludono, in parte si sovrappongono ma sempre più raramente si armonizzano tra loro nella disciplina dei beni pubblici (38). Chi riscontra tali difetti non manca, d'altra parte, di ricordare l'esempio della disciplina unitaria offerta dal diritto francese; o di porre in luce che la prassi già in Germania si orienta nel senso di considerare i beni pubblici come interamente pubblici « und sie einheitlich nach den Gesichtspunkten des öffentlichen Interesses und des Gemeinwohls zu verwerten »; o, infine, di notare i progressi compiuti con le nuove leggi, riguardanti le acque e le strade, che abbiamo sopra ricordato (39).

Si tratta, secondo questo orientamento, di riconoscere realisticamente che la proprietà privata nei riguardi di beni pubblici è solo una maschera che serve a nascondere lo « starke Mann », l'ente pub-

(36) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 90-91, ma si veda anche la nota 65 dove l'autore sembra credere che il Mayer escludesse la nozione di proprietà.

(37) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 107; ma vedi anche 32 e *passim*.

(38) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 32.

(39) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, rispettivamente a p. 58, 36, 56.

blico gestore del bene. Quindi, « ein modernes Recht der öffentlichen Sachen den privatrechtlichen Einfluss weitgehend ausschalten muss. Die Nutzungen, die Nachbarrechte, der Schutz, die Unterhaltung der öffentlichen Sache werde allein nach öffentlichem Recht beurteilt » (40). Ma se è chiaro il profilo negativo di tale orientamento, lascia qualche dubbio nel lettore il suo aspetto costruttivo, laddove si sostiene che i beni sono pubblici in quanto interessano la collettività. Non si tratta solo dei beni destinati al pubblico, chè anzi il gestore dei beni è tenuto a far rispettare non solo il « Widmungszweck » ma anche gli interessi della collettività ad utilizzazioni particolari (41). Ma è proprio la distinzione tra tali interessi della collettività che non è chiara, tanto che lo stesso autore alcune volte si riferisce ad essi parlando di « öffentliche Sachzwecke » e di « interessi pubblici » altre volte distingue tra « widmungsgemässe Gemeingebrauch » e « widmungsfremde Publikumsgebrauch », altre volte fa generico riferimento ad interessi della generalità (42). Sorge così il dubbio che l'« erweiterte Interesse der Allgemeinheit an der Nutzung öffentlicher Sachen » discenda per l'autore dalla considerazione che, per ripetere un esempio da lui stesso fatto, la strada non è più solo destinata al traffico, ma è anche « Medium aller möglichen anderen Leistungen der Verwaltung » (43); quando invece tale considerazione — come abbiamo accennato prima — non attiene alla strada in quanto oggetto di proprietà, in quanto bene, ma alla strada come luogo o spazio nel quale si svolgono attività umane libere e talora garantite costituzionalmente, oltre che servizi pubblici di enti e di privati. Queste possibili critiche sono evitate però alla radice se si afferma — come fa l'autore del quale stiamo commentando l'opera — che il mezzo della esclusione del diritto privato dai beni pubblici è l'ente pubblico « Alleinherrscher », in quanto esercita sui beni una potestà amministrativa

(40) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 114 e 142.

(41) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 155.

(42) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, rispettivamente a p. 123, 125 e 139, 109, 147; si veda anche p. 149.

(43) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 108.

definita « öffentliche Sachverwaltung » (44): si esclude così che i beni siano oggetto di proprietà pubblica per ammettere su di essi una potestà amministrativa di sorveglianza e di amministrazione, come voleva il più antico insegnamento della scuola francese. Anche se questo aspetto non è posto in luce con chiarezza ed esplicitamente dall'autore, di esso si può trovare una conferma là dove si elencano le difficoltà che la teoria dei beni pubblici incontra anche in Francia e, tra queste, « die Verflechtung von privatem und öffentlichem Recht und demzufolge die Zweispurigkeit des Rechtsweges » (45). Rivivono, quindi, in questo orientamento, idee antiche del « domaine public », con un significato e un contenuto nuovi. Ma — ciò che più importa — vengono anche in luce tratti della « pubblicità » dei beni pubblici diversi da quelli posti in luce dallo Stern e dallo stesso Mayer; qui infatti l'accento è sull'ente gestore-autorità, indipendentemente dalla proprietà e con esclusione completa della normativa privatistica; anzi con un rifiuto esplicito del « Flucht in das Privatrecht » motivato con la osservazione che l'applicazione del diritto privato alla amministrazione è contraria agli interessi propri della collettività (46).

Abbiamo già fatto cenno all'influenza che la teoria del « domaine public » ebbe sul Mayer e alla circostanza che egli stesso si riferiva alla teoria prevalente in Francia quando sosteneva la necessità di ricostruire il diritto dei beni pubblici in termini di proprietà pubblica. Bisogna ora precisare che, per quanto lo stesso Mayer tentasse di valersi dell'esperienza degli studiosi francesi, gli orientamenti prevalenti in Francia non gli offrivano che alcuni elementi per una ricostruzione, in termini di proprietà pubblica, delle relazioni tra enti pubblici e beni di loro pertinenza. Infatti, gli studiosi francesi avevano accuratamente ricercato il carattere pubblico dei poteri che sui beni pubblici si esplicano, ma sempre escludendo che l'insieme di tali

(44) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, ambedue le espressioni a p. 152.

(45) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 74.

(46) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 112-113; in Italia, sulla crisi dell'amministrazione autoritaria, il « Corso » di M. S. GIANNINI e cenni in G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1967, 116.

poteri potesse farsi risalire alla nozione di proprietà. Solo da poco (1892) — quando il Mayer pubblicava la prima edizione del suo « Diritto amministrativo » (1894) — si era levata una voce isolata in Francia per sostenere che l'ente pubblico ha una « proprietà amministrativa » sui beni pubblici demaniali. Non si può dire, quindi, semplicisticamente, che l'autore tedesco abbia preso l'idea della proprietà pubblica dai francesi (47). Sarebbe più corretto affermare che il Mayer tentò una commistione dell'idea, prevalente in Germania, della proprietà con quella, prevalente in Francia, della pubblicità. Ma anche questo sarebbe un modo poco rigoroso di interpretare una complessa vicenda di storia delle idee (e degli ordinamenti positivi sui quali tali idee maturavano), nella quale ebbe un ruolo non indifferente l'idea — formulata e sviluppata in Germania — della personalità dello Stato e della attribuibilità ad esso di situazioni giuridiche, poteri, capacità (48). Tanto più che la vicenda aveva — come è stato acutamente notato (49) — un « substrato nazionalistico » che coinvolgeva da una parte la cultura francese e dall'altra le due culture tedesche, quella prussiana e quella — più liberale — prevalente nelle altre regioni dell'area germanica. Qui ci si può accontentare di una prima conclusione, in ordine alla vicenda storica della quale si parla, riconoscendo che il Mayer non si limitava alla trasposizione in lingua e in diritto tedeschi di orientamenti prevalenti in Francia. Ma, anche per dar conto di ciò, sarà necessario un cenno alle vicende della riflessione critica dei giuristi intorno ai beni pubblici in Francia. Conforta nell'intento il rilievo di un giurista francese; « rien n'est plus intéressant pour un juriste que de parcourir cette histoire des théories de domaine depuis nos vieux auteurs jusqu'à nos écoles contemporaines en passant par Proudhon et Ducrocq.... Mais ce qui fait l'enchantement de l'historien n'est pas sans déconcerter parfois le positiviste ou le praticien avide de solutions. Trop de controverses lui paraissent sans issue.... Ainsi

(47) Come afferma H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 90.

(48) Su questo punto le illuminanti osservazioni di H. BERTHELEMY, *Préface*, O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, I, Paris, 1903, 1 ss.

(49) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 9, in nota.

s'explique que cette terre d'élection de la doctrine soit par contre-coup devenue pour certains un des refuges de l'empirisme » (50).

Ora, mentre è oggi orientamento comune quello della proprietà (pubblica) dei beni demaniali, non era così in Francia nello scorso secolo. Allora era ammesso senza difficoltà che i beni del « demanio privato » fossero oggetto di proprietà; mentre « na été admis que plus tardivement » che i beni del « domaine public » fossero oggetto di proprietà (51). Bisogna tener conto che il codice Napoleone non indicava in proposito linee precise, limitandosi ad affermare che le norme previste per i beni privati non dovessero applicarsi necessariamente senza adattamenti ai beni pubblici (52). Nell'assenza di indicazioni legislative, prevalse l'orientamento che taluno chiama « anti-proprétariste » (53) e altri preferisce definire liberale (54), secondo il quale l'ente pubblico ha solo un « droit de garde et surintendance », secondo la formula di Proudhon, poi variamente ripresa e modificata da numerosi autori. Passava così in seconda linea il fatto che lo stesso autore che per primo aveva avanzato tale tesi, dopo aver escluso la proprietà sui beni del demanio « pubblico », affermava essere questi in possesso del pubblico ai fini della difesa dei beni stessi (55). L'orientamento liberale, comunque, corrispondeva alla concezione dominante per la quale può considerarsi proprietario solo chi è libero di usare il bene secondo fini liberamente scelti. Dall'orientamento liberale di-

(50) R. CAPITANT, *Préface*, G. MAROGER, *L'affectation à l'usage public des biens des patrimoines administratifs*, Paris, 1942.

(51) Y. LENOIR, *Les domaines de l'Etat et des autres collectivités publiques*, Paris, 1966, 73; M. HAURIUO, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1921 (X éd.), 615, n. 1 ricorda che precedentemente il demanio è stato demanio della corona (prima della rivoluzione francese) e demanio della nazione (durante il periodo rivoluzionario); è solo dopo il codice civile che esso diviene demanio pubblico.

(52) Y. LENOIR, *op. cit.*, 73-74.

(53) Y. LENOIR, *op. cit.*, 74.

(54) H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 78.

(55) In questo senso Proudhon cit. in Y. LENOIR, *op. cit.*, 75 e in M. HAURIUO, *Précis*, III ed., 1897, 614; in C. KLEIN, *La police du domaine public*, Paris, 1966, I n. 1, informazioni circa la discussione sulla originalità del Proudhon, ritenuto il fondatore della teoria del « domaine public ».

scendeva che l'ente pubblico potesse gestire e amministrare i beni pubblici in virtù del suo essere potere pubblico, come sovrano (56).

« Cette idée sera admise comme un dogme pratiquement incontesté pendant toute la durée du XIX^e siècle.... Il faudra attendre Hauriou pour que les premiers assauts lui soient portés ». La prima edizione del « précis » di Hauriou è del 1892: « ce qui frappe au premier abord dans l'apport considérable d'Hauriou à la théorie du domaine, c'est que, globalement et pour l'essentiel, notre auteur avait déjà aperçu les lignes de sa doctrine et de la doctrine et jurisprudence contemporaines, dès la première édition du Précis en 1892 » (57). Insomma, v'è già, delineata completamente, nel 1892, la teoria della proprietà pubblica: una teoria « parfaitement hétérodoxe » (58), data la prevalenza dell'orientamento liberale; la cui paternità risale interamente ad Hauriou anche se qualche autore recente ha affermato che alla sua costruzione contribuirono le idee del Mayer e le elaborazioni dei romanisti (59).

Nella prima edizione del « précis », la tesi è formulata nei termini più recisi: la proprietà pubblica è opposta a quella privata. I beni pubblici sono in proprietà dell'ente pubblico perchè altrimenti non si riesce a spiegare come, con la sdemanializzazione, i beni — che prima non erano oggetto di proprietà — possano divenirlo. Per difendere tale tesi, l'autore si sforza di provare che non è un'idea nuova: ricorda quindi le « res publicae » romane e gli scritti sulla proprietà dei fiumi nel diritto intermedio (60). Ma già nella terza edizione la

(56) I due rilievi in H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 86 e 80; si veda anche p. 89, dove indica altre conseguenze della esclusione del diritto privato; si veda anche G. KLEIN, *op. cit.*, 32 dove acutamente osserva che lo sviluppo della teoria della proprietà pubblica è stato reso possibile dalla « défétichisation » della proprietà privata, altrimenti considerata assoluta e « individualiste ».

(57) C. KLEIN, *op. cit.*, 27; si veda anche Y. LENOIR, *op. cit.*, 12.

(58) L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Paris, 1966, 156; si veda anche quello che dice M. HAURIU, *Précis*, III ed. cit., 624.

(59) Così Y. LENOIR, *op. cit.*, 79; ma questa tesi non può essere accettata, anche se è abbastanza significativa l'affermazione del Lenoir.

(60) M. HAURIU, *Précis*, cit., I ed. (1892), 491-492 e 441.

tesi è esposta in termini meno recisi e con maggiore rigore critico. Per i beni pubblici si è prodotta una evoluzione storica: essi appaiono innanzitutto come cose comuni, nel senso che servono al pubblico; ma il pubblico non ha personalità giuridica, non può mettere in atto quei mezzi che sono necessari alla conservazione e alla protezione del bene. Si comprende come venga quindi affidata allo Stato la funzione di protezione e di conservazione del bene. Messisi su questa strada, è logico che si vada fino in fondo e che si cerchi di spiegare i poteri sempre più ampi dello Stato sul bene col suo diritto di proprietà sul bene. Lo Stato finisce per avere « à titre de dépôt, pour le compte du public, une sorte de propriété fiduciaire ». Dall'affermazione che lo Stato ha un diritto di proprietà derivano alcuni « vantaggi »: in primo luogo, che si può spiegare che l'ente pubblico percepisca dei canoni da privati utilizzatori di beni pubblici; in secondo luogo, che si può spiegare la inalienabilità e la imprescrittibilità dei beni, caratteri questi che presuppongono la proprietà e l'oggetto di proprietà. D'altra parte questa evoluzione « du simple droit de garde au droit de propriété », è avvenuta più rapidamente per i beni degli enti diversi dallo Stato, perchè la dottrina non era « impressionné par la majesté de l'Etat ».

Ammesso quindi che si tratta di proprietà, resta da stabilire se essa sia simile a quella privata. Ma Hauriou afferma subito che, se il bene è proprietà dell'amministrazione che lo gestisce, si tratta di proprietà diversa da quella privata ordinaria. Qui egli è meno reciso: « nous n'allons pas jusqu'à dire que cette propriété publique soit l'opposé de la propriété privée » « mais elle en est une modification profonde ». Una modificazione è quella costituita dal fatto che « les administrations publiques usent, pour la garde et la protection des dépendances du domaine public, de droits qui sont exorbitants du droit commun de la propriété » (61).

(61) M. HAURIOU, *Précis*, cit., III ed., 614-615 e 622-625; si veda anche la quarta edizione del *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, 1938, 390-391. Sulla evoluzione, con riferimenti allo sviluppo della dottrina francese, della teoria dei beni degli enti pubblici minori, S. VALENTINI, *I beni co-*

Qui non interessa ora esaminare in dettaglio l'idea di « affectation » o di resistenza all'appropriazione privata sulla quale si fondano per Hauriou le modificazioni del diritto privato di proprietà. Interessa piuttosto ricordare che, ancora nel 1911, l'orientamento descritto non era divenuto prevalente se, nella settima edizione del « précis », Hauriou doveva ricordare che il demanio pubblico è « une certaine forme de propriété » perchè « la majeure partie des auteurs enseignant encore que le domaine public n'est pas une forme de propriété, tandis que le domaine privé en est une. Ils sont logiques dans l'erreur, ayant déclaré qu'il n'y avait dans le domaine public que les choses insusceptibles de propriété par leur nature même, il faut bien qu'ils affirment que le domaine public n'est pas une propriété. Pour nous, qui étendons la notion de domanialité publique à des choses qui ont été et qui redeviendront après désaffectation objets de propriété privée, il nous faut montrer que l'inalienabilité qui frappe les dépendances du domaine public pendant qu'elles sont affectées n'est pas destructive de l'idée de propriété » (62).

Esposti così i punti salienti della tesi di Hauriou sulla proprietà amministrativa, non sembra indispensabile seguire le numerose applicazioni che lo stesso autore fece della sua tesi, in molte note a sentenza (tutte peraltro posteriori all'inizio di questo secolo) (63); nè appare necessario ricordare la fortuna della tesi stessa (64). Basti ricordare che essa può dirsi oggi assolutamente prevalente, anche con riguardo agli orientamenti favorevoli ad ammettere che sui beni demaniali vi sia proprietà privata dell'ente pubblico (65) o proprietà privata limi-

munali, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, vol. su « I comuni », 415 ss. (Neri Pozza ed., 1967).

(62) M. HAURIUO, *Précis*, cit., VII ed. (1911), 685-686; si veda anche 695 n. 1 dove afferma: « il est avantageux de pouvoir ramener toutes ces modifications de détail (riguardanti l'affectation) à un changement dans la nature de la propriété ».

(63) Vedile citate in Y. LENOIR, *op. cit.*, 78 e in L. SFEZ, *op. cit.*, 329-332.

(64) Sulla quale, H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 81-87; C. KLEIN, *op. cit.*, 27-29, oltre al contributo di L. Sfez.

(65) Esposti in Y. LENOIR, *op. cit.*, 76 e in H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 76-78.

tata o modificata (66). Se si escludono due recenti indagini, che si muovono in direzioni diverse da quella indicata da Hauriou, tentando la prima di operare un allargamento della nozione di polizia e di ordine pubblico per ricompredervi i poteri dell'ente pubblico con riguardo a beni pubblici (67); la seconda una ricostruzione dei tratti esorbitanti dal diritto comune della disciplina della proprietà pubblica (riscontrati prevalentemente nella destinazione pubblica del bene, che influirebbe sulla acquisizione e sulla perdita del diritto oltre che sulla utilizzazione e sulla conservazione del bene) (68), si può dire che il quadro è ancor oggi dominato dalla ricostruzione di Hauriou (69).

Dopo quello che si è detto, bisogna però aggiungere che sembra inutile una discussione sulla priorità nella formulazione della teoria della proprietà pubblica (70); possiamo accontentarci del rilievo che essa è stata formulata, a distanza di pochi anni, in Francia e in Germania, senza, probabilmente, che i due autori conoscessero le rispettive opere. Ma quello che interessa è invece il rilievo che, da una parte, l'idea della proprietà pubblica non aveva alle sue spalle quella lunga tradizione dottrinale francese che il Mayer sembrava suggerire e, dall'altra, essa è emersa negli anni della revisione delle linee portanti del diritto amministrativo (quella revisione che secondo alcuni ha costituito la nascita stessa del diritto amministrativo). Si potrebbe

(66) Esposto in Y. LENOIR, *op. cit.*, 77 e in H. HARDINGHAUS, *op. cit.*, 76-78.

(67) C. KLEIN, *op. cit.*, 275 e 81; si veda anche p. 214, dove una critica della teoria della proprietà pubblica.

(68) Y. LENOIR, *op. cit.*, 81-83 (sui tratti di diritto comune); 85-86 (sui tratti esorbitanti dal diritto comune); 91-94 (sui caratteri della proprietà che dipendono dall'ente). Ma lo stesso autore ammette (139) che l'influenza della destinazione sulla acquisizione e sulla perdita del diritto è molto limitata; per quanto riguarda poi l'inalienabilità, egli stesso ammette (126) che essa deriva dal servizio che si esplica a mezzo del bene: in questo senso, essa è piuttosto regola del servizio e della sua continuità che non principio cui sottosta direttamente il bene.

(69) Per la ricostruzione della situazione attuale, si può utilmente partire da L. SFEZ, *op. cit.*, 159 e 435-444; C. KLEIN, *op. cit.*, 1-2, 8, 12, 14 ss., 32; Y. LENOIR, *op. cit.*, 80.

(70) Va ricordato che E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., II, n. 1 afferma essere il Mayer « fondatore della moderna teoria della proprietà pubblica ».

ancora notare che, come il Mayer in Germania cercava precedenti di legittimazione della sua idea nella teoria del « *domaine public* », così l'Hauriou in Francia si preoccupava di mostrare che l'idea della proprietà pubblica non era nuova nello stesso diritto francese; ed ambedue cercavano poi nel diritto romano un fondamento giustificativo che probabilmente esso non poteva offrire per la circostanza di esser basato su un ordinamento costituzionale al quale era ignota la garanzia della proprietà privata, la distinzione moderna tra proprietà pubblica e proprietà privata e gli altri caratteri degli ordinamenti dell'epoca borghese. Ma queste considerazioni probabilmente forniscono qualche elemento per la comprensione dello « stile dei giuristi », ma non aiutano a capire quali circostanze maturarono negli ultimi decenni dello scorso secolo e spinsero in quegli anni alla contemporanea formulazione, in Germania e in Francia, della teoria della proprietà pubblica. Sembra evidente che una ricostruzione di questo tipo è compito di una storia del pensiero giuridico. Ma val la pena di ricordare che il rilievo della contemporaneità con quella che viene definita comunemente l'età della nascita del diritto amministrativo (si è detto esplicitamente « *como consecuencia de la formulación y el nacimiento del Derecho administrativo, asistimos en el siglo XIX a otro fenómeno de singular importancia: la configuración del dominio publico, pero la configuración de éste como una forma especial de propiedad con unos caracteres juridicos especiales* » (71)) è importante per definire le idee ispiratrici dell'orientamento favorevole alla proprietà pubblica, idee che sembra vadano rintracciate nello stalinismo prevalente nella fase di declino dell'epoca liberale: basti, a conferma di ciò, pensare alla importanza che ha per la teoria della proprietà pubblica l'affermarsi della idea dello Stato come persona (72).

B) Occorre soffermarsi ancora su queste considerazioni generali per comprenderne il motivo. Ora, i beni per i pubblici poteri sono, in

(71) E. RIVERO Y SERN, *El deslinde administrativo*, Sevilla, 1967, 36-37 (e si veda anche 74-76).

(72) L. SFEZ, *op. cit.*, 436 esamina il legame tra teoria del demanio come proprietà pubblica e la « teoria unitaria della persona statale ».

generale, strumento per lo svolgimento di attività. Le regole dell'attività tendono quindi ad assumere una funzione di guida della disciplina dei beni. Si badi che anche nel diritto privato la disciplina dei beni tende a perdere una propria autonomia per divenire sussidiaria di quella dei rapporti di lavoro, dell'impresa, ecc. costituite in ordine e con riferimento a certi beni. Dal punto di vista sociologico, questa tendenza corrisponde al diverso peso che ha la cosa nei confronti di altri fattori (organizzazione, lavoro ed, in generale, attività).

Nel diritto privato la mera proprietà (attribuzione e appartenenza) perde importanza: non è più incondizionata, ma collegata sempre più con una funzione. Ad esempio, quando il lavoro si innesti sulla proprietà: « la proprietà cede in parte la sua virtù espansiva al (soggetto che presta il) lavoro; e il lavoro cede in parte la sua capacità produttiva e il risultato di essa al (soggetto che mette a disposizione) la proprietà; ... la proprietà diviene produttiva e si realizza la condizione dell'estensione del diritto del proprietario ai frutti che ne derivano. Ma quello stesso contratto che lega alla proprietà il lavoro, limita la capacità di espansione della proprietà medesima. Il lavoro diviene, in virtù del contratto, che lo impegna, nella cornice del rapporto che vincola il lavoratore al proprietario, titolo che legittima l'acquisto (di parte) dei frutti in favore del lavoratore, e correlativamente limite all'acquisto (di corrispondente parte) dei frutti a carico del proprietario ». Sorge quindi la proprietà funzionale (73).

Ancor più valido è questo rilievo per i beni pubblici. Questi sono strumenti attraverso il cui indirizzo la pubblica amministrazione è in grado di realizzare la sua funzione. Questo fatto è posto in luce in maniera diversa a seconda che si prendano in considerazione i campi materiali nei quali gli enti pubblici esplicano la loro azione (difesa, industria, trasporti, ecc.) oppure il modo dell'azione degli enti pubblici nei confronti dei beni (conservazione, distruzione, ecc.) oppure il rilievo che, in ordine all'uso del bene, assumono gli enti pubblici, la collettività e i singoli privati (beni a destinazione nazionale, beni a destinazione aziendale; beni che servono all'azione amministrativa

(73) S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 271-273, 276.

esclusiva dell'ente pubblico o di singoli suoi organi, beni che servono la collettività, beni che servono singoli soggetti ecc.) (74).

La regola che la disciplina dei beni è funzionalizzata a quella dell'attività è istituzionalmente valida per i pubblici poteri: qui i beni non sono in primo piano ma si presentano come meramente sussidiari allo svolgimento di attività. Solo una impostazione formalistica (di origine privatistica) può far pensare che i poteri che spettano alla pubblica amministrazione si esplicano in ordine a persone e in ordine a cose allo stesso modo. In realtà i poteri si esplicano in ordine a persone: in ordine a cose la pubblica amministrazione ha sì qualità, posizioni e situazioni ma queste si atteggianno in maniera diversa perchè sono meramente strumentali. Strutturalmente, poteri su cose e poteri in ordine a persone sono simili: funzionalmente, no.

In altri periodi non era così: la pubblica amministrazione, nello stato patrimoniale, era chiamata ad amministrare i beni del principe (e poi del fisco) e di sudditi. Oggi, i pubblici poteri sono preordinati al servizio di collettività e cioè di persone: ad esempio non sembra più rispondente a verità dire che il territorio (o altre cose) costituisce un elemento dello Stato mentre certamente lo sono i soggetti che compongono il popolo. Quindi, i rapporti che si pongono in ordine alle cose, sono meramente sussidiari o strumentali. E non sono meramente strumentali i soli rapporti con cose. Ma anche i rapporti che si pongono in essere in ordine all'organizzazione dell'amministrazione, al finanziamento e alla predisposizione degli strumenti contabili dei pubblici poteri ecc. Naturalmente quindi la disciplina dell'attività dei pubblici poteri che si esplica nei confronti della collettività è doppiata da disposizioni che riguardano tutti gli strumenti di tale attività: beni, organizzazione, finanziamenti ecc.

Da tutto quanto si è detto, si comprende perchè la proprietà dei pubblici poteri la si è voluta vedere finora come caratterizzata da una serie di tratti pubblicistici: la disciplina finale dell'attività è stata sempre esaminata insieme con quella (strumentale) dei beni. Ma, la cir-

(74) Esempi in A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 286 e M. S. GIANINI, *I beni pubblici*, cit., 63 ss.

costanza per cui il regime dell'appartenenza dei beni ai pubblici poteri è sempre connesso a una funzione pubblica dei soggetti pubblici proprietari, non deve far dimenticare che l'uno e l'altro aspetto vanno studiati separatamente: come si è già notato precedentemente, da una parte vi sono i problemi dei diritti reali dei pubblici poteri, dall'altra, i problemi degli interessi che la pubblica amministrazione deve curare. I primi riguardano rapporti con beni, i secondi rapporti con persone. Il fatto che i pubblici poteri curino talvolta interessi ponendo le collettività in rapporto col bene — e che cioè il primo ordine di problemi si leghi al secondo — non deve trarre in inganno: la pubblica amministrazione può detenere ed amministrare beni senza che in ordine a questi si creino relazioni con soggetti destinatari dell'attività finale della pubblica amministrazione (ciò che avviene, ad esempio, per i beni del cosiddetto demanio militare).

Attratti dal fenomeno per il quale la disciplina dei beni segue quella della attività dei pubblici poteri, alla quale i beni servono, la dottrina ha quindi trattato insieme i problemi (privatistici) riguardanti il diritto sui beni con i problemi (pubblicistici) della funzione pubblica. In questa maniera sono state compiute ricostruzioni della proprietà pubblica tutte permeate di elementi pubblicistici. Questa tendenza — come si è visto — pare criticabile poichè non possono confondersi oggetti diversi della regolazione giuridica. Vi sono attributi o capacità del soggetto che non possono essere visti come attributi dei singoli diritti dei quali il soggetto diviene titolare ma restano caratteri del soggetto.

Ciò è stato rilevato già da tempo, sia pure in termini diversi da quelli qui adoperati, distinguendosi il carattere subiettivo del soggetto da quello obiettivo del diritto di proprietà. Quest'ultimo non è pubblico perchè lo è il primo. Demaniali e pubblici sono il soggetto e l'attività che esso svolge ma la demanialità è assolutamente indipendente da qualsiasi questione di proprietà. Il soggetto dei beni pubblici « nelle relazioni cogli altri individui non è investito di un potere particolare, ma dello stesso potere che hanno gli altri proprietari »; « il diritto d'impero che esso possiede per altre relazioni cogli stessi cit-

tadini, non può essere usato nell'esercizio dei diritti reali di proprietà e di servitù, perchè esso non rientra nella loro sfera di efficienza». «La natura demaniale della funzione pubblica non è compenetrata nei diritti reali: ma vi è invece soltanto un'adesione tra la pertinenza materiale della cosa allo Stato e l'attività pubblica; inteso, questo concetto di adesione, come il contatto di due o più rapporti giuridici tra i quali può bensì intervenire una interdipendenza, ma in cui gli elementi dell'uno non sono sostanzialmente influenzati da quelli degli altri, ed operano in una sfera autonoma ed indipendente, dando luogo a rapporti che hanno diversi soggetti contrapposti, un differente oggetto, ed hanno vita, azioni ed effetti che non si possono confondere tra loro» (75). Non molto diversamente è stato detto di recente (76): «certo diversa è la funzione che quelle situazioni tendono ad attuare, quando esse si ricollegano ad un soggetto pubblico, ma sino a quando il profilo funzionale si pone come un semplice momento teleologico della tutela e delle forme che questa assume senza alterarne la struttura, sino a quando cioè, per scendere ad una esemplificazione, la proprietà pubblica è ancora proprietà, l'impresa pubblica è ancora impresa, il contratto di diritto pubblico è ancora contratto, perchè la qualificazione pubblica non è che il riflesso della qualità del soggetto e della natura superindividuale dell'interesse protetto, ma non l'indice di un'essenziale diversità di struttura, siamo ancora nell'ambito del diritto civile».

E se — come è evidente — allo studioso della proprietà dei pubblici poteri non interessano le caratteristiche dei soggetti bensì solo la natura del diritto, si comprende come sia agevole mostrare che il diritto permane di natura privata pur se proprio di un soggetto pubblico. Si badi che, da quanto si è detto, discende che uno studio della proprietà che si dice pubblica può anche essere uno studio parziale poichè prende in considerazione quegli aspetti che sono caratteristici della titolarità di diritti da parte dell'ente pubblico (e abbiamo già visto

(75) A. DE VALLES, *Demaniale e diritti reali*, cit., 13 e 15-20.

(76) R. NICOLÒ, *Attuale evoluzione del diritto civile*, «*Temì romana*», 1965, luglio-agosto, 478. Nello stesso senso in *Diritto civile*, cit.

che questo è il « lato esterno » del diritto di proprietà) mentre, per il resto, può limitarsi a giustificare l'applicazione ai beni pubblici degli schemi del diritto privato e ad essi rinviare (77).

C) Abbiamo finora considerato le ipotesi più importanti ai fini dello studio dei beni dei pubblici poteri, quella che la pubblica amministrazione sia proprietaria di beni o regolatrice dell'uso di beni e che tale appartenenza o disciplina dell'uso sia rafforzata da una riserva.

a) Ma si è già notato che si dà anche l'ipotesi che i pubblici poteri siano proprietari senza che intervenga riserva. Questa può realizzarsi quando i pubblici poteri divengano proprietari mediante negozio di compra (o altra forma tipica del diritto privato) e quando essi divengano proprietari a mezzo di espropriazione, quella espropriazione stessa di cui all'art. 42 co. 3 della Costituzione. Si noti che in tal senso i modi di acquisto di diritti su beni dei pubblici poteri sono più numerosi di quelli dei privati: questi, di certo, non possono espropriare beni di altri privati.

Se i modi di acquisto sono più ampi, il contenuto della proprietà *jure privato* dei pubblici poteri è simile a quello dei privati (78): in

(77) Sul tema discusso nel testo in questo paragrafo incide anche il problema se la teoria del demanio pubblico debba rientrare in quella dei pubblici servizi e si possa parlare di prestazioni amministrative aventi ad oggetto i beni demaniali; su questo argomento, si veda R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956, 39 ss. e A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, 1966, 37 ss.

Sul punto trattato nel testo in questo paragrafo sono utili le considerazioni di M. COSTANTINO, *Contributo*, cit., 103-111, dove dimostra che i beni economici appartengono allo stesso titolo di proprietà allo Stato, ad enti o a privati (e quindi che non si può parlare di una proprietà pubblica diversa da quella privata). Il Costantino afferma che « l'attività che realizza la funzione della proprietà è qualitativamente diversa, in considerazione dell'interesse e della tutela, dall'attività che realizza una funzione amministrativa. La diversa rilevanza sotto il profilo funzionale dell'esercizio della proprietà e dell'attività sui beni esplicita dal soggetto di diritto pubblico è confermata dal fatto che l'attività amministrativa diretta a soddisfare interessi pubblici collegati a beni giuridici non implica... che l'ente ne sia proprietario ».

(78) Si dice infatti che accanto alla proprietà pubblica vi è la proprietà

questo caso i privati sono esclusi, ma al solo titolo di esclusione che consegue dalla pertinenza di un bene a un soggetto; perchè la proprietà di un bene da parte dei pubblici poteri comporta per questi quell'esclusività — di cui si è già parlato — che sembra tipica della proprietà in generale.

La proprietà, da parte dei pubblici poteri, di beni nei confronti dei quali non operi riserva pone una serie di problemi di grande rilievo, che attengono ai modi di uso del bene, al regime dell'amministrazione del bene e ai rapporti che in conseguenza dell'uso si vengano a creare con terzi. Tutti questi sono però problemi « interni » al diritto di proprietà e che, come tali, non hanno tratti pubblicistici così spiccati come quello, regolato dalla Costituzione, consistente nell'esclusione di terzi dalla legittimazione alla titolarità di proprietà sul bene, di cui si discorre in questa parte della ricerca.

b) È evidente che quando non si dia nè riserva nè assunzione da parte dello Stato, si dà libero campo ai privati che non sono esclusi dai pubblici poteri nè con un atto che opera al livello della posizione (riserva) nè dal fatto dell'attuale titolarità dell'ente pubblico. È questo il caso di proprietà privata libera quanto all'assunzione della titolarità del diritto. Il fatto che sia libero non toglie, naturalmente, che, sotto altro profilo, l'esercizio del diritto possa essere sottoposto a limiti di varia natura o alla regola della funzione sociale. Ma questo ordine di temi è estraneo all'argomento di cui si discorre.

c) Naturalmente, può anche darsi il caso di beni nei confronti dei quali non si verifichi nè riserva nè appropriazione da parte dei pubblici poteri e neanche appropriazione da parte di privati. Tale caso è da tenere distinto da quello in cui vi sia solo riserva: si tratta di fattispecie di beni a disposizione di chiunque, appropriabili da chiunque (79). A proposito di taluni beni è stato notato che questa

privata dei pubblici poteri consistente nel cosiddetto patrimonio: a questo si applicano le regole del codice civile (R. RESTA, *Beni pubblici*, cit., 100-101). Nella sua essenza giuridica il patrimonio privato degli enti pubblici in nulla differisce dal patrimonio delle persone private (S. ROMANO, *Principii*, cit., 610).

(79) Come è stato detto, la differenza tra questi beni e quelli che non

fattispecie rappresenta una situazione iniziale o primitiva, poi evolutasi nella forma di proprietà collettiva (80).

Tutte queste considerazioni introducono l'esame del profilo soggettivo e qualitativo della « proprietà pubblica ». Cercheremo, nella parte che segue, di dimostrare che una serie di caratteri che si dicono propri della proprietà dei pubblici poteri, sono propri del soggetto. Ricorrono quindi — per il soggetto — non solo nel caso di proprietà ma anche in presenza di ogni altra situazione giuridica.

D) La ricostruzione dei tipi di proprietà pubblica è stata finora tentata sulla base delle indicazioni che emergono dal dettato costituzionale. Naturalmente, per lo scopo che questa indagine si propone, non è stato possibile affrontare in pieno la ricostruzione del disposto costituzionale. Una ricostruzione sistematica delle norme costituzionali — che prende ad oggetto la proprietà e l'impresa congiuntamente, partendo dall'esame della tutela costituzionale delle qualità del soggetto — è tuttavia implicita in quanto si è detto a proposito della proprietà dei pubblici poteri. Dall'esame del dettato costituzionale ci pare sia emersa una indicazione che è opportuno rendere esplicita: ed è che il diritto positivo — già al livello dei principi costituzionali — conosce una grande varietà di diritti reali, che va oltre quella figura di specie dei diritti reali che è la proprietà. Proprietà individuale accompagnata da riserva, proprietà collettiva accompagnata da riserva, proprietà (individuale o collettiva) senza riserva, beni sottoposti a riserva senza che ne sia assunta la proprietà, beni sottoposti a riserva e in gestione a privati, sono le formule che riassumono il diverso regime al quale i beni sono sottoposti, la diversa disciplina delle relazioni tra soggetti (pubblici e privati) in ordine ai beni. Se a queste formule si aggiungono quelle che riassumono la disciplina delle relazioni tra soggetti e beni: proprietà libera, proprietà-funzione, beni senza proprietario, ben si comprende come il regime di appartenenza dei beni sia

possono essere oggetto di dominio, concerne la « capacità ad una futura condizione giuridica diversa, non riguarda l'attuale condizione giuridica » (D. DONATI, *Stato e territorio*, cit., 179).

(80) M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 37.

molto più diversificato di quanto non si usi pensare. Si può forse dire che la formula della proprietà individuale libera (poi « limitata ») ha esercitato un influsso negativo facendo dimenticare persino ai giuristi la varietà dei tipi di proprietà. Il diritto positivo ha sempre offerto un quadro dei più vari, ma, dall'epoca delle rivoluzioni borghesi, la forza dell'ideologia liberale, che vedeva la proprietà come diritto dell'individuo, ha spinto a commassare le diverse formule del diritto positivo. D'altra parte, in altri modi non si può spiegare il passaggio dall'epoca feudale, caratterizzata da un gran numero di tipi di proprietà, all'epoca moderna, in cui il campo dei diritti reali si esaurisce quasi nella figura del proprietario che giganteggia solitario.

Il punto da ribadire, oggi, sembra sia quello della irriducibilità delle numerose forme di rapporti di soggetti (pubblici o privati) in ordine a beni ad una unica figura. Chi fa ancora ciò, fa opera di sociologo o di politico ma non di giurista positivo e cioè di interprete di ordinamenti dati; oppure, è cattivo interprete perchè forza le qualificazioni dell'ordinamento in un rigido schema ideologico (81).

Si comprende quindi anche che i termini adoperati nella presente ricerca non possono non essere intesi che in senso meramente convenzionale: dovendo — per brevità — riassumere in un termine una varietà di fenomeni non riducibili alla proprietà in senso stretto, sarebbe opportuno ricorrere all'espressione dominio. Essendo però chiaro che questa non è una definizione giuridica ma solo una formula riassuntiva di più fenomeni giuridici (82); in quanto formula riassuntiva, essa meglio di ogni altra è appropriata poichè il termine dominio è adoperato per indicare comando sia su persone sia su cose e quindi comprende anche quel comando che si esercita — con la riserva — su

(81) Contro questa forma di nominalismo, S. PUGLIATTI, intervento al III Congr. naz. dir. agr., cit., 237.

(82) G. SPERDUTI, *Contributo alla teoria delle situazioni giuridiche soggettive*, Milano, 1944, 110, nota che dominio è un concetto in bianco. Si noti anche che il termine demanio deriva da *dominium* — *domaine*: quindi dominio e demanio sarebbero equivalenti. Salvo che il secondo termine è ormai adoperato correntemente per indicare una specie dei beni degli enti pubblici e qui serviva invece un termine riassuntivo di più specie di beni pubblici.

persone, col divieto di appropriarsi di determinate categorie di beni (83).

2. In questa indagine è stato già esaminato il « lato esterno » del diritto di proprietà: cioè, i rapporti tra gli enti pubblici e i privati in ordine a beni pubblici. Ma si è anche posta in luce l'esistenza di un ulteriore problema attinente al lato esterno della proprietà: quello dei rapporti tra enti pubblici e privati in quanto ambedue proprietari; cioè dei rapporti tra « proprietà pubblica » e « proprietà privata ». Abbiamo anche notato che particolare attenzione va posta nel separare, nel caso di proprietà collettiva, la posizione di membro della collettività da quella di proprietario individuale.

Si noti che il problema è quello del rapporto tra due soggetti proprietari e non quello del rapporto tra un soggetto proprietario e un altro soggetto. Stando così le cose, il problema riguarda i rapporti tra due soggetti in quanto si pongono limitazioni reciproche all'uso del bene (limiti di buon vicinato) o in quanto l'uno ponga limitazioni all'uso del bene dell'altro (servitù). Si badi che è frequente, nella letteratura di diritto pubblico, l'uso della espressione « servitù di uso pubblico »: con questa non si intende un rapporto tra due proprietari (manca un fondo dominante) (1) ma una relazione tra un soggetto e un bene: noi abbiamo già visto che in tal caso si è in presenza o di proprietà collettiva o di *res communes omnium* e non di rapporto tra più proprietà.

(83) L'uso nei due sensi del termine dominio può riscontrarsi in J. LOCKE, come notato da C. J. CZAJKOWSKI, *The theory of private property in John Locke's political philosophy*, tesi cicl., Ann Arbor, Michigan, 1941, 53-54. Si noti peraltro che anche il termine demanio viene, specialmente dal legislatore, adoperato in due sensi diversi, una volta in senso proprio, una volta nel senso di bene (appartenente a privati, a enti pubblici ecc.); sulle due accezioni del termine demanio, C. VITTA, *Il diritto dello Stato sulle miniere*, cit., 2-3 e S. CASSARINO, *Il duplice significato dell'espressione demanio (a proposito dei campi di tiro a segno)*, « Giur. it. », 1962, I, 2, 10-12 dell'estr. Su alcuni significati ed usi del termine dominio, si veda A. GAGLIO, *Sul concetto*, cit., 448 ss.

(1) F. MESSINEO, *Le servitù*, Milano, 1949, 267; G. BRANCA, *Servitù prediali*, « Commentario al codice civile Scialoja-Branca », Bologna-Roma, 1960, 8; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1955, 222-227.

I rapporti tra proprietà degli enti pubblici e proprietà dei privati presentano due ordini di problemi — che non possono essere sviluppati in questa sede —: quelli che attengono ai limiti posti alla prima a favore della seconda e quelli che attengono ai limiti posti alla seconda a favore della prima (2).

Questi ultimi sono analoghi a quelli che sorgono da rapporti di vicinanza tra proprietà private anche se « il fondamento del limite ... risiede sempre ... nelle esigenze della attività amministrativa, che è causa della demanialità » (3). Bisogna, naturalmente, non confondere tali limiti da quelli che sono posti alla proprietà privata dagli enti pubblici non in quanto proprietari ma in quanto soggetti dotati di poteri pubblici: pur essendo lo stesso il soggetto, nel primo caso il limite deriva da una *situazione giuridica* di cui il soggetto sia titolare (la proprietà); nel secondo caso, dalla *natura giuridica* pubblica e dalla *capacità* di incidere nella autonomia dei privati propria del soggetto (4).

(2) Sul problema, invece, della servitù su beni pubblici a favore di altri beni pubblici, C. GIROLA, *Le servitù prediali pubbliche*, Padova, 1937, 161 ss.

(3) SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 554 ss. (dove anche elenco dei singoli limiti); E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 315 n. 2.

(4) Il punto sul quale si è ampiamente discusso in dottrina è la distinzione tra servitù e limitazioni discendenti dalla proprietà pubblica. L'elemento caratteristico della servitù è stato visto nel fatto che essa da un lato impone un'ostacolo al pieno svolgimento della proprietà, dall'altro la trasmissione di una data utilità ad un altro fondo. I due elementi della restrizione di una proprietà e dell'incremento di un'altra proprietà non ricorrono nelle limitazioni che sono un puro regolamento del diritto: quando si trova determinato il contenuto del diritto di proprietà, senza dar luogo al rapporto di servizio della cosa ad un fondo, si ha solo un regolamento del diritto per evitare che esso nell'esplicarsi arrechi danni ai vicini e al bene pubblico (O. RANELLETTI, *Concetto natura e limiti del demanio pubblico*, II, *I beni demaniali nel diritto italiano*, « Giur. it. », 1898, 114 ss. dell'estr.). Per altri « la costituzione della servitù importa l'affermazione di un diritto di godimento dell'ente pubblico sul bene che ne è gravato, ed è quindi, rispetto al diritto di proprietà del privato, successiva quanto al tempo e positiva quanto al contenuto; l'imposizione del limite consiste in un divieto posto al privato proprietario quanto all'esercizio del suo diritto per la tutela di un interesse pubblico, ed è quindi, rispetto al diritto di proprietà del privato, preventiva quanto al tempo e negativa quanto al contenuto. La servitù pubblica è un diritto reale, il limite di

Quanto ai limiti alla proprietà degli enti pubblici a favore dei privati proprietari, essi si presentano solitamente in un loro aspetto particolare: quello che riguarda l'uso della strada da parte del proprietario frontista (5).

L'uso da parte del proprietario frontista — e, in genere, l'uso del bene pubblico da parte del proprietario di bene contiguo o vicino — è spesso assimilato all'uso del bene pubblico da parte del cittadino e si discute quindi se possa parlarsi di comproprietà, di diritti di uso, di diritti subiettivi pubblici ecc. Ma il proprietario di beni contigui si trova in una duplice posizione nei confronti dei beni pubblici: quella di comproprietario o usuario e quella di proprietario individuale. Nella prima veste, la sua posizione non si diversifica da quella degli altri componenti la collettività: il privato che sia proprietario usa il bene pubblico con maggiore intensità del privato non proprietario; ma ciò non fa sorgere conseguenze giuridiche, è mera differenza quantitativa.

diritto pubblico è il regolamento giuridico di un diritto reale, che si definisce e si determina secondo il limite stesso » (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 17, che segue l'opinione del Donati *ivi cit.*).

Non diversamente la pensano coloro che ritengono che la limitazione è caratterizzata dal fatto che pone un mero limite negativo (*non facere*) e la servitù è caratterizzata da un *patis*, cioè dal sopportare che altri eserciti sulla cosa alcune delle facoltà normalmente comprese nel suo diritto (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 218).

Altri ha sostenuto che limitazione non significa qualsiasi istituto amministrativo che diminuisca l'ambito delle facoltà del proprietario: in questo senso la nozione ha rilievo esclusivamente logico ed è superflua. Il significato da attribuire al termine è quello già elaborato dal diritto privato: modo relazionale di conformazione fisica del bene. Così, le servitù poste a favore dei beni pubblici (demaniali) non debbono intendersi come diverse da quelle private perchè hanno lo stesso contenuto di queste. Nè se ne differenziano perchè legali (anche quelle private possono essere tali), o perchè fruirebbero dell'autotutela amministrativa (quando l'autorità amministrativa ha poteri di autotutela in ordine a certi beni, questi poteri si estendono anche alle servitù a favore dei beni medesimi, in quanto ad essi accessive) o perchè le servitù pubbliche non legali possono essere imposte autoritativamente da provvedimento amministrativo in mancanza di consenso degli interessati: quindi, il primo argomento è infondato; gli altri due riguardano la tutela e la costituzione, che rimangono esterni rispetto al rapporto (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 170-175).

(5) Si veda l'ampia letteratura (e le osservazioni) di E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 266, n. 2.

Nella seconda veste, ha una particolare posizione che non deriva dal rapporto tra il soggetto e il bene demaniale, ma dal rapporto tra la proprietà privata e la proprietà pubblica (6). Infatti, le situazioni del privato che riguardano stillicidio, scolo, vedute, luci, prospetti, porte, accesso, passaggio ecc. sorgono in quanto egli è proprietario di un bene contiguo a quello pubblico e non in quanto egli sia comproprietario o usuario del bene pubblico.

In questo caso vi è un bene pubblico sottoposto a limiti (7) nell'in-

(6) O. RANELLETTI, *Concetto natura e limiti*, III, *Teoria*, « Riv. it. sc. giur. », 1899, 190-193 e 230 dell'estr.; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 314-315.

(7) Va fatto un cenno al tema della distinzione tra servitù e limitazioni che è stato lungamente discusso dagli studiosi della proprietà pubblica (L. BARASSI, *I diritti reali limitati*, Milano, 1947, 2). Il problema è stato dibattuto con riferimento alle servitù e alle limitazioni della proprietà privata a favore di quella pubblica e, quindi, nel senso inverso a quello che qui interessa. Ma le limitazioni e le servitù riguardano sia la proprietà pubblica nei confronti di quella privata sia la proprietà privata nei confronti di quella pubblica (così M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 178 (ma con riferimento solo alle limitazioni)). Non vi è dubbio che, come alle proprietà private sono imposte a favore della proprietà pubblica servitù e limiti, così, reciprocamente, la proprietà pubblica soggiace a limiti e servitù che le derivano dalla proprietà privata (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 380-381 e ivi citazioni di scritti di Santi Romano e di O. Ranelletti nello stesso senso; per un esempio, si veda anche 201-202).

In questo, come in altri argomenti, gli studiosi di diritto pubblico hanno, nella prima metà di questo secolo, cercato di dimostrare che i diritti e i rapporti di natura privatistica hanno corrispondenti diritti e rapporti di natura pubblicistica. In altre parole, accanto alle servitù di diritto privato esisterebbero servitù di diritto pubblico; le prime avvantaggiano l'avere privato (il fondo essendo un elemento del patrimonio), le seconde un pubblico servizio (il fondo essendo uno strumento per attuare il pubblico servizio) (C. GIROLA, *Le servitù*, cit., 230 e 1). Le servitù — e in genere — i diritti reali limitati pubblici si distinguerebbero poi — sull'esempio della proprietà — in demaniali e patrimoniali (G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 219-220).

Per ciò che riguarda il campo più schiettamente privatistico, si può notare, in primo luogo, che i termini servitù legali e limiti servivano — in ambiti culturali diversi — a indicare lo stesso fenomeno. Il primo, dalla pratica passò nel codice francese, da questo nei codici italiani preunitari e in quello del 1865. Il secondo era proprio del diritto comune e di là passò nei codici germanici (O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti*, cit., II, 107-108). Ed è anche noto che, nel codice precedente, le cosiddette servitù legali comprendevano sia le servitù (quelle oggi definite coattive) sia le limitazioni legali del diritto di proprietà nell'interesse privato (F. MESSINEO, *Le servitù*, cit., 50)

teresse dei privati. Si potrebbe forse anche dire che questo è un interesse pubblico o sotto il profilo che qui è coinvolto l'interesse di un

« gonfiando — come è stato detto — sull'esempio del codice Napoleone e contro la più sana tradizione romanistica, la portata del nostro istituto » (G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 59).

Nella definizione di servitù come peso imposto a un bene a favore di un altro — e ancor più nella definizione come rapporto di un bene con un altro — vi è un residuo oggettivistico per chi ritiene che la disciplina delle cose si ordina intorno alle figure soggettive alle quali le cose pertengono. In questo senso, più corretto sembrerebbe affermare che il profilo strutturale della servitù è dato dalla limitazione delle facoltà di uso di un proprietario e dal corrispettivo ampliamento della facoltà di altro proprietario. Il problema sta proprio nel determinare se le facoltà acquisite dal nuovo proprietario costituiscono una nuova situazione soggettiva o siano un mero ampliamento di quelle dipendenti dall'essere egli già titolare di proprietà. Se si ammette questa seconda ipotesi non si può parlare di un nuovo diritto reale ma di una fattispecie molto simile alla limitazione.

Contro quest'ultima conclusione si può osservare che l'esser proprietario di un fondo è un mero fatto di legittimazione all'acquisizione del diritto reale limitato su fondo altrui. Ma a ciò si può obiettare che vi è qualcosa di più: un rapporto di strumentalità fra l'onere fondiario che ha un'esistenza propria e il diritto di godimento a favore del fondo dominante (G. BRANCA, *Servitù prediali*, cit., 5). Contro la legittimità della conclusione suindicata starebbe invece la lettera dell'articolo 825 del codice civile che afferma che « sono parimenti soggetti al regime del demanio pubblico i diritti reali che spettano allo Stato, alle provincie e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti, quando i diritti stessi sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi » (è la tesi di O. Mayer seguita da O. Ranalletti e criticata da C. GIROLA, *Le servitù*, cit., 66 ss. e da G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 218).

D'altra parte, il rilievo che assume l'aspetto soggettivo è confermato da quegli studiosi del diritto pubblico che hanno indicato come elemento caratterizzante delle servitù esplicitanti a favore di beni dei pubblici poteri il fatto che vi sia una utilità che opera a favore di una impresa pubblica (C. GIROLA, *Le servitù*, cit., 221, 231, 320, 322 ss.). Presso gli stessi privatisti, la distinzione tra limite e servitù sembra piuttosto evanescente. La reciprocità di vantaggio e sacrificio — e quindi l'assenza di corrispettivo proprio dei limiti derivanti da rapporti di buon vicinato — indica solo che un rapporto in un senso è doppiato da un rapporto in senso inverso. La nascita automatica e la non prescrittibilità sono aspetti che attengono alle vicende del rapporto e non alla sua struttura (sui caratteri differenziali, F. MESSINEO, *Le servitù*, cit., 51, 84 e 268; G. BRANCA, *Servitù*, cit., 59 ss.; L. BARASSI, *I diritti reali*, cit., 251). La stessa limitazione che deriva dal divieto che la servitù consista in un *facere* sembra — insieme col rilievo, più esteriore, che ci si sia posti il problema dell'interesse pratico di

numero molto esteso di privati o sotto il profilo che vi è un interesse pubblico alla tutela degli interessi dei privati ad avere passaggio, luce,

mantenere la distinzione tra servitù e limiti (C. GIROLA, *Le servitù*, cit., 313) — confermare l'ipotesi che nulla di strutturalmente diverso dal limite vi sia nella servitù. In questo senso, sia il « limite » sia la « servitù » possono essere strumenti di coordinamento dei diritti nel senso che permettono la coesistenza e l'equilibrio delle proprietà.

Nell'uno e nell'altro caso vi è tipizzazione dei modi di uso del bene con esclusione di taluni di questi. Una riprova di ciò che si è detto la si ha se si prende in esame il caso del trasferimento del bene sottoposto a funzione a favore della proprietà privata. Questo è il modo in cui nella maggior parte dei casi si è presentato il problema del rapporto tra proprietà pubblica e proprietà privata: che succede se il bene sottoposto a funzione diviene, da oggetto di proprietà collettiva, oggetto di proprietà individuale o, ancor più, se passa nelle mani di un privato? Sarà possibile costruire sulla strada chiudendo i fondi latitanti?

Qui bisogna ricordare quanto si è già detto: che — in generale — funzione e disposizione del bene sono indipendenti: i beni che sono sottoposti a funzione possono essere trasferiti in titolarità di altri soggetti senza che ne soffra la destinazione poichè l'accipiente diviene titolare di un diritto sottoposto a funzione e può usare il bene solo rispettandola. Se, invece, il nuovo proprietario vuole liberarsi del vincolo potrà farlo: ma gli grava l'obbligo di indennizzare il privato. Tale obbligo discende, per alcuni, dall'articolo 46, primo comma, della legge sull'espropriazione per pubblica utilità che riguarderebbe tutte le ipotesi di danno permanente alle private proprietà immobiliari (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 325-326; Cass. Sez. I, 14 febbraio 1964, n. 334, « Rass. Avv. St. », 1964, 499-504).

Un recente orientamento giurisprudenziale ha affermato che destinazione istituzionale della via pubblica è, oltre il transito, l'accesso agli edifici latitanti; quando vengono, quindi, in considerazione le due proprietà, pubblica sulla strada e privata sugli edifici latitanti, non si può parlare di servitù ma di limiti interni alla proprietà pubblica. Se la proprietà pubblica è trasferita, non può certo trasferirsi ciò che il soggetto pubblico non ha (una proprietà di contenuto più vasto): quindi sussiste il divieto di mutamento dello stato dei luoghi in danno dei privati proprietari, cioè le due sfere giuridiche rimangono quali erano. Ma, trattandosi di rapporti tra proprietà immobiliari private, l'unica configurazione possibile è ora la servitù (Corte App. Firenze, 5 febbraio 1962, n. 84, est. Capaccioli, « Giur. tosc. », 1962, genn.-febr., 1-5; altra giurisprudenza in « Avv. gen. St. », *I giudizi di costituzionalità e il contenzioso dello Stato negli anni 1961-1965*, II, Roma, 1966, 191-193). Nello stesso senso, è stato deciso che la sdemanializzazione può influire sul *nomen juris*, sulla qualificazione giuridica di quel diritto di uso, ma non può sopprimere il contenuto sostanziale. L'uso speciale si trasforma in diritto su bene privato (Cass., Sez. II, 18 marzo 1961, n. 611, « Giust. civ. », 1962, I, 1627-1631 e ivi altrà bibl.).

Una voce discorda della dottrina ha espresso invece dubbi sulla confi-

ecc. D'altra parte, da tempo è ammesso che i fondi demaniali possono essere sottoposti a limitazioni derivanti da rapporti di vicinanza.

gurabilità come diritto di quello dei frontisti di accedere alla propria casa attraverso la strada pubblica; si è nel campo degli interessi: « il frontista beneficia del passaggio sulla strada pubblica come ogni altro cittadino e in tal modo può accedere alla propria abitazione poichè l'ha costruita, legittimamente, sul ciglio della strada: la sua posizione di vantaggio... deriva da questa combinazione d'un interesse (uso comune della strada), poco importa se semplice o legittimo, con un diritto o facoltà (di mantenere l'edificio, con le sue aperture, sul confine della strada) ». Seguendo questa impostazione, il frontista può solo chiedere il passaggio coattivo in virtù dell'articolo 1051 del codice civile o ricorrere contro la sdemanializzazione. Infatti, « una volta escluso che l'accesso sia una facoltà inerente al diritto di proprietà del frontista, s'è negato *a fortiori* che lo si possa conservare *a quel titolo* dopo la sdemanializzazione ». « Anche ad ammettere che il frontista della strada pubblica abbia un interesse legittimo all'accesso, la conversione in diritto di servitù, ... è da scartare: infatti, proprio perchè si tratterebbe di interesse legittimo, la sua protezione sarebbe connessa alla originaria destinazione della strada, dimodochè, sdemanializzata questa, cesserebbe quella » (G. BRANCA, *Sdemanializzazione di strade e accesso di frontisti*, « Foro it. », 1961, I, 941 ss. (nota a Cass., sent. citata prima)).

Con ciò che si è prima detto, si è dato per risolto affermativamente un altro problema: quello dell'ammissibilità di limiti e servitù su beni sottoposti a riserva. Infatti la riserva esclude ogni assunzione della titolarità di proprietà su beni, non ogni uso del bene. Coerentemente con ciò, coloro che ritengono caratteristica principale dei beni demaniali la incommerciabilità, non hanno dubbi sul fatto che questa non escluda la costituibilità di servitù (C. GIROLA, *Le servitù*, cit., 180 ss.).

Diritti reali limitati su beni pubblici sono concordemente ammessi come effetto di una concessione: questa non creerebbe però che un interesse legittimo, una situazione di minore consistenza perchè revocabile (G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 36-37; L. BARASSI, *I diritti reali*, cit., 5).

PARTE SECONDA

*LA TUTELA AMMINISTRATIVA E ORDINARIA
DELLA «PROPRIETÀ PUBBLICA»*

I

« PROPRIETÀ PUBBLICA » E TUTELA AMMINISTRATIVA

1. A) Le due conclusioni principali della parte generale che precede trovano conferma nell'esame dei modi di tutela dei beni pubblici.

È affermazione largamente diffusa che la proprietà dei pubblici poteri (con riguardo a taluni beni detti demaniali) è pubblica perchè in ordine a tali beni il soggetto proprietario è dotato di autotutela. Ma noi vedremo che l'autotutela non è un carattere della proprietà cosiddetta pubblica ma una misura che può riguardare anche altre pretese dell'ente pubblico e non solo quelle sui beni; che l'autotutela opera in maniera diversa a seconda che si tratta di beni sottoposti a riserva oppure no; che in alcuni casi ciò che si dice autotutela non è altro che regolazione pubblica dell'uso di beni da parte di collettività proprietarie; che essa ha ad oggetto sia beni demaniali sia beni patrimoniali; che non sempre nei confronti di beni demaniali l'amministrazione proprietaria è dotata di autotutela; che l'amministrazione esercita autotutela non solo nei confronti di beni pubblici ma anche di beni di proprietà privata, di beni in uso esclusivo e di beni in uso comune; che l'autorità che esercita l'autotutela è talora l'ente proprietario del bene, talora un ente pubblico diverso da questo; infine, che i mezzi di autotutela spesso prescindono dall'accertamento del diritto e non difendono la proprietà ma il possesso. Da questi rilievi discende che l'autotutela non è in relazione necessaria con la posizione dell'ente pubblico di proprietario di beni demaniali e quindi che l'affermazione che la proprietà demaniale è pubblica perchè dotata di autotutela è inesatta perchè confonde i problemi del diritto di proprietà con quelli del soggetto: l'autotutela (in modo particolare l'au-

totutela esecutiva) spetta a questo non in quanto proprietario, ma ad altro titolo: in quanto ente pubblico dotato di privilegi (in casi eccezionali).

In secondo luogo, l'esame dei modi di tutela ordinaria dei beni pubblici rivelerà l'esistenza di categorie di beni — diverse da quelle note: demanio, patrimonio indisponibile, patrimonio disponibile — diversamente regolati dallo stesso codice civile. Ciò conferma la seconda conclusione, per cui esistono diversi tipi di proprietà, più complessi e diversi da quelli noti della tripartizione tradizionale.

B) Come abbiamo detto, secondo alcuni l'elemento che contraddistingue il regime giuridico dei beni del demanio — e solo di questi — è l'autotutela (1). Per la difesa contro qualunque illecita occupazione, l'abuso o danneggiamento da parte di terzi, « l'amministrazione esercita il suo diritto mediante un'attività amministrativa di polizia, emanando ordini immediatamente esecutori e usando, ove occorre, la coercizione e la forza per farli eseguire » (2). Non importa se l'amministrazione goda solo della tutela amministrativa o di questa e di quella ordinaria insieme. Nell'uno e nell'altro caso, un carattere che distinguerebbe la proprietà pubblica da quella privata è la difesa amministrativa di tali beni. Anzi, è significativo il fatto che quello della difesa amministrativa dei beni pubblici sia uno dei principali argomenti con i quali è stata sostenuta la natura pubblica della proprietà sui beni pubblici e sia quindi l'elemento distintivo principale — accanto all'incommerciabilità — di tale proprietà da quella privata.

(1) Useremo d'ora in poi i termini autotutela e tutela amministrativa indifferentemente anche se dovrebbe esser chiaro da ciò che diremo che non sempre la tutela amministrativa è autotutela quanto all'oggetto poichè essa è spesso disposta a difesa di interessi della collettività e non dell'ente Stato. Più giustificato appare l'uso del termine autotutela se se ne prende in considerazione l'aspetto soggettivo: indipendentemente dagli interessi tutelati, qui è l'ente pubblico che procede autonomamente, con esclusione dell'autorità giudiziaria.

(2) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1955, 7; R. RESTA, *Beni pubblici*, Commentario Scialoja-Branca, *Della proprietà*, Bologna-Roma, 1960, 92.

L'affermazione dell'autotutela come carattere distintivo della proprietà pubblica può farsi risalire — per ciò che a noi interessa — alla prima edizione del «*Deutsches Verwaltungsrecht*» di O. Mayer. È forse probabile che il Mayer si ispirasse — scriveva negli ultimi anni dello scorso secolo — a idee correnti in Francia; in Germania, infatti, per l'influenza da una parte della pandettistica e dall'altra della teoria del Fisco, i beni pubblici erano (e sono) considerati beni in proprietà privata dello Stato ed era incontestata l'impostazione privatistica nello studio dei diritti reali degli enti pubblici; all'opposto, in Francia prevaleva la teoria del «*domaine public*», che era certo un terreno più fertile per il sorgere della tesi della proprietà pubblica come proprietà tutelata in via amministrativa. Poichè, però, non è per influenza diretta del modello francese bensì tramite l'impostazione del Mayer che tale tesi è giunta in Italia, è all'impostazione del Mayer che bisogna far direttamente riferimento per comprendere meglio la teoria della proprietà pubblica come proprietà tutelabile in via amministrativa.

Ora la teoria del Mayer era basata su un «salto logico» che — a volerlo spiegare in poche parole — era il seguente: egli partiva dall'osservazione che i beni pubblici sono in proprietà di enti pubblici; constatava che gli enti pubblici hanno poteri di polizia (noi diremmo, oggi, autotutela decisoria ed esecutiva) con riguardo a questi beni; ne deduceva che tali poteri sono disposti a protezione della proprietà; e poichè il proprietario privato non ha tali poteri, ne deduceva che dovesse trattarsi di un diverso tipo di proprietà, la proprietà pubblica: «*Sie ist der Schutz der öffentlichen Sache und damit auch des öffentlichen Eigentums*» (3). Noi vedremo — ed in parte abbiamo già visto — che ognuna di tali proposizioni contiene un errore e — di più — che è erroneo costituire relazioni di causa ed effetto tra di esse: che non sempre di beni pubblici sono proprietari enti pubblici; che l'esistenza di una polizia pubblica dei beni pubblici da una parte non esclude che essi possano essere tutelati in via ordinaria, dall'altra non

(3) O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München-Leipzig, 1924, II, 125.

esclude che anche altri beni — privati — o rapporti — obbligazioni — siano sottoposti a una tutela amministrativa; che, quindi, non è vero che il « potere di polizia » contraddistingue la proprietà di enti pubblici; che, infine, non vi è una proprietà pubblica che si distingua da quella privata per un modo particolare di tutela.

Detto ciò, esaminiamo più da vicino le opinioni del Mayer (4). Egli affermava: i segni distintivi della proprietà pubblica sono l'esclusione del diritto civile e la polizia dei beni pubblici (5). A proposito di quest'ultima, sosteneva che il potere giudiziario subisce una limitazione quando si tratta di eseguire le sue sentenze sui beni pubblici; ciò dipende dal diritto speciale dei beni pubblici, caratterizzato da un regime di polizia che costituisce una continuazione del « Polizeistaat ». L'esistenza fisica e l'uso dei beni pubblici fanno parte dell'ordine pubblico: è logico che la loro protezione prenda il nome e i caratteri dell'attività di polizia: ciò dimostra che l'amministrazione di tali beni è fuori del campo privatistico (6).

(4) Per comodità, le citazioni che seguono sono tratte dalla traduzione francese della prima edizione del *Deutsches Verwaltungsrecht*; è noto che il Mayer pubblicò più edizioni di tale opera: München-Leipzig, 1895, 1914-1917 e 1924. La seconda di tali edizioni è quella più ampia, come fa osservare lo stesso autore a pag. VI della terza edizione e come si può rilevare dal diverso sviluppo dato alla teoria dei beni pubblici: 221 pag. nella seconda edizione a fronte di 118 nella terza. A noi interessa, tuttavia, la prima formulazione della tesi e perciò le citazioni che seguono sono da essa tratte. D'altra parte, le successive edizioni non subirono, nella sostanza, grosse modificazioni; basti ricordare la ormai celebre frase che il Mayer usò nella prefazione della terza edizione: « Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht ». Nè si dimentichi che — com'egli stesso dice, *Préface de l'édition française, Le droit administratif allemand*, I, Paris, 1903, XV — la traduzione in francese della prima edizione è opera dello stesso Mayer.

Parallelamente alla riedizione del *Deutsches Verwaltungsrecht*, il Mayer ritornò sul tema dei beni pubblici in una serie di articoli, alcuni dei quali conservano un grande interesse, ma nei quali il tema della « polizia dei beni pubblici » non è ripreso: *Eisenbahn und Wegerecht*, « AöR », 1900, 511-547 e 1901, 38-87 e 203-243; *Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums*, « AöR », 1907, 499-522; *Öffentliche Sachen*, Stengel-Fleischmann, « WbdStVR », *ad vocem*, 1914, 9-11; *Neues vom öffentlichen Eigentum*, « AöR », 1920, 77-95 (alcuni di questi articoli erano noti allo Zanobini, che scriveva nel 1923).

(5) O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, III, Paris, 1905, 118-119.

(6) La proprietà pubblica è l'esempio principale del potere di legittima

Tale protezione o polizia dei beni pubblici si esplica — secondo il Mayer — in tre modi: con l'impiego della forza (coazione diretta di polizia); disponendo sanzioni penali per le trasgressioni; con la determinazione in via amministrativa delle cose pubbliche (atti di delimitazione): è il potere di polizia stesso che si manifesta in tali atti, « en fixant, vis-à-vis du sujet, son rayon d'action spécial, *sa possession propre* » (7).

Nè il fatto che la « polizia » di beni pubblici sia attribuita a un organo diverso da quello che amministra i beni è importante per il Mayer poichè si può dire che questa attività di polizia è riservata allo Stato anche quando sia il comune a gestire i beni. Questo si spiega — egli aggiunge — con il concetto generale del diritto amministrativo per il quale possono essere riservati allo Stato una parte dei poteri dell'ente che è ad esso subordinato (8). « Ainsi toute une atmosphère de police entoure ces choses; ces moyen variés dispensent l'administration de former des recours devant les tribunaux civils pour mettre ces choses à l'abri des troubles qui pourraient entraver leur utilité, et pour se maintenir en possession » (9).

Il Mayer riconnette, da una parte, l'esercizio del diritto di proprietà all'attività di polizia: « Toute ce qu'il (lo Stato) fait de la chose pour exercer ce droit — qu'il la possède, qu'il ne dispose, qu'il la défende — il le fait en tant qu'Etat, comme puissance publique » (10); dall'altra, indica nella proprietà pubblica, un limite della « polizia » in quanto l'attività di tutela in via amministrativa è legata all'esistenza dei beni pubblici: « déterminer la chose publique, c'est déterminer ici le champ d'activité propre à la police » (11).

difesa e di farsi ragione da sè: quindi, « la protection de la chose publique forme une partie essentielle de son droit propre et sans laquelle ce droit ne peut pas se comprendre » (O. MAYER, *Le droit*, cit., III, 148).

(7) O. MAYER, *Le droit*, cit., III, spec. 107, 110-111, 148-149 e 150-152.

(8) O. MAYER, *Le droit*, cit., III, 149, n. 7.

(9) O. MAYER, *Le droit*, cit., III, 150.

(10) O. MAYER, *Le droit*, cit., III, 111.

(11) O. MAYER, *Le droit*, cit., III, 150. Sarebbe interessante, poi, esaminare la diversa reazione di altri studiosi al rilievo che la proprietà — intesa come non diversa da quella privata — della pubblica amministrazione era

L'affermazione dell'autotutela come carattere distintivo della proprietà pubblica fu ripresa da G. Zanobini nel suo primo scritto generale sulla proprietà pubblica (12). Non ci si deve far indurre in inganno dal fatto che egli non solo non attribuisce la paternità della teoria della proprietà pubblica come proprietà sottoposta a poteri di polizia al Mayer ma critica anche — sia pure su temi diversi da quello del regime di protezione dei beni pubblici — l'autore tedesco. Tra la tesi esposta dallo Zanobini e quella del Mayer c'è una concordanza grandissima se non perfetta identità. Se c'è diversità è su punti minori. E il discostarsi dello Zanobini dalle impostazioni del Mayer non serviva certo a rafforzare la bontà della tesi di fondo. Ad esempio, là dove lo Zanobini — rispondendo in questo alla tradizionale distinzione italiana — si limitava a parlare dei beni demaniali, e non di quelli patrimoniali, come di beni in proprietà pubblica e sottoposti a « polizia amministrativa »: ciò che non corrispondeva nè corrisponde al diritto positivo, che non esclude casi nei quali anche beni non demaniali possono essere oggetto di tutela in via amministrativa.

Nello scritto citato, dunque, lo Zanobini, dopo aver mostrato come tutti i criteri di definizione dei beni demaniali fossero inadeguati allo scopo, sosteneva che il carattere pubblicistico che permette di distinguere la proprietà pubblica da quella privata fosse « la polizia della cosa pubblica »; ed aggiungeva doversi con questa espressione intendere « tutte quelle forme di difesa, amministrativa e penale, a mezzo di ordini e provvedimenti esecutori, di coercizione diretta e di pena, che caratterizzano il lato esterno della proprietà pubblica ». Quindi, se le norme stabiliscono questo « speciale regime di polizia » si avrebbe proprietà pubblica; se tacciono in ordine al « sistema di difesa e di protezione esterna del diritto », si avrebbe proprietà privata.

tutelabile in via amministrativa. Basti citare per tutti O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, 26-27, che pone in luce la differenza tra la tutela civilistica propria dell'ordinamento a diritto comune e nota « nach den Landesgesetzen steht meist auch in dieser Richtung nur das Verwaltungsstreitverfahren offen ».

(12) *Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, del 1923, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 165 ss.

Successivamente, lo stesso autore tornava sul tema, commentando il codice del 1942, per affermare che la tutela giuridica verso i terzi — riferita sia all'integrità materiale dei beni sia alla loro protezione giuridica contro occupazioni illecite o esercizio arbitrario di diritti e facoltà — è riconosciuta dal codice « come contenuto dello stesso diritto di proprietà sulla cosa » (13) ed elevare quindi il principio di autotutela a regola generale. Sicchè, ove per alcuni beni manchino disposizioni — egli aggiunge esplicitamente — l'esercizio della polizia deve ritenersi egualmente ammesso per la regola generale dell'art. 823; quanto ai particolari del procedimento, si devono ritenere applicabili, per analogia, le disposizioni relative ai beni della categoria più affine (14).

Non è qui possibile seguire le successive vicende della tesi della proprietà pubblica come proprietà che gode di un regime di tutela amministrativa. E tuttavia non si può tacere che essa ha avuto una fortuna assai diversa in Germania e in Italia. Lì essa è rimasta senza seguito essendo ancora prevalente la tesi che, sui beni pubblici, gli enti pubblici abbiano una « modifiziertes Privateigentum » (15) nonostante alcune opinioni recentemente sollevate in contrario (16).

(13) G. ZANOBINI, *Dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, Comm. D'Amelio, *Libro della proprietà*, Firenze, 1942, 101.

(14) G. ZANOBINI, *Dei beni*, cit., 101; *Corso*, cit., IV, 29-30.

(15) Affermano esplicitamente che la teoria della proprietà pubblica del Mayer non è una teoria di diritto positivo tedesco, E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, I, 8ª ed., München-Berlin, 1961, 329, n. 3; T. MAUNZ, *Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten, Die Verwaltung*, III b 5, Braunschweig, s.d., 8; A. KÖTTGEN, *Deutsche Verwaltung*, Berlin, 1944, 121; anche la Wegegesetz di Amburgo del 4 aprile 1961 e la Wassergesetz del Baden-Württemberg del 1960, che pure hanno esplicitamente affermato la proprietà pubblica rispettivamente delle strade e delle acque nelle due zone, adoperano, per H. J. WOLFF, *Öffentliche Sachen*, « HdSW », *ad vocem*, Stuttgart-Tübingen, 1964, 36, il termine in senso diverso da quello del Mayer.

(16) Si veda, principalmente E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, I, 2ª ed., Tübingen, 1953, 65 che parla di « Verwaltungseigentum »; su questa nozione, G. LANGER, *Ausgangslinien für eine Erörterung zu der Frage des Verwaltungseigentum*, Tübingen, 1961. Altri propone di unire sotto il concetto di « öffentliche Sache » tutte le cose che « eines besonderen öffentlich rechtlichen Schutzes bedarf » (intesa la protezione di diritto pubblico in senso

Diversamente dalla Germania, in Italia la tesi della proprietà pubblica ha avuto gran successo e si può dire quella oggi prevalente. Ben s'intende, non tutti ritengono che il tratto distintivo della pubblicità stia nell'autotutela e quindi non è vero che la teoria della proprietà pubblica in generale si identifichi *tout court* con la teoria della proprietà pubblica tutelata in via amministrativa. Ma tuttavia, anche quest'ultima ha un larghissimo seguito e ciò fa strano riscontro al silenzio caduto in Germania sulle idee del Mayer in tema di beni pubblici.

Chiarita così l'origine relativamente recente della tesi che fa della tutela amministrativa un tratto distintivo della c.d. proprietà pubblica o demanio, va aggiunto che non è che non fossero noti e studiati casi — previsti dalle leggi — nei quali vi era difesa amministrativa avente ad oggetto beni pubblici. Anzi, fin nei più antichi studi sul tema della esecutorietà e della esecuzione d'ufficio furono poste in luce le ipotesi nelle quali la pubblica amministrazione è dotata di autotutela con riguardo a beni pubblici (17). L'essere i beni oggetto di tutela amministrativa non era però addotto come segno dell'esistenza o, meglio, carattere della proprietà pubblica di tali beni. Chi legga, infatti, gli scritti sul demanio e sulla proprietà pubblica precedenti lo studio dello Zanobini, si avvede che l'esperibilità di rimedi amministrativi a tutela dei beni demaniali è menzionata al fine di affermare la parallela esperibilità dei rimedi petitori e possessori (18).

ampio, quasi corrispondente a sottrazione alle regole del diritto privato): D. HAAS, *Die öffentlichen Sachen*, « DVBl », 1962, 653-658.

Per l'osservazione che — in Francia — la tutela amministrativa riguarda anche beni non demaniali e che essa comunque non attiene a tutti i beni demaniali, C. KLEIN, *La police*, cit., 79, 107, 109 e 117. Ma già precedentemente M. HAURIOU, *Précis*, III ed. cit., 663.

(17) Basti citare F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 101; U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, spec. 150 ss.; F. CAMMEO, *La esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, « G. I. », 1929, III, 3 ss.).

(18) Basti citare F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (riedizione invariata), 459: « Certo essi hanno altri mezzi di difesa del loro godimento di fatto, colla ordinanza di riduzione in pristino di qualunque opera che turbi il godimento stesso (378 legge sui LL.PP.). Tuttavia non può escludersi a priori il loro interesse ad avvalersi della tutela possessoria... ».

Non solo; ma, anche successivamente, il regime di protezione giuridica era ricordato e giustificato come un regime di particolare protezione giuridica: « quando si consideri che i beni demaniali sono necessari all'Amministrazione per la soddisfazione di un interesse pubblico, e che tale soddisfazione non può essere differita nè ritardata per il fatto di un singolo individuo, appare manifesta la ragione per cui è consentito il privilegio di una immediata tutela della proprietà pubblica ». Il regime della demanialità è un regime di particolare protezione giuridica. « Protezione particolare che è rivolta ad assicurare all'ente pubblico proprietario il godimento esclusivo del bene demaniale entro i limiti nei quali questo è necessario allo svolgimento dell'attività di quello, e quindi ad impedire che il bene venga sottratto all'ente pubblico, indipendentemente dalla volontà di questo, finchè ne dura la destinazione; e che investe il bene demaniale in ogni momento della sua vita giuridica, e in ogni rapporto che viene a costituirsi a proposito di esso, esplicandosi pertanto rispetto al godimento del bene come rispetto alla disposizione del diritto su di esso, rispetto alla estensione del diritto medesimo come rispetto alla sua tutela, a partire dal momento della destinazione del bene fino al momento in cui questa viene a cessare » (19). Ma chi così diceva, affermava anche che la tesi per la quale la « polizia delle cose pubbliche » contraddistingue il demanio non può sostenersi sia perchè vi sono beni sicuramente demaniali nei confronti dei quali non vi è una difesa amministrativa sia perchè vi sono beni non demaniali nei confronti dei quali gli enti pubblici sono dotati di eguali poteri (20).

La necessità di esaminare se esiste una proprietà pubblica o demaniale, caratterizzata da un modo particolare di tutela (autotutela) ci condurrà al centro delle discussioni sulla cosiddetta esecutorietà. Possiamo, tuttavia, escludere fin da ora le ipotesi di autotutela che ineriscono a rapporti obbligatori. È noto, infatti, che, verificandosi inadempimento di obbligazione, l'amministrazione non necessariamente deve rivolgersi al giudice: può spogliarsi della veste di parte ed

(19) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 424-425.

(20) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 57 ss. e 67 ss.

esercitare i poteri che le spettano come autorità risolvendo il contratto ed eseguendo d'ufficio (21). Ora, in questa fattispecie è noto proprio ciò che invece vorrebbe provarsi con il ricorso — nel campo dei diritti reali dell'amministrazione — alla nozione di autotutela come propria dei beni demaniali: è chiaro cioè che l'amministrazione agisce come un privato in quanto è legato al privato da un rapporto obbligatorio ed è chiaro che l'autotutela è estranea a tale rapporto (cio che è posto in luce dicendo che altro è l'amministrazione autorità ed altro l'amministrazione parte del rapporto obbligatorio). Nel nostro caso, invece, si vorrebbe dimostrare proprio il contrario, con lo stesso mezzo (l'essere l'amministrazione fornita di autotutela). Si vorrebbe affermare che l'amministrazione in quanto proprietaria è autorità perchè dotata di autotutela.

Sarebbe troppo semplicistico criticare una opinione ormai largamente diffusa — nel campo dei diritti reali — mostrando solo che essa è basata su un ragionamento che — nel campo delle obbligazioni viene ritenuto errato perchè ammassa fenomeni di natura diversa. La critica va svolta più ampiamente, con l'esame del diritto positivo e della storia della dottrina in merito alla tutela amministrativa dei beni dell'amministrazione. Tuttavia, è chiaro che andrà fatto un attento uso della dottrina e della giurisprudenza in materia di esecutorietà in ordine ai rapporti obbligatori perchè questa muove da un punto che — come vedremo — costituirà per noi un punto d'arrivo.

C) Escludiamo innanzitutto talune ipotesi che solo erroneamente son fatte rientrare nell'ambito della tutela.

In primo luogo non bisogna farsi trarre in inganno dai termini tutela, polizia, vigilanza, difesa, conservazione, manutenzione che spesso vengono adoperati nelle leggi nel senso generico di attività o potere con riguardo ai beni. Così l'art. 30 cod. nav. per il quale l'am-

(21) La fattispecie è posta in luce, negli aspetti istituzionali, da M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 84 e *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, s.d. ma 1964, 78-79; più in particolare, ma con orientamento parzialmente diverso, F. PUJIA, *L'esecuzione di ufficio nelle opere pubbliche*, « Riv. dir. pubbl. », 1913, 401-407.

ministrazione della marina mercantile regola l'uso del demanio marittimo e vi esercita la polizia: le autorità marittime, in particolare, esercitano potestà di polizia sull'impianto e l'esercizio dei depositi e stabilimenti posti sul demanio marittimo e collegati ad esso (art. 52); vigilano su tutti i movimenti nei porti, provvedono alla sicurezza e alla polizia dei porti e delle adiacenze (art. 62 e 81); esercitano la polizia nelle concessioni di demanio marittimo (art. 27 d.p.r. 15 febbraio 1952, n. 328, regolamento per l'esecuzione del codice della navigazione). Così il r.d. 25 luglio 1904, n. 523, t.u. delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche, dispone che al Governo è affidata la suprema tutela sulle acque pubbliche e la ispezione sui relativi lavori. Il r.d. 11 luglio 1913, n. 959, t.u. sulla navigazione interna e sulla fluitazione, art. 39, attribuisce al Ministero dei lavori pubblici la polizia delle vie navigabili e detta regole generali sulla manutenzione (art. 4). E così anche artt. 56 e 61 cod. nav. sulla navigazione interna; art. 66 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, t.u. delle leggi sulle acque e sugli impianti elettrici, che si preoccupa della difesa e del buon regime delle acque nei consorzi per l'utilizzazione di acque; e art. 94 sulla tutela delle acque sotterranee. La legge 7 febbraio 1961, n. 59, sull'Azienda autonoma delle strade, attribuisce all'azienda e agli organi periferici della stessa la vigilanza sulla conservazione del patrimonio stradale (così art. 25 f). La legge 1 giugno 1939, n. 1089, tutela delle cose d'interesse storico e artistico di proprietà dello Stato sottoposte alla vigilanza del Ministero della pubblica istruzione che provvede alla conservazione.

Nè l'elenco si ferma alla legislazione. Anche in dottrina questi termini vengono adoperati in un'accezione atecnica. Adopera ad esempio, tutela in senso generico chi (22) afferma « il demanio militare può essere invece tutelato a mezzo dei limiti di diritto pubblico (servitù militari) imposti alle proprietà private contigue », o chi (23) af-

(22) P. PASTORE, *Il regime amministrativo dei beni di interesse militare*, Milano, 1949, 94.

(23) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1955, IV, 29.

ferma che l'espressione polizia demaniale « ha un significato molto ampio ».

L'affermazione legislativa (e della dottrina) che l'ente pubblico ha la tutela, difesa, vigilanza, funzione di conservazione, di manutenzione nei riguardi dei beni, anche se avesse un significato preciso (e non lo ha) non necessariamente vorrebbe dire che l'ente ha potere di procedere in via amministrativa. Essa significherebbe solo che chi principalmente deve occuparsi della difesa dei beni è l'ente pubblico; ma questo può agire in via amministrativa e anche in via giurisdizionale.

In secondo luogo, bisogna avvertire che altro è tutela dei beni pubblici, altro è tutela che si svolge su beni privati in quanto con questi si realizza l'uso di beni pubblici. Si pensi alla distinzione tra disciplina dell'uso della strada (police du roulage) e tutela della integrità della strada (police de la voirie) (24). Oppure ai poteri del comandante del porto con riguardo diretto ai beni del demanio marittimo, che vanno tenuti distinti dalla « vigilanza » alla quale sono sottoposti « coloro i quali esercitano un'attività nell'ambito delle zone portuali della navigazione interna » (art. 85 cod. nav.). Tutela amministrativa del bene e dei suoi usi e tutela amministrativa in ordine ad attività che si svolgono sul bene vanno quindi tenute distinte.

Va infine, distinto tra disciplina degli usi e autotutela. La disciplina degli usi non può farsi rientrare nella tutela; questa — anzi, la necessità di questa — sorge quando sono violate le norme che contengono la disciplina degli usi. È erroneo, quindi, dire che l'autotutela si esplica, tra l'altro, attraverso la polizia demaniale intesa ad assicurare il legittimo e corretto uso dei beni demaniali, siano essi sottoposti ad uso generale, siano essi sottoposti a uso speciale (25), se non si precisa che l'autotutela è attività successiva ed indipendente dalla determinazione dell'uso la cui violazione dà luogo ad esercizio (le-

(24) Si vedano le citazioni in E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 414, n. 1 e 415, n. 1.

(25) C. S., V, 31 maggio 1963, 349, FA, 1963, I, 674.

gittimo) di autotutela (26). Spesso le norme sono congiunte: ad esempio, r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740 per la tutela delle strade che contiene congiuntamente norme sugli atti vietati, gli usi normali, quelli sottoposti a licenza, quelli sottoposti a concessione e, infine, sulle sanzioni che possono applicarsi in caso di violazione di tali norme.

Per comprendere il rilievo che la disciplina degli usi ha per ciò che riguarda i beni pubblici, bisogna ricordare che mentre per i beni privati gli usi sono di regola indeterminati, così non è per i beni pubblici. Per i beni privati, v'è un'indicazione generica di atti che comportano pregiudizio, molestia o turbativa. Per i beni pubblici c'è invece una precisa indicazione dei tipi di uso e quindi un elenco di divieti (naturalmente, bisogna anche distinguere i vari tipi di beni a seconda del profilo interno delle relazioni proprietario-bene).

Occorre fermarsi a questi accenni sommari perchè non è qui che bisogna affrontare il tema degli usi che è il tema principale dello studio della struttura (regolata) del diritto. Per ora, basti fare qualche esempio. Così l'art. 110 r.d. 12 febbraio 1911, n. 297, che prevede che i Comuni provvedano con regolamento di polizia al divieto di trasportare carichi in modo contrario alla conservazione in buono stato delle strade e quindi dà carico ai comuni di indicare gli usi che assicurino la conservazione delle strade (per ammetterli) e quelli che siano contrari alla conservazione in buono stato (per vietarli). Tale distinzione e l'elencazione dei vari usi è compiuta direttamente dalla legge quando si tratti di materia di competenza locale: un esempio è il d.p.r. 15 giugno 1959, n. 393, t.u. delle norme sulla circolazione stradale, spec. art. 6 ss.

La determinazione degli usi è di regola disposta con legge e non con atto amministrativo; dalla legge discendono gli obblighi di fare

(26) Si badi peraltro che il problema si pone meno per i beni di cui lo Stato è unico utilizzatore (P. PASTORE, *Il regime amministrativo dei beni di interesse militare*, Milano, 1949, 94, afferma che la tutela manca nei riguardi del demanio militare, dato che trattasi di beni coi quali, per la loro destinazione, il pubblico non viene a contatto); al contrario, laddove l'uso è aperto a terzi, si dà luogo in maggior misura a violazione delle norme e quindi sorge un problema di tutela.

o non fare rispetto a beni, la cui inosservanza — come vedremo — dà, nei casi previsti da legge, luogo ad autotutela. Ciò si spiega specialmente nei casi di proprietà collettiva con la circostanza che all'organo rappresentativo della collettività è rimessa la determinazione degli usi (27).

Oltre alla tutela del bene (*police de la conservation*) e alla tutela della circolazione (*police de la circulation*) (28), l'ordinamento prevede norme che conferiscono alla amministrazione il potere di difendere il servizio che si esplica a mezzo del bene (*police de la destination*) (29). Queste norme qui non interessano per i motivi indicati, in generale, prima, con riguardo ai rapporti tra beni pubblici e servizi pubblici o imprese che i beni permettono di esercitare. Ma va segnalato il fatto che secondo alcuni è questa l'unica prospettiva sotto la quale va esaminata la tutela amministrativa, affermandosi che questa è « tutela del servizio cui il bene presta necessariamente l'oggetto »: i mezzi di tutela amministrativa « non sono espressioni ... di un diritto di proprietà sia pure speciale nè di un potere che appartenga all'ente sul presupposto di tale diritto. Tale esercizio ha unicamente per scopo la salvaguardia della continuità e della buona conduzione del servizio connesso con il bene, o per meglio dire delle possibilità di utilizzo del servizio da parte della comunità » (30). Ora, il problema che qui

(27) Anche per i beni privati può esservi determinazione degli usi (proprietà-funzione; beni a uso controllato). Ma nel caso di determinazione di usi di beni privati, che deve essere operata con legge secondo l'art. 42 co. II Cost., il Parlamento non si presenta come organo rappresentativo della collettività bensì da una parte come l'organo che garantisce, nel limitare l'autonomia privata il massimo di ponderazione e dall'altra come « delegato » della sovranità popolare: quindi come l'organo più « capace » di operare la scelta tra interessi collettivi e interessi individuali, scelta dal cui risultato dipenderà il grado di compressione dell'autonomia privata.

(28) Sui diversi tipi di polizia, C. KLEIN, *La police*, cit., 74, 109-111, 145, 184 (dove pone acutamente in luce l'« effet magique de l'idée de propriété administrative »), 214. Si veda anche p. 106, dove è tracciata la distinzione tra « grand voirie » (che attiene alla integrità del bene) e « petite voirie » (che attiene invece alla circolazione).

(29) M. MAROGER, *L'affectation*, cit., 257.

(30) Le frasi riportate sono di G. BERTI, *Caratteri dell'amministrazione*

si pone è proprio quello della distinzione di una tutela dei beni da una tutela del servizio, nel presupposto della sua indispensabilità ai fini di render conto dell'esistenza di norme che conferiscono alla amministrazione poteri di tutela che hanno riguardo alla mera esistenza fisica del bene, alla sua conservazione. Ciò che, naturalmente, non vuol negare, da una parte, l'esistenza di una tutela amministrativa che abbia ad oggetto direttamente il servizio; dall'altra, la necessità di tener distinta la prima dalla seconda forma di tutela in ragione dell'oggetto sul quale vertono. Ciò non toglie, naturalmente, che si possa osservare che vi sono stretti legami tra le due, come nota chi afferma che il bene deve sì essere conservato ma deve anche essere impiegato secondo la sua destinazione (ammettendo quindi che vi sia una « protection de l'affectation ») (31) o chi sostiene che sono tutelabili in via amministrativa anche i beni indisponibili « limitatamente a quegli atti che di tali beni mirino a salvaguardare la funzionalità pubblica » (32).

D) L'aver così impostato la distinzione tra determinazione degli usi e tutela amministrativa, permette di chiarire, meglio di quanto non sia stato finora fatto, la distinzione tra l'imposizione dell'« obbligo » primario (o obbligatorietà o efficacia) e l'ordine condanna dell'amministrazione che, se non adempiuto, può essere da questa eseguito a spese dell'interessato (per esempio, ordine di riduzione in pristino rivolto al privato).

Cominciamo col notare che — nella legislazione — l'uno e l'altro effetto sono spesso confusi, indicandosi col termine di esecutorietà

comunale e provinciale, Padova, 1967, 188, 192-193 e cenni a 77 (e sono da questo autore riferite agli enti locali).

(31) Y. LENOIR, *Les domaines*, cit., 168-169.

(32) G. FALZONE, *I beni*, cit., 230-233. Riferendosi alle norme poste a difesa della cosa e del diritto reale della collettività su di essa e alle norme dirette invece alla sicurezza pubblica in genere o alla sicurezza di coloro che si servono del bene, lo Zanobini ha scritto: « l'unione... delle une e delle altre sotto il titolo comune di polizia e sotto le medesime sanzioni penali e amministrative nient'altro prova se non il comune loro fondamento nella sovranità generale e la comune loro natura di norme proibitive e coattive » (G. ZANOBINI, *Il concetto*, cit., 190).

l'uno e l'altro (33). Più di una volta nella legislazione può leggersi la parola esecutorietà intesa nel senso di efficacia (34). Ad esempio, nell'art. 13 della l. 17 luglio 1907, n. 429, ordinamento dell'esercizio di Stato delle ferrovie non concesse ad imprese private, dove si legge che il Ministro dei lavori pubblici può sospendere momentaneamente e, con decreto motivato, su deliberazione del Consiglio dei ministri, negare l'esecutorietà alle deliberazioni del Consiglio di amministrazione dell'azienda delle ferrovie dello Stato.

Chiarito questo profilo terminologico, fermiamoci a considerare l'imposizione dell'obbligo — situazione soggettiva di sfavore attinente alla determinazione degli usi. Può darsi sia il caso che tale imposizione sia contenuta direttamente nella legge, sia che quest'ultima attribuisca alle amministrazioni potestà di determinare gli usi con atti amministrativi (35). Peraltro distinguere fra il caso nel quale l'obbligo segue direttamente dalla legge e il caso nel quale questo segue da un atto amministrativo non è in questo momento importante (36) anche perchè, vi sia un atto dell'amministrazione o non vi sia, l'obbligo sorge — in senso proprio — sempre dalla legge.

Come si distingue l'atto (legge o atto amministrativo) che dispone l'obbligo primario da quello (ordine-condanna) che contiene il comando successivo? Dal fatto che il primo è fuori di un conflitto, mentre il secondo è disposto proprio per risolvere un conflitto: quello

(33) Peraltro, non bisogna dimenticare che vi è un'altra accezione di esecuzione, quella per la quale l'atto amministrativo è esecuzione di quello legislativo. Di solito, questa enunciazione è presentata con riferimento alla attività o funzione amministrativa come esecutiva di quella legislativa (ne fa menzione, nelle definizioni generali di esecuzione U. BORSI, *Fondamento*, cit., 69-83, senza peraltro distinguere i due sensi di esecuzione). In questo senso, esecuzione è adoperato in tutto altro significato, e cioè in quello di render concreto e attuabile il comando astratto di legge.

(34) Come osservano, tra gli altri, U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 71 e O. RANELLETTI, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945, 121 e 125.

(35) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 301.

(36) F. CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, « G. I. », 1929, III, 12 e *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 689.

tra l'amministrazione che fa valere il dettato dell'obbligo primario e il comportamento (inosservante) del soggetto. In altre parole, il secondo è disposto per l'inosservanza del primo, presuppone tale inosservanza, senza della quale non si darebbe luogo legittimamente al comando successivo. Condizioni perchè il comando successivo venga posto in essere sono, quindi, un obbligo e la sua inosservanza (37).

In altri termini, la distinzione corre tra una attività primaria costitutiva di obblighi in capo all'interessato ed una attività secondaria di assicurazione dell'osservanza dei precetti. In questo secondo caso, vi è un comportamento difforme da una pretesa *ex lege* o da provvedimento dell'amministrazione (38) che rende legittimo (e necessario) il provvedimento di condanna.

Ora, se vanno tenuti distinti l'atto di imposizione dell'obbligo e l'ordine di eliminare le conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo, bisogna anche distinguere l'adempimento del privato all'un atto, da quelle all'altro atto. Nel primo caso, avremo osservanza, nell'altro, ottemperanza: ma dev'esser chiaro che ottemperanza è l'adempimento all'ordine di riduzione in pristino successivo all'inosservanza dell'obbligo primario; e che, quindi, in un certo senso, l'ottemperanza (e l'inottemperanza) presuppone l'inosservanza; che, quando vi sia osservanza, non si dà neppur luogo a ottemperanza (o inottemperanza). Si noti, prima di procedere oltre, che, solitamente, viene in rilievo nella dottrina giuridica quella che abbiamo definito osservanza e che questa viene chiamata ottemperanza e configurata come obbligo di eseguire. L'aspetto dell'adempimento all'ordine-condanna non viene solitamente in luce perchè i problemi dell'esecutorietà sono solitamente commasati, non distinguendosi — come vedremo avanti — tra ordine-condanna e ordine-esecuzione (39).

(37) O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, Tratt. Orlando, IV, 1, Milano, 377, afferma « presupposto necessario dell'esplicamento dell'attività di repressione della polizia è che l'atto, il quale si va compiendo, sia un atto già proibito o dalla legge o dall'autorità ».

(38) F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 548-549.

(39) Per il concetto di inadempimento riferito all'obbligo primario, R.

Tener distinti i due momenti dell'imposizione dell'obbligo e dell'esecutorietà è della massima importanza quando l'imposizione dell'obbligo è operata con un atto amministrativo che, per il fatto di imporre un obbligo, si definisce imperativo. Solo tenendo distinti i due momenti, si comprende, infatti, che la circostanza che un atto sia imperativo non significa anche che esso sia esecutorio: imperatività ed esecutorietà sono distinte. Ora, non ogni volta che vi sia imperatività, vi è anche esecutorietà: come è stato detto (40), il fatto che un atto sia oppur no esecutorio discende dal diritto positivo: teoricamente, l'atto imperativo potrebbe esser sempre esecutorio o anche non esserlo mai. Pel diritto positivo, lo è solo talune volte.

Visto in che modo si distinguono, vediamo ora come si connettono i due momenti. Ora, è evidente che tra i due vi è un collegamento funzionale, nel senso che l'ordine (di riduzione in pristino) mira a ricondurre la cosa nelle medesime condizioni in cui era prima che si avesse l'uso *contra legem* che ha modificato la cosa. E tale riconduzione allo stato primitivo non è ordinata ad altro scopo che quello di permettere a tutti l'uso nelle forme previste. Insomma, l'obbligo-secondario-creato dall'ordine, coopera a permettere la realizzazione di quello-primario-creato dalla legge o dall'atto che disciplina l'uso del bene. Ciò del resto è stato affermato — sia pur con non molta precisione — da chi (41) ha affermato che l'esecutorietà permette ed assicura il diretto conseguimento dell'effetto o efficacia dell'atto e che l'esecutorietà e l'obbligatorietà sono elementi correlativi idonei a produrre la pratica realizzazione dell'atto.

Resta da esaminare se l'esecutorietà vada intesa con riferimento sia all'inosservanza sia all'ottemperanza o solo a quest'ultima. Da

LUCIFREDI, *Le prestazioni obbligatorie in natura dei privati alle pubbliche amministrazioni, La teoria generale*, Padova, 1934, 165 e 176.

(40) M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, « Riv. dir. proc. », 1964, 13 ss.

(41) U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, 7 e 74; si veda E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 232 ss.

quanto si è detto, sembra chiaro doversi riferire solo all'inottemperanza; se vi sia stata osservanza dell'obbligo primario, infatti, perchè dovrebbe darsi esecutorietà? Qui l'adempimento è stato spontaneo, il comportamento del soggetto non dà luogo a un conflitto e alla necessità di restaurare l'ordine turbato (42).

E) Per tener fede all'impegno su accennato di dimostrare che la proprietà demaniale non è pubblica, bisogna esaminare più da vicino i singoli mezzi di tutela. Ci si deve chiedere, in particolare, se in ordine al c.d. demanio — e solo ad esso — si dia una forma di tutela pubblica che valga a caratterizzarlo come proprietà pubblica.

Prima di procedere, bisogna però fare alcune precisazioni. In primo luogo l'indagine che segue ha ad oggetto tutti gli strumenti di tutela dei beni pubblici e quindi sia quelli di natura amministrativa sia quelli di diritto comune. Ciò sembra andar oltre il punto dal quale abbiamo preso le mosse: la verifica dell'affermazione che la proprietà di beni pubblici è pubblica perchè difesa con mezzi di autotutela e quindi tipici dell'ente pubblico. Questo rilievo non è fondato perchè non indifferente è l'importanza che ha l'esame dei mezzi di tutela ordinaria utilizzabili dalla pubblica amministrazione a difesa di beni pubblici sotto due profili: dell'alternatività tra tutela ordinaria e quella amministrativa e della combinazione dell'una con l'altra (ad esempio tutela amministrativa in via decisoria e giurisdizionale in via esecutiva). Inoltre, come abbiamo già detto, l'esame dei rimedi possessorî attribuiti ai membri della collettività mette in luce ulteriori distinzioni di diritti reali di enti e collettività: ed è proprio dimostrando (positivamente) la esistenza di più proprietà dell'ente pubblico che può meglio dimostrarsi la inesistenza di una prevalente proprietà « pubblica » dell'ente pubblico.

(42) Alla medesima conclusione perviene E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 233 ss. argomentando dalle diverse situazioni soggettive create dall'obbligatorietà e dall'esecutorietà: da una parte vi è l'imposizione di un obbligo, dall'altra una soggezione; non è necessario ricorrere al concetto di esecutorietà per spiegare l'imposizione dell'obbligo e il fatto che il cittadino sia da questo vincolato.

In secondo luogo, bisogna considerare che ciò che importa qui è la tutela che ha per oggetto i beni e solo quella. Vedremo poi come non possa dirsi essere carattere di una c.d. proprietà pubblica la circostanza che essa sia tutelata in maniera strutturalmente diversa da quella c.d. privata e, quindi, come l'autotutela non sia un attributo dell'ente pubblico in quanto proprietario ma in quanto ente pubblico: cioè l'ente pubblico può agire in via amministrativa quando è proprietario e quando non lo è. Il fatto, però, di non poter riconoscere autonomi caratteri giuridici ai mezzi di tutela amministrativa in quanto si esplichino in ordine a beni non vuol dire che non possa essere utile descriverli unitariamente in una ricerca sulla proprietà dei pubblici poteri. È evidente che, per poter descrivere i mezzi di tutela amministrativa, che hanno per oggetto beni, occorre distinguerli dagli altri mezzi di autotutela. Ma, dopo quello che si è detto, dovrebbe essere chiaro che questa distinzione è una distinzione di comodo poiché — come vedremo alla fine — i mezzi di tutela aventi ad oggetto beni vanno scientificamente collocati nel tema della capacità di autotutela di taluni enti (pubblici). Tuttavia, anche una descrizione che prende le mosse da una partizione di comodo può esser utile se permette di mostrare come dalla proprietà dell'ente pubblico non vada fatta discendere l'attribuzione a questo di capacità che esso ha ad altri titoli.

Ricordiamo, in terzo luogo, che — secondo alcuni — taluni mezzi di autotutela sono tipici (espropriazione forzata di beni e esecuzione d'ufficio) e altri atipici (sono quelli che si concretano in una coazione materiale immediata sulle cose o sulle persone) (43). Ora, il problema della tipicità o atipicità dei mezzi di tutela amministrativa non si pone neppure nel nostro ordinamento. E infatti può tanto dirsi che essi sono tutti tipici (in quanto espressamente previsti e regolati da norme) sia che essi sono tutti atipici (nel senso che non sono regolati da norme generali). Il fatto è che manca nel nostro ordinamento una disciplina generale dei diversi mezzi di tutela amministrativa e che

(43) Un accenno in tal senso in U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 148, ma principalmente, A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 855.

quindi sia la loro identificazione sia l'esame del loro contenuto (44) vanno compiuti sulla base delle norme di specie che li prevedono (45).

(44) Con la distinzione tra identificazione e contenuto ci si riferisce a quella tra *numerus clausus* e *Typenzwang* nei diritti reali: F. WIEACKER, *Bodenrecht*, Hamburg, 1938, 111-112.

(45) Naturalmente l'esecutorietà, essendo riferita a un atto, segue le vicende dell'atto, altra volta chiamate « limiti » dell'esecutorietà (U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 117 ss., *Le funzioni*, cit., 42-43) ma che tali non sono: annullamento, revoca, concessione di dilazione, sospensione. Trattandosi di problemi che riguardano l'atto in senso stretto, questi non vengono qui toccati, con l'eccezione della sospensione che presenta problemi particolari nel campo della cosiddetta esecutorietà.

II

L'AUTOTUTELA DECISORIA ED ESECUTIVA SOTTO IL PROFILO DEL PROCEDIMENTO

1. *A)* Abbiamo visto in quali ipotesi non si possa parlare di esecutorietà o autotutela o tutela amministrativa. Dobbiamo ora esaminare la nozione stessa di tutela amministrativa. Ora « la materia dell'esecutività e dell'esecutorietà presenta... ancora parecchie zone di ombra, che derivano dalla mancanza di elaborazione scientifica dei procedimenti esecutivi » (1). È proprio questo l'aspetto dal quale ten-

(1) M. S. GIANNINI, *Corso*, cit., II, 160. Può essere interessante ricordare, a conferma di quanto sarà più avanti detto, che lo stesso autore ha affermato che « i procedimenti di esecuzione non sarebbero, a rigore, procedimenti amministrativi, ma procedimenti neutri, ossia regolati da norme comuni al diritto amministrativo e al diritto processuale. Altra caratteristica fondamentale della limitazione coattiva è data dalla sua temporaneità » che altrimenti si avrebbe un procedimento espropriativo (M. S. GIANNINI, *I procedimenti amministrativi*, Pisa, 1958, 133).

Va inoltre fin da ora avanzata una possibile spiegazione del mancato affermarsi di una disciplina del procedimento in contraddittorio con riguardo alla tutela dei beni pubblici fino ad epoca recente. La ragione di ciò sta forse nel mancato riconoscimento della proprietà demaniale come proprietà collettiva e quindi nel mancato riconoscimento della circostanza che la tutela, alla fine, incideva o era probabile incidesse nella sfera patrimoniale del privato. Ciò si dice in considerazione del fatto che non è difficile notare come il procedimento in contraddittorio si sia sviluppato là dove occorreva assicurare garanzie alla sfera patrimoniale del soggetto: si pensi infatti che esso è disciplinato già legislativamente nelle norme del 1865 sulla espropriazione, che poi si amplia toccando la materia delle concessioni fino al rapporto di impiego pubblico. Questo processo storico toccava quindi i valori che si consideravano più degni di tutela nelle epoche storiche ispirate dall'ideologia liberale-autoritaria, ritenendo degni di tutela preventiva, nel corso del procedimento stesso, interessi che altrimenti avrebbero potuto esser difesi solo in sede di ricorso amministrativo e di ricorso al giudice. Sembra che questo non sia accaduto per la proprietà pubblica perché essa è stata ritenuta come rientrante nella sfera

teremo di esaminare il problema, poichè è dall'aspetto del procedimento che l'autotutela risulta chiarita (2).

Bisogna però precisare anche, in via preliminare, che manca in Italia una disciplina positiva specifica dei procedimenti di tutela amministrativa. Da una ricostruzione attenta del diritto positivo, possono sì ricavarsi alcuni punti fermi in tema di procedimento, ma altri punti restano oscuri. D'altra parte, la carenza di una disciplina del procedimento di autotutela non può farsi risalire semplicemente alla più generale mancanza di una legge generale sull'azione e sul procedimento amministrativo. Basti, infatti, ricordare che in altri paesi, dove una norma generale sul procedimento amministrativo manca, ci si è invece preoccupati di disciplinare legislativamente — e unitariamente — quella specie particolare di procedimenti che va sotto il nome di autotutela. E ciò non è difficile da comprendere, se si riflette sull'importanza che ha — a garanzia dei privati — la regolazione della procedura che conduce all'attuazione — eventualmente coattiva — dei provvedimenti amministrativi ad opera della stessa pubblica amministrazione.

dell'ente pubblico piuttosto che come complesso di beni in proprietà collettiva di privati. Ed è evidente che un rovesciamento della impostazione si rende necessario quando si parta da tale ultimo presupposto. Naturalmente, questa è una ipotesi che andrebbe verificata, anche perchè potrebbe obiettarsi che, al contrario, proprio per il rispetto dovuto a beni della collettività, i pubblici poteri sono stati intitolati a procedere in via amministrativa (anche se questo ragionamento poi si morde la coda perchè la legittimazione alla autotutela è attribuita all'amministrazione ma poi si esplica sui cittadini e si deve pensare che si esplichino in maggior misura su coloro che effettivamente usino il bene collettivo).

Non si dimentichi anche, ai fini di una più corretta comprensione del ruolo del procedimento — e del contraddittorio — in sede di esecuzione amministrativa, che è stato osservato che nel processo di esecuzione il contraddittorio è organizzato in maniera diversa da come è organizzato in sede di cognizione: lì esso è « un modo di essere del giudice » (F. MAZZARELLA, *Esecuzione forzata, diritto vigente*, « Enc. dir. », 470; dello stesso autore si veda anche *Contributo allo studio del titolo esecutivo*, Milano, 1965).

(2) F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., esclude, invece, espressamente l'aspetto procedimentale dalla sua indagine ma ne sottolinea l'importanza a pag. 543 e 554.

Ciò è particolarmente evidente nella tedesca *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz (VwVG)* del 27 aprile 1953 (3) che non solo ha indicato i singoli mezzi di autotutela che l'amministrazione può adoperare, ad esclusione di ogni altro (4), ma ha anche — e principalmente — posto le regole procedurali che l'amministrazione deve rispettare per porre in essere tali mezzi di autotutela. In particolare, essa ha disposto (art. 6 e 13 ss.) che, se un privato non osserva gli obblighi che discendono dalla legge e dall'atto amministrativo emanato sulla base della legge, si potrà ricorrere all'autotutela solo quando si sia ordinata per iscritto l'ottemperanza al privato, fissando un termine, minacciando la « coazione », indicando lo specifico mezzo di tutela al quale l'amministrazione intende far ricorso in caso di inadempimento del privato entro il termine e — se intende procedere all'esecuzione in danno — indicando in via provvisoria le spese che il privato dovrà sopportare (« Androhung ») e quando — in seguito all'inottemperanza del privato entro il termine fissato — si sia provveduto a disporre il mezzo di esecuzione (« Festsetzung »). Sia l'ordine-diffida sia l'atto con cui si dispone l'applicazione del mezzo di esecuzione sono atti impugnabili. In caso di urgenza potrà ricorrersi al « sofortiger Vollzug » che comporta la immediata applicazione del mezzo di tutela (« Anwendung »); con maggiore precisione, gli articoli 13 e 14 dispongono che, in tal caso, l'ordine-diffida è legato (« verbunden ») all'atto amministrativo che dispone l'obbligo di fare, *pati* o non fare e che l'ordine di eseguire (« Festsetzung ») viene a cadere (5). Ciò che, invece, non è regolato da tale legge sono le ipotesi in

(3) E nelle leggi dei Länder che l'hanno seguita, indicate in E. RASCH-W. PATZIG, *Verwaltungs-organisation und Verwaltungsverfahren*, Köln, 1962, 617-618.

(4) Peraltro H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, III, München-Berlin, 1966, 285 afferma che « ausserdem gilt es noch einige (besondere) Zwangsmittel... ».

(5) Si vedano i commenti alla legge di H. VON ROSE - VON HOEWEL, *Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz*, Berlin-Frankfurt, 1953, 15 ss. e di E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 617 ss. dove però non è chiarito se la tutela amministrativa si attui solo nei confronti di comportamenti ordinati con atto amministrativo o anche nei confronti di un fare, *pati* o non fare direttamente discendente da legge (la legge del 1953 sembra indicare

cui ai mezzi di tutela si può ricorrere. E non credo che questa sia una facoltà lasciata libera alla pubblica amministrazione poichè — se così fosse — non si comprenderebbe perchè le leggi speciali indichino quando essa può far ricorso all'autotutela: così, Bundesfernstrassengesetz del 6 agosto 1961, art. 20 c. II e Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, del 27 luglio 1957, art. 29 (6).

Per ciò che riguarda il nostro ordinamento, l'esame della autotutela — e, in particolare di quel mezzo di autotutela che più di frequente vedremo applicabile ai beni pubblici: l'ordine di riduzione in pristino — dal punto di vista del procedimento, deve prendere le mosse dal rilievo che nell'ordine di riduzione in pristino sono da distinguersi un procedimento di accertamento-condanna e un procedimento di esecuzione in senso stretto. Nel primo si può distinguere una fase di iniziativa; una fase istruttoria con la quale si accerta la inosservanza da parte del privato all'obbligo primario; una fase di decisione che si conclude con l'ordine (detto anche diffida) di ridurre in pristino entro un termine dato. Nel secondo procedimento l'iniziativa è resa necessaria dall'inutile decorso del tempo; l'istruzione mira ad accertare l'adempimento da parte del privato all'ordine; se questo adempimento non vi sia stato, interverrà la decisione, ovvero l'ordine di eseguire d'ufficio seguito dalle operazioni materiali di esecuzione.

la prima soluzione). Il secondo dei commentari citati afferma che, nel caso di urgenza, « ein gleichzeitig ergehender Verwaltungsakt mit der Androhung, Festsetzung und Anwendung eines Zwangsmittels in einem einzigen Akt zusammengefasst wird » (pag. 625) mentre è piuttosto vero che, in tal caso, « die Androhung muss mit dem Verwaltungsakt verbunden werden » (art. 13) e « fällt die Festsetzung weg » (art. 14). Si veda anche H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, III, München-Berlin, 1966, spec. 282-284, e E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, I, München-Berlin, 1961, spec. 264-272; sugli atti impugnabili dei procedimenti esecutivi, W. STEIN, *Die Anfechtung von verwaltungsrechtlichen Vollstreckungsmassnahmen*, « NJW », 1963, 185-189; in generale HANEISEN, *Der Verwaltungszwang*, « Verw. Praxis », 1953, 1 ss.

(6) Sulle quali si veda E. A. MARSCHALL, *Bundesfernstrassengesetz*, Köln-Berlin, 1963, 568-576 spec. 571-573 e F. KOLB, *Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts*, Köln, 1958, 152-154.

Il fatto che si tratti di due distinti procedimenti (7) e non di un solo procedimento è mostrato dalla circostanza che l'uno e l'altro si concludono con un provvedimento amministrativo. Di ciò ci si renderà più da vicino conto se passeremo all'esame delle fasi di ognuno dei due procedimenti.

Cominciamo dall'iniziativa del procedimento che abbiamo detto di accertamento-condanna. È insegnamento tradizionale che l'iniziativa del procedimento amministrativo di esecuzione è discrezionale (8): l'amministrazione quindi potrebbe oppur no dar luogo alla esecuzione. In ordine ai beni pubblici per i quali le leggi prevedono mezzi di autotutela della amministrazione, invece, un orientamento giurisprudenziale afferma che la tutela amministrativa è un potere-dovere dell'amministrazione (9) e che tale potere-dovere è irri-

(7) L'esecutorietà è manifestazione della autotutela esecutiva e si esprime mediante appositi procedimenti che sono i procedimenti esecutivi, i quali *costituiscono un procedimento diverso da quello che ha dato vita al provvedimento da eseguire*. Procedimento eventuale in quanto si adotta solo in caso di inottemperanza degli obblighi di eseguire e talora procedimento coattivo se comporta l'uso della forza (M. S. GIANNINI, *Corso*, cit., 1966, ed. cicl. 158).

(8) M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., 1950, 422.

(9) Così in giurisprudenza è stata affermata illegittima la condotta dell'autorità comunale che, di fronte al reclamo del cittadino interessato al libero transito sempre praticato su una strada di fatto usufruita dal pubblico, rifiuta di ordinare la restituzione delle cose nel pristino stato (C. S., V, 7 luglio 1934, n. 786, « F. A. », 1934, I, 2, 280; in senso diverso Cass., sez. un., 30 maggio 1966, n. 1417, « F. A. », 1966, I, 500 ss.). La giurisprudenza inoltre ha chiaramente affermato che l'amministrazione ha il diritto-dovere di esercitare l'autotutela decisoria (C. S. 31 gennaio 1964, n. 147, « F. I. », 1964, III, 164) e che il potere-dovere della autotutela è irrinunciabile (C. S. 31 maggio 1963, n. 349, « F. A. », 1963, I, 674).

In senso contrario, App. Cagliari, 19 aprile 1962, « Rass. giur. sarda », 1963, 288: « i poteri di polizia del Comandante del Porto di regolare e vigilare il movimento e l'ancoraggio delle navi ed ordinare tutte le manovre del caso, con facoltà di esecuzione delle stesse di ufficio, sono di natura *discrezionale* e il loro uso non è sindacabile avanti il giudice ordinario. Il potere di eseguire di ufficio a spese dei privati è una potestà e non un obbligo, in quanto nell'ambito dell'attività discrezionale non possono aversi poteri-doveri ma solo poteri-facoltà. Tale potere è conferito a fini di tutela dell'interesse pubblico, non già di tutela dei beni privati con i quali si siano abusivamente occupate zone del demanio marittimo; pertanto il privato non può in-

nunciabile: l'amministrazione è tenuta a dar luogo al procedimento (salva, naturalmente, la possibilità che rilevi non esservi stata turbativa o alterazione dello stato delle cose e, quindi, la possibilità di de-

sorgere davanti all'autorità giudiziaria contro il mancato uso dello stesso da parte del Comandante del Porto ».

Si veda anche Cons. St. Sez. II parere 4 luglio 1962, n. 450, « Cons. St. », 1963, I, 1299 che, con riguardo al demanio marittimo, ha affermato: « nel caso in cui sia previsto nella convenzione l'obbligo del concessionario di rimuovere al termine della concessione le costruzioni fatte sul suolo demaniale, è in facoltà dell'amministrazione di incamerare le costruzioni senza compenso o di disporre la riduzione in pristino stato; pertanto, ove l'amministrazione non abbia disposto la demolizione, il concessionario non può rimuovere i materiali che devono intendersi acquisiti, al termine della concessione, al demanio ».

L'ipotesi è diversa per le strade vicinali non soggette ad uso pubblico, per le quali il sindaco può provvedere soltanto quando sia espressamente richiesto dal consorzio degli utenti vicinali ad ordinare ed eseguire i lavori di ripristino.

L'ipotesi è ancora diversa nel caso di esercizio di autotutela su beni privati. Per questa è sì ammesso che l'ente abbia il dovere giuridico di vigilare ma è escluso però che a tale dovere corrisponda un diritto del terzo che si ritenga danneggiato, rispetto al quale questo dovere si atteggi addirittura come obbligo: « il potere-dovere dell'amministrazione di ordinare... la demolizione dei lavori arbitrariamente o illegittimamente eseguiti (art. 32 l. urbanistica) inerisce a una funzione pubblica e precisamente alla funzione di polizia edile: ed è noto che l'interesse dei cittadini all'esercizio delle funzioni pubbliche, ed in particolare di quelle di polizia, non assurge ad alcuna tutela giuridica » (C. S. V, 27 ottobre 1958, n. 821, « Riv. giur. edil. », II, 1958, nov.-dic., 721 ss. con nota di V. SPAGNUOLO VIGORITA).

L'elemento della doverosità dell'agire dell'ente pubblico è stato posto in luce — nei confronti dei beni pubblici — per primo — sia pure entro schemi classificatori dei beni pubblici diversi da quelli qui adottati — da T. MAUNZ nel primo dei suoi lavori sui beni pubblici, *Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts*, München-Berlin, 1933, dove lo Stato e gli enti pubblici gestori sono presentati piuttosto come Pflichtsubjekte che come Herren delle cose pubbliche (75-76). L'insistenza sui verpflichtende Momente permette all'autore di orientarsi in senso opposto all'Absolutismus der öffentlichen Verwaltung e di affermare: « in der Betonung der rechtlichen Pflichtstellung des Trägers der öffentlichen Sachen wird ein wesentliches Moment eine Theorie der öffentlichen Sachen gesehen und mit ihr wird vielleicht eine stärkere Bindung der öffentlichen Verwaltung erreicht als sie je vorher das Institut des Eigentums zu geben vermochte » (75-76 e 78-79; si veda anche 207-208 sui doveri del Träger e la Rechtsanspruch dell'utilizzatore); « die Stellung des Trägers der öffentlichen Sachen nicht betrachtet wird als ein Herrschen eines übergeordneten mit Normgebungszuständigkeit ausgestatteten Subjekts, sondern als das Dienen eines formal gleichberechtigten Subjekts im Sinne der Bekleidung einer Rechtspflichtstellung » (304-316). Naturalmente, nel testo è indicato solo uno degli

cidere di non emanare l'ordine di riduzione in pristino). Avvenga su denuncia o istanza dell'interessato (10) o degli interessati oppure no, l'iniziativa è quindi una fase necessaria. Questa affermazione si spiega se si pone mente al fatto che l'autotutela di cui si parla è un mezzo di difesa « possessorio » attribuito all'ente pubblico in quanto ente gestore di beni di collettività. Nei casi nei quali tale mezzo è concesso dalle leggi, l'ente non agisce per la cura di interessi attinenti alla propria organizzazione ma per la cura di interessi di collettività. Vale per l'ente, quindi, il principio di necessaria difesa, per cui l'iniziativa del procedimento di tutela è doverosa.

Nè può dirsi che il principio di necessaria difesa significa che l'amministrazione sia tenuta nei confronti della collettività a difendere il bene essendo poi libera di usare i mezzi ordinari di diritto comune o quelli di diritto amministrativo. Infatti, in primo luogo la giurisprudenza è chiaramente nel senso di ritenere doverosa l'autotutela amministrativa; in secondo luogo, la tutela possessoria ordinaria nei confronti di beni di proprietà collettiva è rimessa — come vedremo più ampiamente in seguito — ai membri della collettività stessa (art. 1145 cod. civ.).

aspetti di tale posizione doverosa: altri saranno indicati quando parleremo dell'ente gestore di beni e dei rapporti di gestione (si veda, W. WEBER, *Die öffentliche Sache*, 166, intervento di Bettermann, 242 e conclusioni di W. Weber, 264, *op. cit.*).

Accanto alla tesi della assoluta irrinunciabilità del potere di autotutela v'è la tesi che esso è irrinunciabile quando la situazione soggettiva che si intende tutelare non consente altro mezzo di difesa che l'azione degli organi amministrativi: in questo senso, M. ANNUNZIATA, *Natura e limiti dell'autotutela amministrativa e suoi rapporti con la giurisdizione ordinaria e amministrativa*, « Temi nap. », 1965, III, 372-382, spec. 377 (in questo articolo, 277-278, anche una interessante elencazione delle disposizioni normative in tema di autotutela); dello stesso autore, *Le azioni possessorie e quasi possessorie tra gli enti pubblici*, « Riv. giur. edilizia », 1967, maggio-giugno, 257-270 (dove tratta della utilizzabilità di azioni possessorie nei confronti di altro ente pubblico).

(10) L'esecuzione è disposta d'ufficio. È tale anche se disposta in conseguenza di una denuncia di privati interessati. È stato detto che spetta unicamente agli enti pubblici pretendere l'osservanza di doveri (nella specie, di prestazione) da parte di privati; un'azione in tal senso non è concessa ai privati. Questi possono solo sollecitare la pubblica amministrazione (R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 176-177).

D'altra parte, proprio il rilievo che il privato può ricorrere alla tutela possessoria ordinaria quando — eventualmente — l'amministrazione non abbia fatto uso della tutela amministrativa permette forse di comprendere perchè non si sia affermato — a fronte del cosiddetto potere-dovere dell'amministrazione di procedere in via amministrativa — un diritto del privato allo svolgimento, da parte dell'autorità amministrativa, dell'autotutela (oltre alla difficoltà di ammettere « subjektiven öffentlichen Rechte auf Gesetzerfüllung »).

L'istruzione del procedimento di accertamento-condanna ha lo scopo di acclarare l'inosservanza del privato all'obbligo di cui si è parlato precedentemente, nascente da legge o da atto amministrativo (sulla base di una legge). Se la legge dispone che nessun membro della collettività o estraneo possa occupare un bene che tutti debbono liberamente usare e se vi è stata violazione di tale disposizione, l'amministrazione dovrà acclarare l'avvenuta violazione, prima di disporre l'ordine di riduzione in pristino. Questo ultimo non avrebbe infatti alcuna utilità se una violazione dell'obbligo primario non vi fosse stata. Poichè presupposto dell'ordine di riduzione in pristino è la rilevazione dell'alterazione dello stato dei luoghi dovuta a comportamento attivo od omissivo del soggetto, non si può ordinare la riduzione in pristino senza che tale constatazione (ed eventualmente la sua contestazione all'interessato) vi sia stata (11). Ciò spiega perchè non

(11) Presupposto — spesso espresso nelle leggi — della decisione che contiene l'ordine di riduzione in pristino è che vi sia stata un'alterazione dello stato delle cose o almeno delle possibilità di uso. Solo l'alterazione dello stato delle cose è necessaria, non invece la ricerca sulla appartenenza del bene (C. S., 18 aprile 1931, « F. I. », 1931, III, 179). La giurisprudenza è concorde nell'affermare che è necessario che ricorrano sempre i presupposti per l'applicazione dell'art. 378: sia riconosciuta la regolarità della denuncia, sia rilevata e contestata l'alterazione dello stato dei luoghi (dovuta a comportamenti attivi od omissivi di un soggetto). Quindi l'amministrazione non potrà avvalersi di questo speciale procedimento tutte le volte che è resa difficile la constatazione e contestazione dell'alterazione dei luoghi (C. S., 24 novembre 1937, n. 1356, « F. A. », 1937, 108).

Così Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 maggio 1962, n. 220, « Cons. St. », 1962, I, 1053-1054: « le ordinanze del sindaco ex 378 presuppongono l'esistenza di uno stato di fatto e la sua alterazione; esse non possono essere ritenute illegittime solo perchè i privati occupanti del suolo pubblico, a cui l'or-

sia ammissibile una diffida preventiva. Bisogna ancora aggiungere che l'istruzione può avvenire con richiesta di pareri ad organi dello Stato (12), con audizione degli interessati (13), ecc.: questi sono consi-

dinanza è diretta, sostengono che in tanto hanno proceduto all'occupazione della strada, in quanto questa aveva esaurito la sua funzionalità. In definitiva, la disp. di cui all'art. 378 ha la finalità di produrre, nel campo pubblicistico, quegli stessi effetti, cui sono dirette le azioni possessorie, nel campo privatistico. Essa cioè, è destinata alla tutela delle situazioni di fatto esistenti, come l'ordinanza, emessa dal giudice ord., ai sensi dell'art. 703 c.p.c., vale alla tutela dell'*jus possessionis*. E come nel campo privatistico è vietato il cumulo del possessorio col petitorio, ed in ogni caso vige il principio che *spoliatus ante omnia restituendus*, così nel campo del dir. pubblico, il cittadino non può essere egli stesso giudice della cessaz. di un uso pubblico, ma deve far valere i suoi diritti, se efficaci e validi, dinanzi l'a.g. ».

Si veda anche Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19 gennaio 1962, n. 37, « F. A. », 1962, I, 645-646: « l'esercizio del potere di cui al 378 presuppone sempre una alterazione dello stato delle cose che formano oggetto della tutela amministrativa. È necessario che ricorrano sempre i presupposti per l'esercizio del potere *ex* 378 ».

In termini più generali, in dottrina si è detto che l'uso della forza può ritenersi dia luogo ad esecuzione coattiva solo in quanto l'amministrazione vi ricorra per ottenere l'adempimento di doveri cui gli obbligati non abbiano adempiuto: non c'è esecuzione coattiva se non c'è preventiva disobbedienza (R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 200-201).

(12) Nei provvedimenti emanati sulla base dell'art. 378 citato deve esser fatta menzione del parere tecnico, necessario per la legittimità del provvedimento (C. S. V, 14 luglio 1937, n. 938, « F. A. », 1937, I, 2, 12-13).

Quando il provvedimento *ex* 378 sia adottato dal Sindaco, non occorre il parere del genio civile ma quello dell'Ufficio tecnico comunale (C. S. V, 31 gennaio 1964, n. 147, « F. I. », 1964, III, 164); secondo C. S., V, 21 aprile 1950, n. 471, « C. S. », 1950, 517 peraltro, il sindaco non è tenuto a sentire il proprio ufficio tecnico sia perchè non tutti i comuni ce l'hanno sia perchè, qualora esista, è un semplice ufficio interno dell'amministrazione comunale, privo di una sfera autonoma di competenza, e non un ufficio di un'altra amministrazione che si possa contrapporre al Sindaco come l'ufficio del genio civile si contrappone alla prefettura.

Il Prefetto deve sentire l'avviso del capo compartimentale viabilità, se si tratta di strade, o dell'Ingegnere capo dell'Ufficio del genio civile in ogni altro caso.

(13) Così Cons. St. (Ad. Plen.), 29 maggio 1961, n. 15, « Cons. St. », 1961, I, 862-864 (« F. A. », 1961, I, 1096; « Riv. amm. », 1961, 644): « il provvedimento con il quale il prefetto intima di rimuovere le cose costruite in violazione delle norme dettate a tutela del demanio stradale, anche se richiama soltanto l'art. 1 t.u. 8 dicembre 1933, n. 1740 (cod. stradale) e l'art. 378, deve ritenersi adottato ai sensi dell'art. 20 del cit. t.u., il quale, come norma speciale,

derati presupposti necessari dell'ordine di riduzione in pristino. Non è tale, invece, l'urgenza, contrariamente a quanto afferma in taluni casi la giurisprudenza (14).

Il procedimento di cui si parla si chiude con un atto che alcune leggi chiamano ordine di riduzione in pristino, altre diffida. Ora, al di là della sua denominazione, la natura giuridica di quest'atto è chiara: esso procede all'accertamento della difformità tra stato di fatto e di-

prevale sulla norma generale prevista dal menzionato art. 378; pertanto, prima di disporre l'intimazione a ridurre in pristino le cose, il prefetto deve procedere alla preventiva audizione del trasgressore prevista dal ricordato art. 20 ».

Si veda anche Cons. St. V, 25 ottobre 1957, n. 862, « Foro it. Rep. », 1957, *Sindaco*, n. 32, 33 e « Cons. St. », I, 1277 (m.): « perchè possa ordinarsi riduzione in pristino ex art. 20 t.u. '33 occorre osservare la procedura di tale articolo, che contempla l'obbligo di sentire previamente il trasgressore ».

L'audizione dei contravventori non può essere sostituita dalla contestazione del fatto contravvenzionale, essendo questa preordinata solo al procedimento penale. Nè può essere sostituita dalla diffida preventiva alla parte di astenersi dall'alterare lo stato delle cose, perchè l'audizione e l'ordine di ripristino sono previste come successive alla modificazione dello stato delle cose (così C. S. V, 10 dicembre 1952, n. 1384, « F. I. », 1953, III, 1; si veda anche sull'omessa audizione degli interessati e sulla contestazione della contravvenzione, C. S., V, 14 luglio 1937, n. 938, « F. A. », 1937, I, 2, 12). Ancor più significativa, anzi, decisiva, la decisione del Cons. di Stato, VI, 22 marzo 1966, n. 283, « F. A. », 1966, I, 582-583 e « C. S. », I, 622-623: « la ricorrente deduce che illegittimamente il Prefetto ha emanato l'ordine di remissione in pristino con la sanzione dell'esecuzione d'ufficio, senza aver prima sentito le ragioni dell'interessata. Il rilievo è esatto, e discende dall'art. 20 del r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740, di cui si è lamentata la violazione. Invero, come l'Adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali di questo Consiglio ha già avuto occasione di affermare con la decisione del 29 maggio 1961, n. 15, il dovere di udire l'interessato, posto dal primo comma del citato articolo, si riferisce al procedimento di emanazione dell'ordine di riduzione delle cose in pristino stato. Come può dedursi, fra l'altro, dal capoverso di tale articolo, che chiaramente continua a trattare dello stesso oggetto di cui al comma precedente (nel quale è posto il dovere d'audizione dell'interessato), e d'altra parte si riferisce all'intimazione rivolta a costui, e non alla fase successiva d'esecuzione d'ufficio ». La stessa decisione ribadisce l'obbligo della richiesta del parere del capo del compartimento della viabilità.

(14) Anche se l'urgenza non è prevista dalla legge, la giurisprudenza ha richiesto che l'ordinanza di riduzione in pristino sia giustificata *da una certa urgenza*, motivando questa col fatto che, altrimenti, non vi sarebbe ragione di non ricorrere agli ordinari mezzi giurisdizionali offerti dal codice civile (C. S., V, 31 gennaio 1964, n. 147, « F. I. », 1964, III, 164).

sposizione di legge e quindi serve ad elevare formalmente un conflitto tra amministrazione e privato. In più, ordina alla parte inosservante l'osservanza dell'obbligo primario entro un termine determinato; indica gli atti che il privato deve compiere per ottenere l'effetto voluto; dispone che, se questi non siano compiuti dal privato, l'amministrazione stessa procederà in via esecutiva (15).

Poichè — come vedremo — un potere di autotutela deve intendersi attribuito all'amministrazione per casi previsti e con riferimento a mezzi specifici, l'amministrazione non è in grado di minacciare l'uso di mezzi diversi da quelli determinati dalla legge. È per questo motivo che la minaccia di eseguire direttamente può non venire in luce o addirittura non essere espressamente indicata dall'ordine: in realtà, basta l'indicazione della disposizione legislativa sulla base della quale si ordina perchè il mezzo di esecuzione sarà quello e solo quello ivi previsto. Il caso è diverso in quegli ordinamenti dove, potendosi procedere sulla base di una legge generale — sia pure nei casi previsti espressamente da leggi speciali — vi è scelta tra i vari mezzi e quindi la legge non ammette che nell'ordine si minacci di eseguire senza indicare il mezzo relativo (e quindi lasciandone la scelta all'amministrazione in un momento successivo e indicando contemporaneamente più mezzi di esecuzione (così l'art. 13 della legge tedesca sull'esecuzione amministrativa del 1953)).

L'ordine rivolto al privato può contenere un termine entro il quale il privato deve eseguire, con l'avvertenza che, in mancanza, si farà luogo all'esecuzione d'ufficio a sue spese, oppure può imporre la immediata esecuzione. La maggior parte delle norme prevedono esplicitamente la necessità di fissare un termine; ad esempio: « nel decreto del prefetto deve essere fissato il termine entro il quale, dalla fatta intimazione, il contravventore debba eseguire le disposizioni, con l'avvertenza che in mancanza si farà luogo all'esecuzione d'ufficio a sue

(15) Si veda peraltro Cons. St., VI, 22 dicembre 1952, n. 992, « Cons. St. », 1952, 1692-1693: « le ordinanze emanate dall'autorità amministrativa per la tutela dei beni del patrimonio indisponibile sono esecutive senza bisogno dell'apposizione di alcuna formula particolare » (ma trattasi di sola massima e non ne sono chiari i termini di riferimento).

spese » (art. 20 t.u. del 1933 sulla tutela delle strade). D'altra parte, ben può la legge stessa contenere indicazione del termine — eventualmente massimo — entro il quale, dal momento della diffida, il privato dovrà eseguire (16). Una volta fissato il termine per l'adempimento, questo è immodificabile da parte del privato. Nè l'ente pubblico gestore del bene può eseguire d'ufficio o agire in via giurisdizionale poichè non è certo il conflitto: infatti il privato potrebbe volontariamente ottemperare nel termine.

In qualche caso (ad esempio, art. 64 cod. nav.) la legge prevede che l'amministrazione ordini « la immediata rimozione ». In tali casi, l'amministrazione ben può fissare un termine molto vicino; qualora non lo faccia, potrà discrezionalmente valutare se alla rimozione si sia provveduto con immediatezza. L'ordine deve essere scritto e — principalmente — deve esser comunicato o fatto conoscere in altro modo alle parti che debbono eseguire: la mancata comunicazione o conoscenza impedirebbe, infatti, all'ordine il conseguimento della funzione di porre un termine al privato perchè ottemperi (17).

La parte che non ha osservato l'obbligo primario può adempiere l'ordine entro il termine o immediatamente: in questo caso, non v'è luogo all'apertura del procedimento di esecuzione. Si porrà tutt'al più il problema dei danni derivanti dalla precedente inosservanza e delle sanzioni disposte contro di essa: ma di queste parleremo quando tratteremo della concorrenza tra diversi mezzi di difesa.

Può invece darsi il caso che il termine scada senza che il privato abbia ottemperato. Ha inizio così necessariamente il secondo procedimento. L'iniziativa di questo, come è facile vedere, è necessaria, in quanto sta nel mancato avverarsi di un fatto (riduzione in pristino) entro un certo tempo. Essa, tuttavia, non è automatica, dovendo l'amministrazione, prima di ordinare l'esecuzione d'ufficio a spese dell'in-

(16) Sul problema, in generale, dei termini, si veda E. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Comm. c.c., Torino, 1958, 484-488.

(17) Per l'ordinamento tedesco pone in luce i due aspetti H. VON ROSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 37-38; lì il primo adempimento è posto espressamente da legge, il secondo viene ricavato per interpretazione; nello stesso senso, H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, III, cit., 282-283.

teressato, procedere all'istruttoria tendente ad accertare che la situazione di fatto finale (alla scadenza del termine) sia simile a quella iniziale (al momento in cui fu ordinata la riduzione in pristino). La situazione non è diversa se l'ordine non conteneva un termine e doveva essere eseguito immediatamente. Solo, qui, l'amministrazione è arbitra di stabilire la situazione di fatto finale alla quale comparare quella iniziale. Mentre l'istruzione del procedimento che si conclude con l'ordine di riduzione in pristino mira ad acclarare l'inosservanza del privato sulla base di una comparazione tra situazione di fatto e obbligo di legge, l'istruzione del procedimento di esecuzione mira a verificare se vi sia stata inottemperanza all'ordine di riduzione in pristino sulla base di una comparazione tra situazione di fatto e ordine di riduzione in pristino. L'oggetto dell'accertamento è, nei due casi, diverso; ciò è posto in luce dalla ipotesi che il privato adempia sì all'ordine di riduzione in pristino ma compiendo opere diverse da quelle determinate dall'ordine (alcune leggi espressamente dispongono che l'ordine debba determinare le opere da eseguire perchè possa considerarsi ottemperato l'ordine: art. 20 del t.u. sulla tutela delle strade, r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740). È questa difformità ad essere oggetto dell'istruzione del procedimento di esecuzione: la difformità tra le opere di cui era ordinata l'esecuzione e le opere effettivamente eseguite (o non eseguite affatto) (18).

C'è da dire di più. Per evitare che il privato ottemperi compiendo opere diverse da quelle determinate dall'ordine di riduzione in pristino o con lavori che comunque comportino ulteriori modificazioni dei beni nei confronti del loro pristino stato, talune norme prevedono che gli uffici tecnici competenti sorvegliano per la buona esecuzione dei lavori decretati, ancorchè si eseguiscano dal contravventore (art. 20 r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740, t.u. per la tutela delle strade) (19).

(18) Naturalmente, l'amministrazione procedente dovrà anche accertare la possibilità dell'atto di essere eseguito (esecutività) e la possibilità concreta di eseguire (eseguibilità). Non bisogna infatti dimenticare che vi sono altri atti o pretese della pubblica amministrazione che non sono esecutori: quelli per i quali l'attuazione pratica del contenuto dell'atto non ammette la possibilità di esecuzione (A. DE VALLES, *La validità*, cit., 358-359).

(19) Si pensi, però, al caso di opere, compiute dal privato in trasgres-

L'ordine di eseguire ha una efficacia interna; e infatti non necessariamente deve esser portato a conoscenza dell'interessato nè necessariamente deve avere forma scritta (20).

Alla decisione o ordine di eseguire faranno seguito le operazioni materiali di esecuzione (21): si può eseguire, naturalmente, solo ciò che si è minacciato con l'ordine-diffida e ordinato con l'ordine di eseguire (22).

B) Descritte così le fasi del procedimento di accertamento condanna e quelle del procedimento di esecuzione in senso stretto, bisogna chiarire i rapporti intercorrenti tra i due procedimenti. Ciò è reso difficile dal fatto che nella dottrina amministrativistica questi sono sempre stati visti commassati sotto l'etichetta di esecuzione amministrativa.

Ora, con il termine esecuzione amministrativa vengono solita-

sione di norme sugli usi, ma che si rivolgono in vantaggio per gli utilizzatori del bene. In un caso di questo tipo, la Cass. pen., 8 maggio 1964, « Cass. pen. Mass. », 1964, 846 (solo massima) (rafforzamento della scogliera di un lago sul tratto antistante la proprietà propria in contrasto con le disposizioni di legge) ha affermato che una volta completata l'opera, non vi è l'obbligo nè facoltà di demolizione delle opere compiute, ostandovi l'art. 2 t.u. 25 gennaio 1904, n. 523, che riserva esclusivamente all'autorità amministrativa la competenza di modificazione o demolizione delle opere abusive.

(20) Così, con riferimento all'ordinamento tedesco, H. VON ROSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 39 e E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 633-634.

(21) Nell'esecuzione forzata vi è la trasgressione di un obbligo e una operazione attiva volta ad ottenere coattivamente nella realtà effettuale ciò che avrebbe dovuto essere realizzato spontaneamente dall'obbligato e non lo fu o quanto meno alcunchè di strettamente prossimo e di corrispondente a ciò che avrebbe dovuto esser compiuto dall'obbligato (A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 823).

Altri afferma, più in generale, che quante volte la soddisfazione della pretesa dell'amministrazione rende indispensabile che si metta in essere un comportamento materiale, una operazione, si ha autotutela esecutiva (F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, « Enc. dir. », 553).

(22) E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 634. Di scarso interesse il volume di J. F. LACHAUME, *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français*, Paris, 1966, che non tratta dei soli atti « esecutori » in senso stretto e verte piuttosto sulla gerarchia degli atti degli organi di vertice della amministrazione. In generale, sul procedimento di esecuzione, G. ARNDT, *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*, Köln-Berlin, 1967 che non ho potuto utilizzare per questa ricerca (ivi, spec. XII-XIX, ampia bibliografia e molte indicazioni legislative).

mente indicate più fasi del procedimento, che — nel processo — appaiono invece distinte in cognizione ed esecuzione. Ciò appare particolarmente chiaro in chi afferma che gli atti amministrativi « sono di regola eseguibili direttamente dall'amministrazione senza che essa nè sia costretta a far preventivamente dichiarare dinanzi ad organi giurisdizionali la fondatezza giuridica della sua pretesa, nè sia costretta a ricorrere al concorso di organi giudiziari o dipendenti dai giudici per l'uso della coazione » (23).

Ora, due sono i casi: che l'ordinamento disciplini la tutela amministrativa in modo diverso da quella giurisdizionale, non facendo distinzione tra la fase (che i processualisti chiamano) dell'accertamento-condanna e quella della esecuzione in senso stretto; oppure che l'ordinamento contenga una disciplina del procedimento di autotutela che si modella su quella del processo.

A noi pare che sia valida la seconda ipotesi. Se è vero infatti, che l'esecutorietà importa una *relevatio ab onere agendi* (24) e che l'*agere* riguarda sia l'agire in esecuzione sia anche il processo di cognizione (25) perchè deve ritenersi l'attività amministrativa, sostitutiva delle due fasi, commassata in una onnicomprensiva « esecuzione amministrativa »? Se l'« esecutorietà » adempie alla stessa funzione pratica della tutela giurisdizionale in sede di cognizione e in sede di esecuzione (26), perchè in ordine ad essa non si deve distinguere? Con la

(23) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 97.

(24) Su questo aspetto, si veda G. MIELE, *L'obbligo di motivazione negli atti amministrativi*, « Foro amm. », 1941, I, I, 125-130 e in modo particolare 129-130 dove afferma che l'atto esecutivo importa un'inversione dell'onere della prova o una « *relevatio ab onere agendi* » per la P.A.: è il destinatario che dovrà provocare il giudizio di legittimità. L'amministrazione si evita di far previamente dichiarare la legittimità; il destinatario lo chiederà *post factum*. Questa prerogativa pone l'amministrazione in posizione di superiorità nei confronti dell'interessato.

Si veda anche G. MIELE, *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi*, « Giur. compl. Cass. civ. », 1945, I, 415-420 che riproduce la nota in « F. A. », 1941, con una breve postilla dedicata alla discussione di una tesi di Mortati.

(25) E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 234.

(26) E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 235.

espressione tutela amministrativa si indicano quindi, senza distinguere, più atti — e più effetti — che vanno invece distinti in decisioni di accertamento — condanna e decisioni — esecuzione (anche se è chiaro che il parallelismo con la cognizione e l'esecuzione giudiziali non è perfetta, per ciò che si dirà più avanti).

La decisione-condanna è un atto necessario che esplica i suoi effetti nei confronti dell'imposizione dell'obbligo primario dichiarando l'inosservanza di esso da parte dell'interessato (27); e nei confronti dell'esecuzione, ponendo un termine all'interessato, scaduto il quale questi è inottemperante e si può quindi legittimamente svolgere l'esecuzione amministrativa. Ma oltre all'accertamento, qui vi è l'ordine a svolgere determinate attività — e solo quelle — che abbiano per effetto la riduzione in pristino stato del bene: insomma l'ordine ha la duplice funzione di produzione della certezza sulla difformità tra stato di fatto e diritto e di preparazione dell'esecuzione (28).

(27) Il provvedimento di condanna di cui si parla è qualificato dal fatto che insiste sull'accertamento di una difformità dello stato di fatto da quello di diritto (F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 549). Non si tratta quindi dell'accertamento della legittimità dell'atto (affermazione unilaterale della fondatezza del diritto fatto valere) che secondo alcuni è caratteristica della esecutorietà e per cui è stato detto che non si tratta di accertamento: il fatto che esso sia provvisorio e non indiscutibile ha infatti indotto ad affermare che qui piuttosto si tratta di asserzione di legittimità e non di accertamento (E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 239-241). In generale, ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 80-81 dove afferma che per il processo di condanna non è sufficiente l'esistenza e l'affermazione dell'esistenza del diritto che si fa valere; ma occorre anche la lesione di tale diritto, intesa come mera difformità dello stato di fatto da quello di diritto: da un tale stato di lesione sorge l'interesse ad agire.

Sulla nozione di accertamento, in generale, M. S. GIANNINI, *Accertamento* (*Dir. cost.*), « Enc. dir. », 219-227.

(28) Nel senso di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957, 202. Peraltro la tutela delle situazioni cosiddette finali, è stato affermato — S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, spec. 7 e 11; *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1965, 25 — non ha bisogno d'altro che dell'accertamento. Non è qui che si può discutere questa affermazione, anche per l'ampiezza delle argomentazioni dell'autore, che prendono le mosse dalla distinzione delle situazioni giuridiche in finali e strumentali e giungono all'esclusione dell'esecuzione in forma specifica dal concetto di esecuzione (essa sarebbe piuttosto un riflesso o esercizio del diritto): si veda, comunque, G. A. MICHELI, *Esecuzione forzata*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma,

Per taluni aspetti (non per tutti, stante la diversità della fattispecie) la cosiddetta diffida giuoca lo stesso ruolo che la messa in mora nell'ipotesi di silenzio rifiuto dell'amministrazione: di acclarare una inosservanza (che nella messa in mora dell'amministrazione si presenta come violazione di un dovere di provvedere e nel caso in esame come illecito, stante l'autonomia del privato) e quindi di porre in rilievo l'identità della situazione iniziale e di quella finale (29). La cosiddetta diffida di cui si parla, quindi, ha in comune con la diffida-intimazione il carattere strumentale nei confronti degli obblighi sorgenti da legge o provvedimento (30), e nei confronti di una successiva attività (31) nel nostro caso introducendo con carattere di neces-

1959, spec. 363-366 e 511 ss.; E. ALLORIO, *Su una recente concezione dell'esecuzione forzata*, « G. I. », 1950, IV, 161-172; C. MANDRIOLI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 37 ss. e 85 ss. e *L'azione esecutiva*, Milano, 1955, 43 ss. nonché V. DENTI, *L'esecuzione forzata in forma specifica*, Milano, 1953, 24 ss., 80 ss., 89 ss.; sulle tesi del SATTA, ancora, L. MONTESANO, *Condanna civile e tutela esecutiva*, Napoli, 1965, spec. 79 ss. (ove sono cit. anche i precedenti scritti dell'A. sul tema) e G. BORRÉ, *Esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, Napoli, 1966, 58 e spec. 69 ss. Basti però ricordare quanto è affermato nel testo e cioè l'indipendenza tra situazione di proprietà e autotutela: se l'autotutela non è in relazione necessaria bensì solo occasionale con la proprietà di beni da parte dell'ente pubblico che è dotato di autotutela, il problema generale posto dalla tesi del SATTA nel nostro caso non sorge.

(29) Si veda, F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, 72 e 120-121; F. LA VALLE, *Profili giuridici dell'inerzia amministrativa*, « R. t. D. P. », 1962, aprile-giugno, 404-405; S. CASSESE, *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, « F. A. », 1963, I, 33 e lo scritto di A. PIRAS ivi cit.; M. S. GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, « R. T. D. P. C. », 1960, 2, 453-454; IDEM, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1963, 259.

(30) Su questo aspetto, per la diffida, M. RIVALTA, *La diffida nel diritto amministrativo*, Milano, 1961, 17-18 e A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1964, 354; bisogna peraltro ricordare che altro è la diffida ad adempiere, altro l'atto di costituzione in mora, anche se ambedue costituiscono intimazioni di adempimento di obblighi: M. S. GIANNINI, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, Atti del convegno sulla esecuzione del giudicato, Milano, 1960, 16 dell'estr. Sulla diffida dell'Ispettorato del lavoro (come « intimazione ad adempiere ad un obbligo che già esisteva ») e sulla relativa fissazione di un termine per la regolarizzazione, L. R. LEVI SANDRI, *Istituzioni di legislazione sociale*, Milano, 1958, 282.

(31) L'intimazione o richiesta per la costituzione in mora *ex art.* 1219

sarietà il procedimento di esecuzione. In questo senso si comprende perchè alla decisione di accertamento-condanna le leggi facciano riferimento con i termini di diffidamento, diffida, intimazione, comminazione o preavviso o assegnazione di un termine.

Però i termini indicati prima pongono in luce solo alcuni degli effetti propri della decisione di condanna, e in particolare quelli che attengono ai suoi rapporti con l'esecuzione, per cui essa rende possibile alla pubblica amministrazione agire in esecuzione, nel senso che l'ordine-condanna, quando inadempito, giuoca il ruolo di diffidamento (richiamo all'adempimento dell'obbligo con termine e) avvertenza che, decorso inutilmente il termine (nel caso che il termine vi sia), si farà luogo all'esecuzione. Il fatto però che giochi questo ruolo ha fatto perdere di vista la circostanza che esso — prima ancora di una diffida — è un'ordine-condanna che, oltre a rendere certa una difformità tra la situazione di fatto e l'obbligo primario e a rendere necessario — quando tale difformità permanga — un ulteriore procedimento, quello di esecuzione, contiene un ordine, rivolto al privato che non aveva osservato un obbligo relativo all'uso del bene pubblico, a svolgere le attività necessarie a ripristinare la situazione di fatto conforme a diritto. Tale ordine deve indicare le opere da

cod. civ. ha in comune con la diffida ad adempiere *ex art.* 1454 cod. civ. il fatto che scaduto il termine si può chiedere di procedere all'adempimento; ma la diffida, in più, comporta la fissazione del termine per l'adempimento e la dichiarazione (monizione) che, decorso inutilmente detto termine, il contratto si intenderà risolto (U. NATOLI, *Diffida ad adempiere*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 509; G. AULETTA, *Importanza dell'adempimento e diffida ad adempiere*. « R. t. D. P. C. », 1955, 655 ss.).

La diffida ad adempiere è per FINZI, *Delle obbligazioni*, I, Comm. D'Amelio, Firenze, 1948, 818 esercizio di autotutela privata. Sull'autotutela privata, L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, spec. 5, 140 e 158 e E. BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, « Enc. dir. », *ad vocem*.

L'aver posto in essere una diffida vincola l'autore della stessa. In questo caso sembra però che ci si possa discostare dall'insegnamento privatistico della irrevocabilità, motivata — come è noto — col fatto che una eventuale modificazione potrebbe esaurirsi a danno del debitore mantenendo in vita o facendo rivivere un rapporto che il debitore ha ragione di credere prossimo all'estinzione o estinto (così U. NATOLI, *Diffida*, cit., 511); vi è peraltro anche in diritto privato chi sostiene la revocabilità della diffida (F. ARAGONA, *In tema di diffida ad adempiere*, « Dir. e Giur. », 1959, 444-446).

eseguire da parte del privato perchè possa ritenersi avverata la riduzione in pristino stato del bene (32) (33).

I rilievi appena fatti ci hanno permesso di mettere in luce aspetti del procedimento di autotutela che restano nascosti quando non si ricordi il parallelismo che esiste tra procedimento e processo: un parallelismo di cui preme sottolineare qui esclusivamente il profilo funzionale, nel senso della affinità della funzione che svolge l'atto col quale si conclude il procedimento di autotutela decisoria con la funzione della sentenza che conclude il processo di cognizione; salvo restando il profilo — che qui non interessava — dell'accertamento di una affinità strutturale tra i due atti, quello amministrativo è quello del giudice. Sotto questo profilo, qui bastava accennare al fatto — negativo — che la cosiddetta diffida riguardante la riduzione in pristino non è tale in senso tecnico. E basta, per concludere sul punto, precisare che, d'ora in poi, ad essa faremo riferimento col termine di decisione di condanna perchè sia sempre presente quella affinità funzionale di cui sopra si è detto.

(32) Poichè per indicare l'atto di cui si parla viene dalla legislazione e dalla giurisprudenza adoperato il termine ordine (ad esempio, ordine di riduzione in pristino) occorre anche notare che l'uso di tale termine sembra improprio. La dottrina prevalente (L. GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950, 12-13 e 69 e ivi altra bibliografia; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1964, 345) ritiene carattere degli ordini l'innovatività, nel senso che la cosiddetta potestà ordinatoria costituisce nei privati nuovi obblighi (S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 55 afferma invece che gli ordini « non creano, nè modificano, nè estinguono alcun diritto, ma rappresentano soltanto... l'esercizio di un diritto preesistente »). Ciò non sembra accadere nel caso da noi esaminato, poichè la cosiddetta diffida accerta l'inosservanza, da parte del privato di un obbligo discendente da una legge o da altro atto amministrativo e ordina lo svolgimento di un'attività (riduzione in pristino) che non è creazione di un obbligo nuovo ma si rende necessaria perchè l'obbligo primario derivante da legge non è stato osservato.

(33) D'altra parte il rilievo (F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 13 n. 20), che la decisione-condanna è un atto di procedura e non un atto costitutivo del diritto discende forse proprio dall'essersi limitati ad esaminare tali effetti della decisione-condanna (diffida, apposizione di termini): e si comprende quindi come si potesse affermare che le successive esecuzioni coattive non possono considerarsi esecuzioni dell'atto.

C) Resta da esaminare il problema: se la decisione di condanna sia necessaria perchè possa agirsi in esecuzione.

Là dove il diritto positivo è in tal senso, *nulla quaestio*. La necessità della previa decisione di condanna (ordine di riduzione in pristino, diffida) è sancita da numerose leggi. Così ad esempio, l'art. 20 del t.u. del 1933 sulla tutela delle strade: il prefetto ordina con decreto la riduzione al pristino stato fissando il termine entro il quale, dalla fatta intimazione, il contravventore debba eseguire le disposizioni, coll'avvertenza che in mancanza si farà luogo alla esecuzione d'ufficio a sue spese; l'esecuzione d'ufficio può essere ordinata immediatamente e senza bisogno di diffida al contravventore, nei casi di urgenza o se il contravventore sia sconosciuto. Così l'art. 11 del t.u. del 1959, sulla disciplina della circolazione stradale: i cartelli e gli altri mezzi pubblicitari che non siano conformi alle disposizioni del presente articolo debbono essere rimossi, a cura e spese del titolare dell'autorizzazione, entro il termine stabilito nella diffida dell'ente proprietario delle strade o dell'ente concedente; decorso inutilmente il termine stabilito nella diffida, la rimozione viene effettuata dall'ente a spese del titolare dell'autorizzazione. Così, infine, l'art. 32 della legge urbanistica del 1942, per cui, in determinati casi, il sindaco può, previa diffida, ordinare la demolizione di costruzioni a spese del contravventore. E così anche numerose altre leggi, che esamineremo dopo.

Ma che accade laddove non è espressamente previsto dalla legge un ordine di ripristino? Infatti, benchè non in casi numerosi, vi sono norme che prevedono l'esecuzione d'ufficio senza espressamente disporre che sia preceduta dall'ordine di riduzione in pristino-diffida. Tali quelle degli artt. 72 e 85 cod. nav. (rimozione di merci o altri materiali sommersi nei porti, nelle rade, nei laghi, nei fiumi e nelle altre acque interne); art. 47 r.d. 1 dicembre 1895, n. 726 reg. laghi pubblici (rimozione opere e restituzione in pristino al termine della concessione su spiagge e aree lacuali); art. 17 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 t.u. sulle acque ed impianti elettrici (esecuzione nel caso di derivazioni o utilizzazioni abusive non sanate); art. 21 r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740 t.u. per la tutela delle strade (rimozione di alberi e ra-

maglie caduti sul piano stradale dai terreni laterali); art. 115 d.p.r. 15 giugno 1959, n. 393, disciplina della circolazione stradale (rimozione di veicoli in sosta vietata su strada pubblica). In taluni altri casi (artt. 76 e 77 cod. nav., in materia di interrimento di canali o di altri corsi d'acqua e di obblighi di frontisti di canali) è prevista esecuzione in caso di mancata esecuzione di obblighi sorgenti da disposizioni emanate dall'autorità che ha cura del bene. Tuttavia, tali disposizioni non possono assimilarsi all'ordine-diffida perchè hanno contenuto generale (« le disposizioni alle quali devono attenersi i proprietari frontisti »).

La dottrina in passato è stata molto indecisa nell'affrontare il tema delle decisioni di condanna. Vi è chi ha affermato esservi bisogno di un preventivo preavviso ma non di una « minaccia »: questa dovrebbe esservi solo quando espressamente richiesta da legge (diffida obbligatoria), quando si voglia avere una prova decisiva della disobbedienza o quando si voglia eccitare ad obbedire fissando un termine perentorio per la esecuzione volontaria (diffida discrezionale) (34). Chi ha affermato che in taluni casi conviene e in altri si rende necessario un atto di intimazione, anche se il diritto sorge *ex lege* (35). Chi ha sostenuto che una delle fasi (imposizione legislativa del dovere, ordine di adempiervi, minaccia di esecuzione d'ufficio, esecuzione d'ufficio, imposizione di pagamento delle spese di esecuzione, riscossione coattiva di queste) può mancare, facendo l'esempio della preventiva minaccia: « ognuno infatti deve conoscere la estensione del proprio dovere di obbedienza e comprendere che la propria inerzia non può avere il potere di far restare inadempito l'obbligo imposto dall'ente pubblico nell'esercizio della sua potestà d'impero » (36). Chi ha sottolineato la necessità che « coloro i cui interessi sono direttamente toccati dalle ordinanze siano posti in grado di ottemperare agli obblighi da quelle portati » (37). Chi ha affermato che il fatto che l'esecuzione sia

(34) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 152-153; *Le funzioni*, cit., 244-245.

(35) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 13, n. 20.

(36) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 186-187.

(37) U. BORSI, *Le funzioni*, cit., 241-242 e 244; si veda anche F. CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 1-3, 15-16 n. 27 e 25 ss., che peraltro parla di tali norme

preceduta dal diffidamento (richiamo all'adempimento dell'obbligo, con assegnazione di un termine e con l'avvertenza che, decorso inutilmente questo, si farà luogo all'esecuzione) è una delle condizioni dell'esecutorietà dell'atto (38), e che (39), in mancanza di diverse disposizioni, la regola è quella della previa assegnazione di un termine all'interessato perchè provveda all'esecuzione.

La giurisprudenza ha affermato la necessità della diffida-condanna anche là dove la legge espressamente non la prevede, ma con argomentazioni di opportunità. Chiamata a decidere sull'art. 378 della legge sui lavori pubblici, essa ha affermato che, anche esclusa la necessità che la constatazione della infrazione sia rilevata a mezzo di un formale verbale di contravvenzione, occorre comunque che l'infrazione sia contestata e che l'interessato sia previamente udito, anche al fine di porre l'amministrazione in grado di adottare ponderate determinazioni rese più difficili da incerte situazioni di fatto; ciò trova conferma nell'art. 20 del t.u. 8 dicembre 1933, n. 1740 (40). Altre volte la necessità della diffida è stata posta dalla giurisprudenza e da alcuni autori, in termini diversi: come necessaria audizione degli interessati (41). Però, qui non si è nel campo di applicazione del prin-

in connessione con l'art. 72 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, che deve ora intendersi abrogato.

(38) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, I, 1954, 297.

(39) A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 839 e 857. Da ciò consegue che, se l'ordine deve contenere un termine per l'adempimento, la diffida potrebbe anche non esservi; questa conseguenza, naturalmente, non vi sarebbe nell'ipotesi che si ritenesse svolgere la « diffida » una funzione più ampia, come sostenuto nel testo. Svolge un ordine di considerazioni come quello al quale si è fatto riferimento L. SCOTTI, *La rimozione di cose sommerse*, Milano, 1967, 92-95, 100-105, 164-167, che, conseguentemente, afferma che la diffida può non esservi o ridursi ad una semplice intimazione formale.

(40) Ciò non è necessario solo nel caso di particolare urgenza: C. S., V, 31 gennaio 1964, n. 147, « F. I. », 1964, III, 164 e, precedentemente, V, 25 ottobre 1957, n. 862, « F. I. », Rep. 1957, voce *Sindaco*, nn. 32, 33.

(41) Tra gli altri orientamenti, va considerato quello della Corte Costituzionale; e in primo luogo l'orientamento che scaturisce dalla sentenza n. 13 del 1962, « Giur. cost. », 1962, fasc. 1-2, 126 ss. Lì la Corte ha affermato esser principio dell'ordinamento giuridico dello Stato che la pubblica amministrazione metta in grado l'interessato di esporre le proprie ragioni davanti alla stessa autorità amministrativa o ad altra autorità, specialmente prima che gli

cipio dei procedimenti contenziosi « audi alteram partem ». Come è noto questo principio è esplicazione di quello più generale di parteci-

sia inflitta una sanzione. L'esser la previa audizione un principio si trae, per la Corte Costituzionale, dal fatto che essa è disposta — con riguardo al processo — da norme costituzionali (artt. 24 e 25), e dal fatto che essa è un punto costante di orientamento della legislazione, della interpretazione e dell'applicazione della legge (da parte della giurisprudenza e della prassi). Si badi che il ragionamento della Corte è riferito in generale ai procedimenti che mirano alla limitazione della proprietà ma in particolare alla comminazione di sanzioni. Peraltro vi è un elemento che fa dubitare che la sentenza citata, specialmente perchè per questo aspetto non molto precisa, abbia o possa avere diretto riferimento alle ipotesi di cui nel testo. Esso attiene alla nozione di sanzione ivi adoperata. Nella specie si trattava dell'ordine di demolizione e dell'ordine di riduzione in pristino stato di opere che recano pregiudizio al paesaggio: ma la Corte non precisa se essa intende riferire il principio di audizione necessaria dell'interessato alla fase di istruzione dell'ordine oppure si riferisce all'ordine-diffida come strumento per sollecitare la partecipazione dell'interessato. Insomma, la sentenza ripropone il dubbio sollevato nel testo circa la natura della diffida, che a nostro parere costituisce atto conclusivo di un procedimento che ne apre un altro, quello che si concluderà con la esecuzione materiale della riduzione in pristino, mentre altri ritiene sia atto strumentale di un unico procedimento che si svolge con la contestazione degli addebiti agli interessati e si conclude con la riduzione in pristino. Naturalmente, come si dice nel testo, nulla esclude che nel corso del primo procedimento si svolga una istruzione in contestazione: se deve intendersi in questo senso, la sentenza citata della Corte afferma un principio della massima importanza, come è d'altra parte stato rilevato, ma senza riferimento specifico alla tutela amministrativa, da V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e « giusto procedimento »*, in nota ivi, spec. 139 ss. che giustamente sottolinea i diversi modi di intendere il principio del contraddittorio nel procedimento amministrativo (come vera e propria norma e come orientamento interpretativo e scientifico).

Anche se non possono essere qui prese in esame le altre sentenze della Corte, riguardanti la esecuzione che attiene al debito d'imposta, non può tuttavia non osservarsi come la Corte abbia in quest'ultima materia seguito un orientamento che sembra più restrittivo: e può non essere indifferente notare che forse la Corte ha ritenuto che in tal caso si verteva nell'esercizio di funzioni primarie (la sentenza 2 luglio 1966, n. 83, « Giur. cost. », 1966, fasc. 3-4, 1074 ss. dice infatti che la esecuzione esattoriale tutela « il preminente interesse della pubblica finanza ») che giustificano la presenza della « mano regia ». È evidente, al contrario, che se non si ritiene la proprietà di beni esercizio di funzione sovrana (come poteva essere ai tempi dello Stato patrimoniale) e se non si aderisce a una concezione assolutistica dello Stato (per cui questo ha l'attributo della « sovranità » per ogni attività che svolge, nel senso che gode sempre di un diritto speciale), il ragionamento sopra esposto non dovrebbe valere per l'ente pubblico, proprietario di beni alla stessa stregua di privati. Sulla esecuzione attinente al debito di imposta sono ormai numerose le pronunce della

pazione delle parti all'esplicazione dell'attività amministrativa (42). Ora, la diffida non è atto del procedimento o atto strumentale ma provvedimento, che costituisce l'inadempimento del privato e rende possibile l'esercizio di autotutela esecutiva. Naturalmente, nulla vieta che vi sia audizione dell'interessato: ma questa non avviene con la cosiddetta diffida bensì nel corso della istruzione; l'amministrazione può ben sentire l'interessato nel corso del procedimento che mira ad acclarare se vi sia difformità tra stato di fatto e norme che regolano l'uso dei beni. Ma una volta che l'abbia fatto e che il risultato dell'esame — eventualmente in contestazione con l'interessato — provi la difformità, l'amministrazione emana un provvedimento, l'ordine di riduzione in pristino. Non è vero che tale ordine è mezzo per ascoltare le parti perchè esso non può essere emanato se non quando sia accertata la non osservanza da parte del privato; e quando sia accertata tale non osservanza non si vede come possa darsi luogo ad audizione delle parti.

Ora, sembra che della decisione-condanna non possa farsi a meno per un altro motivo (43): la necessità della decisione discende dalla

Corte Costituzionale; oltre a quella sopra citata (ivi, in nota altra bibliografia) si veda la sentenza del 7 luglio 1962, n. 87, « Giur. cost. », 1962, fasc. 4, con nota di F. G. SCOCA. Sembra orientamento costante della Corte di non ritenere applicabili al procedimento di esecuzione esattoriale — neppure per analogia — le norme dell'art. 24 della Costituzione.

Un esempio caratteristico di ricorso — errato — alla regola della previa audizione dell'interessato, in relazione al citato art. 20 della legge in tema di strade, è la sentenza del Cons. Stato VI, 22 marzo 1966 n. 283, « Foro amm. », 1966, I, 2, 582. Si veda anche Cons. Stato IV, 21 febbraio 1968 n. 96, « Foro amm. », 1968, I, 2, 136 per cui, nel silenzio della legislazione vigente, l'amministrazione legittimamente dispone la demolizione di immobili costruiti in violazione della legge del 1939 sulle bellezze panoramiche, senza instaurare un preventivo contraddittorio col proprietario degli immobili e senza ulteriormente specificare le opere costruite senza la preventiva autorizzazione della soprintendenza ai monumenti.

(42) G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, 1964, 62; si veda anche G. TREVES, *Il principio « audi alteram partem » nel procedimento amministrativo*, « Tec. org. pubbl. amm. », 1957, IV, 19-23.

(43) Non sembra che bisogna fare distinzione tra il caso che si tratti di eseguire un atto amministrativo o una pretesa che sorga *ex lege* senza bisogno di atto amministrativo: F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 12-13; si veda anche

impossibilità, per la pubblica amministrazione, di sottrarsi alla regola della verifica della inosservanza dell'obbligo da parte del privato. Si dà autotutela solo se vi sia un conflitto e la decisione serve appunto a evidenziare l'inosservanza che dà luogo a difformità tra fattispecie legale e stato di fatto e a risolvere il conflitto. Non può, quindi, esservi autotutela esecutiva come forma a sè stante di autotutela, intesa a consentire la realizzazione di atti di autonomia o di autarchia (44).

Si badi che, anche nelle ipotesi di esercizio di autotutela da parte di enti pubblici su beni privati, la giurisprudenza ha sempre con estremo rigore richiesto l'adempimento delle formalità inerenti al procedimento. In particolare, in applicazione dell'art. 32 l. urbanistica, la necessità della diffida (motivata dal tentativo di indurre il costruttore alla spontanea, sia pur tardiva, osservanza delle norme) e del parere della sezione urbanistica (motivata dall'esigenza di un'attenta valutazione degli interessi economico-sociali coinvolti dal provvedimento di demolizione) per la legittima emanazione del provvedimento con cui si dispone la riduzione in pristino (45).

Tuttavia, la regola su enunciata ha una eccezione: può darsi esecuzione diretta senza condanna quando vi sia urgenza e quando il contravventore sia sconosciuto. In questi casi, non essendovi condanna-diffida, il conflitto non si evidenzia. L'urgenza quindi non è requisito indispensabile della autotutela in ogni caso (46). Ciò non avviene non

C. CARBONE, *Esecuzione*, cit., 417 che fa l'esempio di un bene privato che diventi spiaggia del mare e assuma quindi la natura di demanio marittimo: « il passaggio del bene dalla proprietà privata a quella pubblica si attua *ex lege*, onde la pubblica amministrazione può impossessarsi del bene sulla base del semplice accertamento della modifica della natura di esso. E se anche accada che essa proceda alla delimitazione del bene demaniale, il relativo atto non è necessario e, comunque ha carattere dichiarativo ». L'esempio è mal scelto perchè, nel caso configurato, non c'è obbligo positivo di dare bensì sottoposizione a riserva di un bene che entra a far parte, successivamente al suo sorgere, di una categoria di beni riservati.

(44) Come afferma F. BENVENUTI, *Autotutela, dir. amm.*, « Enc. dir. », 553.

(45) V. SPAGNUOLO VIGORITA, *In tema di presupposti dell'ordinanza sindacale di riduzione in pristino*, « Riv. giur. edil. », 1959, I, marzo-aprile, 285.

(46) Come afferma F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 24.

perchè essa non è espressamente prevista dalla legge (47), bensì perchè, quando non vi è urgenza, occorre procedere all'evidenziamento del conflitto con la condanna-diffida (48).

Sul rilievo dell'urgenza — in relazione all'art. 378 della legge sui lavori pubblici — è sorto un equivoco, in passato, che conviene chiarire. Si è detto infatti che l'art. 378 non contiene un'ipotesi di esecuzione forzata diretta perchè il divieto di agire nel modo in cui può avere agito il contravventore è posto dalla legge e non da un atto amministrativo (quindi l'art. 378 mira ad assicurare l'osservanza della legge) e, d'altra parte, anche l'atto amministrativo col quale si provvede alla *reductio in pristinum* non potrebbe considerarsi oggetto di esecuzione forzata perchè non recato a preventiva cognizione dell'obbligato e sottratto, in vista dell'urgenza, alla possibilità di esecuzione da parte dell'obbligato: « è presupposto logico di ogni sorta di esecuzione coattiva la previa intimazione dell'obbligo di fare quanto di essa può essere oggetto ». « Nell'art. 378 non ricorrerebbe, di regola, un'ipotesi di esecuzione coatta in senso proprio e giuridico, nè di un atto, nè di una pretesa dell'amministrazione. Se è vero che l'esecuzione *coattiva* presuppone il difetto di esecuzione *volontaria* — si è detto — occorre bene, perchè la prima si abbia, che si abbia pure la possibilità materiale della seconda » Lo stesso autore giungeva, in un primo tempo, alla conclusione che si trattasse di un « effetto penale delle contravvenzioni alla legge dei lavori pubblici » (49). Gli fu obiettato che non vi sono conseguenze penali che si facciano valere dall'amministrazione e che la riduzione in pristino può farsi valere anche quando il vizio abusivo non costituisca reato (perchè, ad esempio, compiuta in seguito ad un errore di fatto scusabile) (50). Al che si rispose che si

(47) Così F. CAMMEO, *op. loc. cit.*

(48) U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, 149-150 e *Le funzioni del Comune italiano*, Tratt. Orlando, II, 242-243.

La legge tedesca sui procedimenti esecutivi del 1953, all'art. 6 fa esplicitamente distinzione tra il caso « wenn ein sofortiger Vollzug angeordnet ist » e quello « wenn der sofortige Vollzug zur... Abwendung einer drohenden Gefahr notwendig ist » come notano R. RASCH - W. PATZIG, *op. cit.*, 625.

(49) Prima *op. cit.*, 150.

(50) F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, s.d., 689, n. 4.

danno ipotesi nelle quali funzionari amministrativi fanno valere conseguenze penali di contravvenzioni e che l'art. 378 detta una normativa tutta basata sul fatto che vi sia stato reato contravvenzionale (51). Ora l'art. 378 non detta certo le conseguenze penali della contravvenzione; eppure la tesi che sosteneva questa opinione pone in luce un aspetto della normativa dell'art. 378 che sembra importante: il fatto che l'esecuzione avvenga senza previa diffida. Ma questo fatto non si spiega negando che si versi nell'ipotesi di esecuzione diretta d'ufficio bensì ponendo mente alla circostanza che l'esecuzione « immediata » è legittimata nella sola ipotesi di urgenza.

Il fatto che legittima l'amministrazione a provvedere d'ufficio senza previa diffida è il ricorrere della mera urgenza (e non dell'urgente necessità). Questo rilievo dovrebbe bastare a far comprendere che si è fuori, in quest'ipotesi, del potere cosiddetto di ordinanza. L'analisi della fattispecie, è infatti semplice: la norma conferisce il potere di tutela amministrativa alla pubblica amministrazione e prevede che la tutela debba avere immediata attuazione, nel caso di urgenza, indicando l'elemento che deve variare nei confronti dell'ipotesi che possiamo definire normale: la « diffida ». Si tratta quindi di attuare la modificazione senza dilazionare gli effetti, mediante l'impiego di un mezzo che resta quello indicato dalla legge variandone solo le regole procedurali. L'urgenza non è in questo caso fattore costitutivo di un nuovo potere nè modificativo di esso perchè opera su un elemento inerente all'esercizio di tale potere (52). Può dirsi che per la tutela dei beni pub-

(51) U. BORSI, *Le funzioni*, cit., 242-243, nota 1.

(52) Sulla urgente necessità in ordine al potere di ordinanza e urgenza, si veda, U. GARGIULO, *I provvedimenti di urgenza nel diritto amministrativo*, Napoli, 1954, spec. 17, 19, 40-41, 73 ss., 153 ss.; questo autore peraltro interpreta (p. 17) l'art. 378 della legge sui lavori pubblici solo nel senso che il prefetto, in caso di urgenza, « può ordinare la riduzione allo stato primitivo, anche senza consultare l'ufficio del genio civile, come invece sarebbe necessario nei casi ordinari ». Sulla distinzione tra ordinanze e provvedimenti di urgenza e atti necessitati ordinari, si veda anche L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, 29-30 e M. S. GIANNINI, *Corso*, 1965, cit., ed. cicl., 130 che spiega come le norme che prevedono le ordinanze d'urgenza, circondano queste di limiti in ordine al soggetto, alla materia e ai motivi.

blici è da escludere il ricorso al potere di ordinanza poichè apposite norme prevedono un procedimento ordinario e uno d'urgenza per la loro difesa. Non può supporre che la pubblica amministrazione faccia ricorso ad un atto *extra ordinem* (che si sottrae quantomeno al principio di tipicità degli atti amministrativi) quando è dotata espressamente di poteri — con determinazione dell'atto, del procedimento, dei motivi, dell'autorità competente — per raggiungere lo stesso fine (53) (54).

(53) L'ordine di restituzione in pristino non può essere assimilato alle ordinanze d'urgenza (153 t.u. com. prov. modif. da art. 32 d. 30 dicembre 1923, n. 2839) che intervengono quando ricorrano i presupposti dell'accidentalità, della imprevedibilità, dell'improvvisa manifestazione e della pericolosità. L'ordine di riduzione in pristino ha altri e diversi presupposti (A. SPADACCINI, *L'ordine di riduzione in pristino a tutela delle strade pubbliche*, «Corr. amm.», 1956, 2327-2328). Alcune decisioni, invece, confondono i due atti: così, sembra, Cons. St. V, 25 marzo 1961, n. 111, «Cons. St.», 1961, I, 543-546: «il provvedimento col quale il sindaco — ex 151 t.u. 4 febbraio 1915, n. 148 e regolamento per l'utilizzazione di suoli comunali — ordina all'occupatore abusivo lo sgombero di un suolo, non concreta l'azione di rivendicazione ma rientra nella autotutela amministrativa, esercitabile anche se trattasi di suolo sdemanializzato e facente parte del *patrimonio disponibile* del Comune ».

I rapporti tra potere di ordinanza di urgenza e art. 378 sono invece posti in luce da Cons. St. V, 5 febbraio 1932, «Giur. it.», 1932, III, 178-180 che afferma: anche di fronte all'art. 378 può verificarsi l'urgenza; ma questa non è la condizione imprescindibile per la emissione dell'ordinanza, bensì per autorizzare l'autorità a provvedere di ufficio anche senza previa diffida verso l'interessato.

Si veda anche Cons. St. V, 27 gennaio 1950, n. 111, «Cons. St.», 1950, 372 (solo massima) e «Il Cons. di St. nel quadr. 1947-1950», vol. II, 363: l'ordinanza del sindaco di un comune, che in seguito a sopravvenuta necessità disponga la riapertura di una strada al pubblico, fino a che non sia risolta la controversia sul carattere pubblico o privato della strada stessa, non ha il carattere di un provvedimento contingibile e urgente, ma di un provvedimento duraturo, sebbene determinato da una causa eccezionale e fondato sull'art. 378 della legge sui lavori pubblici.

(54) Altro problema è quello della esecutorietà delle ordinanze, che — si è detto (L. GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi di urgenza. Le ordinanze*, Milano, 1953, 92-93), — deve considerarsi «un istituto di carattere generale che trova applicazione anche nei casi non espressamente indicati dalla legge, poichè, dato il loro carattere di atti necessitati, l'urgenza di tutelare l'interesse pubblico già danneggiato o quanto meno messo in pericolo, non consentirebbe l'indugio di un accertamento preventivo». Solo nel caso che si trattasse di un fare infungibile o totalmente personale, di un sopportare ope-

D) Non può quindi darsi, in principio, autotutela esecutiva senza decisione di condanna. Meglio ancora, senza decisione o sentenza di condanna, chè nulla impedisce che vi sia una fase esecutiva amministrativa successiva a una di cognizione giudiziale. Anzi, ciò è previsto espressamente dall'art. 310 della legge sui lavori pubblici che prevede che la rimessa in pristino debba seguire una sentenza di condanna ed ammette che solo nei casi di urgenza gli ufficiali addetti possano, previo processo verbale, far togliere anche prima della sentenza sulla contravvenzione ogni opera od oggetto dannoso (55); dall'art. 206 r.d. 11 dicembre 1933 n. 1775, t.u. sulle acque e sugli impianti elettrici: l'esecuzione delle decisioni emesse dal Tribunale superiore delle acque pubbliche sui ricorsi riguardanti la demanialità delle acque, i limiti dei corsi e bacini, loro alveo e sponde, i diritti relativi alle derivazioni e utilizzazioni di acqua pubblica, le occupazioni di fonti, il risarcimento di danni in relazione a opere idrauliche si fa in via amministrativa (56), e dalle norme sulla riduzione in pristino per i contravventori delle disposizioni sulle c.d. servitù militari, che necessita di un giudicato preliminare di condanna dell'autorità giudiziaria o dell'autorizzazione di questa, pendente il procedimento, a procedere, nei casi di assoluta urgenza (art. 8 l. 20 dicembre 1932, n. 1849 e r.d. 4 maggio 1936 n. 1388).

Dipende, poi, dal diritto positivo anche l'esistenza di fattispecie nelle quali la pubblica amministrazione abbia autotutela decisoria ma non possa eseguire se non in via giudiziale. Questa è negli ordinamenti anglosassoni l'ipotesi prevalente. Ma anche in Italia non raramente le norme prevedono che la pubblica amministrazione possa emanare decisioni di autotutela decisoria senza che queste vengano accompagnate dall'autotutela esecutiva. Anzi, poichè — come vedremo — occorre

razioni sul proprio corpo, dovrebbe esservi espressa disposizione di legge o dovrebbe ricorrere l'elemento della legittima difesa o dello stato di necessità.

(55) Su questo articolo, F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555; si badi peraltro che, nel caso, la sentenza mira a ad accertare la difformità tra stato di fatto e diritto ma si conclude con la contravvenzione e la irrogazione di sanzioni.

(56) Si veda, su tali controversie, E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Torino, 1958, 260-283.

un'espressa disposizione legislativa perchè la pubblica amministrazione possa disporre, in casi determinati, di autotutela esecutiva, quando tale disposizione legislativa non vi sia, all'esecuzione deve ritenersi competente l'autorità giudiziaria. Quindi l'« esecutorietà » di un atto amministrativo — il fatto cioè che un atto sia una decisione di accertamento-condanna — non comporta necessariamente l'autotutela esecutiva: « perciò l'amministrazione che vuole eseguire coattivamente un suo atto esecutivo ha l'onere anzitutto di notificarlo col relativo precetto, poi di dargli esecuzione nelle forme previste dal codice di procedura civile, e a mezzo degli organi previsti nel medesimo » (57).

Che vi fossero due possibilità di esecuzione era stato posto in luce da tempo, affermandosi che esiste una forma di esecutorietà consistente nel prescindere dall'intervento degli organi giudiziari anche in via di esecuzione e affidarne il compito agli stessi organi amministrativi e una forma di esecutorietà consistente nel prescindere dall'obbligo di far legittimare la pretesa con sentenza e di possedere un titolo contrattuale autentico e nel proseguire poi l'esecuzione nelle forme ordinarie a mezzo degli organi giudiziari (58). Però la dottrina meno recente non aveva posto sufficientemente in luce la differenza tra i due casi. Essa riteneva che tra essi non vi fosse sostanziale differenza perchè anche le attribuzioni esecutive degli organi giurisdizionali appartengono — si diceva — in gran parte alla funzione amministrativa e la loro efficacia coattiva riposa in ultima analisi sull'intervento di organi amministrativi (forza pubblica) (59). Ora, tale dottrina, dicendo ciò, confondeva tra profilo formale e profilo sostanziale dell'attività amministrativa. È indubbio, infatti, che le attribuzioni esecutive del giudice implicano lo svolgimento di attività amministrativa da parte di esso: ma altro è denominare questa attività sostanzialmente amministrativa, altro dire che essa sottostà alle regole dell'esercizio della funzione amministrativa. Nè può escludersi, che, al fondo, la ragione del-

(57) A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, 64-65.

(58) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 690-697 e 700.

(59) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 690.

l'equivoco stia nell'affermazione corrente per la quale l'attività amministrativa è tutta attività di esecuzione (di leggi).

Infine, va osservato che le ipotesi che l'amministrazione abbia autotutela esecutiva e non decisoria e che, all'inverso, abbia autotutela decisoria e non esecutiva, confermano il rilievo, da cui siamo partiti, della distinzione — nei limiti suaccennati — tra procedimento di accertamento (60) — condanna e procedimento di esecuzione: com'è possibile infatti, che si distinguano più fasi nelle ipotesi di cognizione giudiziale seguita da esecuzione amministrativa e di cognizione in via amministrativa seguita da esecuzione in via giudiziale e non nella ipotesi di mera tutela amministrativa (in sede di cognizione e di esecuzione)? Discende da quanto si è detto che dobbiamo trattare delle specie di tutela amministrativa e di quella di tutela ordinaria distinguendo, per le une e le altre, quelle che possono dirsi appartenere a un procedimento o processo di cognizione e quelle che possono dirsi appartenere a un procedimento o processo di esecuzione.

(60) Si è parlato più volte nel testo dell'accertamento condanna operato con l'atto di tutela amministrativa decisoria. Va qui precisato che ciò può affermarsi solo se si segue quell'ordine di nozioni per cui tutti gli atti dello Stato (e in particolare i provvedimenti amministrativi) contengono un accertamento (in questo senso M. S. GIANNINI, *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, «Foro it.», 1952, IV, spec. 173-174; si veda anche, dello stesso autore, *Certezza pubblica*, «Enc. dir.», ad vocem, 2-3 dell'estr.). Se si segue l'orientamento restrittivo per cui solo le sentenze producono accertamenti, non si può, ovviamente, parlare, nel caso, di accertamento (perchè si è fuori dell'esercizio della funzione giurisdizionale) ma piuttosto di verifica che non ha effetto di produrre certezza (si veda E. CAPACCIOLI, *L'accertamento tributario*, «Riv. sc. fin. e dir. fin.», 1966, I, 15-17, dove afferma che il potere di produrre l'accertamento esula normalmente dalla sfera dei poteri della pubblica amministrazione mentre l'atto giurisdizionale è l'esempio paradigmatico di atto che crea l'effetto dell'accertamento del diritto).

III

I SINGOLI MEZZI DI AUTOTUTELA (DECISORIA ED ESECUTIVA) ED IL FONDAMENTO DELL'AUTOTUTELA ESECUTIVA

1. *A)* Va preliminarmente precisato che contenuto dell'ordine non è sempre la riduzione in pristino bensì anche la rimozione o altre attività variamente identificate. Tuttavia, la forza di attrazione esercitata dalla legge del 1865, che così lo definisce, è così grande che tutti questi ordini vengono solitamente definiti di riduzione in pristino. Qui si segue quest'uso non solo perchè non val la pena di innovare la terminologia ma anche per un altro motivo: che anche gli ordini che non hanno ad oggetto la riduzione in pristino assolvono, al fondo, la funzione di assicurare la riduzione della cosa al pristino stato.

Le norme che prevedono l'ordine di riduzione in pristino sono molto numerose. Cercheremo qui di elencarle distinguendo per tipo di bene al quale si riferiscono salvo soffermarci poi su quelle di più frequente e generale applicazione.

In materia di demanio marittimo, decisioni dell'amministrazione pubblica per la tutela possessoria del bene sono previste dall'art. 49 cod. nav. e 31 d.p.r. 15 febbraio 1952 n. 328 reg. cod. nav. (per la mancata demolizione, al termine della concessione, di opere non amovibili, costruite in seguito a concessione su bene demaniale); dall'articolo 54 cod. nav. (per le occupazioni abusive e le innovazioni non autorizzate); dall'art. 64 cod. nav. (per il deposito abusivo o oltre il termine di merci e materiali; per gravi esigenze, anche se il deposito non sia nè abusivo nè oltre il termine); dall'art. 73 cod. nav. (per la mancata rimozione di navi o aeromobili sommersi in porti, rade, canali o in talune parti del mare territoriale che costituiscano un peri-

colo o un intralcio per la navigazione); dall'art. 75 (per la mancata riparazione dei danni cagionati a opere o impianti portuali) (1).

In materia di demanio idrico, sono previste decisioni di tutela amministrativa dall'art. 85 cod. nav. (che applica l'art. 73 ricordato anche a laghi, fiumi e acque interne); dall'art. 53 r.d. 11 luglio 1913, n. 959, t.u. sulla navigazione interna e sulla fluitazione (per l'esecuzione di opere ed impianti senza concessione nè autorizzazione nei fiumi, laghi e canali), che peraltro non indica un termine per l'esecuzione (nè che questa debba essere immediata), nulla dispone sull'esecuzione d'ufficio, non accenna alle spese (ma si veda l'art. 57 successivo); dall'articolo 54 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, t.u. sulle acque e sugli impianti elettrici (per la mancata esecuzione delle riparazioni necessarie alle grandi derivazioni da parte di concessionari e per l'esercizio della derivazione abusiva o in contravvenzione alle norme); dall'art. 105 della stessa legge (ordine di chiusura di pozzi di eduazione e utilizzazione di acque sotterranee); dall'art. 101 r.d. 25 luglio 1904, n. 523, t.u. sulle opere idrauliche (ordinare ad eseguire il taglio degli argini di golena, nei casi di piena, per assicurare gli argini maestri) (2).

(1) Si veda V. PAGANELLI, *Inquinamento delle acque portuali e tutela dei beni demaniali marittimi*, « Riv. dir. nav. », 1957, II, 366 ss. e S. LA CHINA, *Inquinamento delle acque portuali per causa di forza maggiore e accollo delle spese di pulitura*, « Il dir. maritt. », 1956, II, 403-410 (ambidue note a Trib. Genova, 17 maggio 1956); e S. LA CHINA, *Tutela amministrativa del demanio portuale ed obbligo del rimborso, dai privati all'autorità amministrativa, delle relative spese*, « Il dir. maritt. », 1963, II, 258-269, che afferma che le norme sulla polizia del demanio marittimo seguono due impostazioni: quella che dispone rimedi nell'ipotesi di contravvenzioni e quella che vieta l'attività che potrebbe provocare inconvenienti.

Si veda altresì L. SCOTTI, *La rimozione di cose sommerse*, Milano, 1967, che mette in luce in particolare gli aspetti del procedimento per la rimozione. Sull'ordine di riduzione in pristino a difesa della usufruibilità, integrità ecc. del demanio marittimo, si vedano anche i cenni in D. GAETA, *Il demanio marittimo*, ed. provv., Milano, 131-133; *ivi*, 219-221, si vedano anche trattate le ipotesi di riduzione in pristino alla scadenza della concessione. Per l'art. 2 r.d. 1° dic. 1895, n. 726, sulle spiagge pubbliche, alla risoluzione in via amministrativa delle vertenze che insorgono sulle spiagge o pertinenze lacuali ed al componimento delle liti, ove ne sia il caso, provvede il Ministero delle finanze d'accordo con quello dei lavori pubblici.

(2) Su questo ultimo, A. M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1964, ottobre-dicembre, 848. Inoltre

In materia di demanio aeronautico, decisioni amministrative di tutela sono previste dall'art. 729 cod. nav. (per la mancata rimozione dei relitti di aeromobile dal perimetro dell'aerodromo).

Norme di applicazione più generale in materia di ordine di ripristino sono le seguenti. L'art. 378 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. *F.*, sui lavori pubblici, che dispone che, per le contravvenzioni alle norme sui lavori pubblici che alterino lo stato delle cose, è riservato al Prefetto (al Sindaco per le opere pubbliche dei Comuni) di ordinare la riduzione al primitivo stato, dopo aver riconosciuto la regolarità delle denunce, e sentito l'ufficio del genio civile. Lo stesso articolo prevede poi l'immediata esecuzione d'ufficio dei lavori per il ripristino solo nei casi di urgenza, con la conseguenza che in ipotesi di mancanza di urgenza, se vi sia inottemperanza all'ordine, l'esecuzione dovrà essere necessariamente giudiziale. Nella stessa legge, art. 146 (ora art. 49 r.d. 11 luglio 1913, n. 959, t.u. sulla navigazione interna e sulla fluitazione) era ribadito, con riguardo alle vie navigabili, che ogni qualvolta negli alvei dei fiumi navigabili vengano a manifestarsi ostacoli impedienti la libera e sicura navigazione, e dipendenti dal fatto dei privati, l'autorità amministrativa provinciale, premesse le opportune verificazioni, dà le disposizioni necessarie per garantire ed all'uopo ristabilire la compromessa libertà e sicurezza e nei casi di urgenza provvede per l'esecuzione immediata a carico dei privati suddetti. Ancora, la stessa legge del 1865, all'art. 310 ribadiva, con riguardo alle strade ferrate, la possibilità di disporre l'obbligo di riduzione in pristino entro

bisogna menzionare l'art. 2 del r.d. 25 luglio 1904, n. 523, t.u. sulle opere idrauliche, che dispone che, quando vi siano opere, usi, atti o fatti dannosi al regime delle acque, solo la pubblica amministrazione sarà competente per ordinarne la modificazione, cessazione o distruzione. La Cass., Sez. un., 25 luglio 1956, « Acque, bonif. e costr. », 1956, 479, ha affermato in proposito che tale norma ammette il potere dell'amministrazione solo quando si sia in presenza di atti o fatti nocivi al buon regime delle acque e non quando ciò non avvenga. Sull'argomento, si veda anche Cass., 8 maggio 1964, n. 1561, « Rass. avv. St. », 1964, I, 982 (che decideva in fattispecie diversa, trattandosi di opere di rafforzamento di argini che avevano comportato occupazione di area demaniale). Si veda anche Cass., 11 febbraio 1963, n. 254, « Giust. civ. », 1963, I, 1630, dove l'art. 2 citato era stato posto in relazione all'esercizio di concessioni esistenti e ai rapporti tra i privati.

un termine. Tale ordine deve seguire una condanna: « le contravvenzioni alla presente legge... sono punite con pene di polizia, con ammende e multe... oltre al risarcimento dei danni ed a quelle maggiori pene in cui i contravventori possono essere incorsi a termine del codice penale, ed oltre all'obbligo di rimettere le cose in pristino... » (3). Per tali beni, però, era prevista la possibilità di esecuzione d'ufficio a spese dei contravventori non solo nel caso di urgenza ma anche in quello di mancata esecuzione da parte del privato.

La norma dell'art. 378 della legge del 1865 fu poi parzialmente modificata con riguardo a talune opere; nel 1918 per le strade vicinali e nel 1933 per le strade pubbliche e per le acque. Si badi che, in generale, la giurisprudenza ha ritenuto tali nuove norme integrative e non abrogative della norma stipite del 1865 (4). Per le strade vicinali l'articolo 75 d.l.lgt. 1 settembre 1918 n. 1446, che concede facoltà agli utenti delle strade vicinali di costituirsi in consorzio per la manutenzione e la sistemazione o la ricostruzione di esse, dispone che al Sindaco spetta di ordinare che siano rimossi gli impedimenti all'uso delle strade e ridotte in pristino stato le cose abusivamente alterate. Per le

(3) In questo senso, F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555.

(4) L'art. 378 ll.pp. è concepito come norma « generale » per tutti i beni demaniali (C. S. V, 31 maggio 1963, 349, « F. A. », 1963, I, 674); ad essa come « stipite » si ricollegano varie disposizioni speciali che attribuiscono il potere di ordinare la *restitutio in pristinum* ad altre autorità e disciplinano diversamente, in qualche suo elemento secondario, l'istituto (C. S. V, 21 aprile 1950, n. 471, « C. S. », 1950, 517; nello stesso senso, A. M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, « Riv. Trim. Dir. Pubbl. », ottobre-dicembre, 1964, 840-841).

Il t.u. del 1933 non ha abrogato l'art. 378 citato perchè l'art. 131 del detto t.u. non elenca, tra le disposizioni di cui contiene l'abrogazione, l'art. 378 e perchè quest'ultima norma ha un campo di applicazione più largo (C. S. V, 14 luglio 1937, n. 938, « F. A. », 1937, I, 2, 11; C. S. V, 24 febbraio 1950, n. 235, « C. S. », 1950, 419).

L'art. 20 non ha assorbito il 378; il primo non regola i casi in cui può procedersi l'ufficio per la tutela delle strade, bensì soltanto la procedura dell'esecuzione, nei casi (previsti dall'art. 378) in cui questa è ammessa (A. M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, relaz. ISAP, 48).

Amnesso che non abbia assorbito la norma precedente, la giurisprudenza ha anche affermato tuttavia che l'art. 20 prevale, come norma speciale, su quella generale del 1865 (C. S. V, 10 dicembre 1952, n. 1384, « Foro it. », 1953, III, 1).

strade, poi, soggette ad uso pubblico, il Sindaco può disporre l'esecuzione mentre, per quelle non soggette ad uso pubblico, il Sindaco può solo provvedere quando ne sia richiesto (5). L'art. 20 r.d. 8 dicembre 1933 n. 1740, t.u. sulla tutela delle strade e per la circolazione, dispone che il Prefetto o il Sindaco, sentito il capo compartimento per la viabilità se trattasi di strade statali o l'ingegnere capo dell'ufficio del genio civile in ogni altro caso, e udito il contravventore, ordina con suo decreto la riduzione delle cose al pristino stato e adotta tutti gli altri provvedimenti necessari, determinando le opere da eseguirsi. Nel decreto del Prefetto deve essere fissato il termine entro il quale, dalla fatta intimazione, il contravventore deve eseguire (6). L'art. 221 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, t.u. sulle acque e sugli impianti elettrici, dispone che, in ogni caso di contravvenzione alla legge che alteri lo stato delle cose, è riservata all'ingegnere capo dell'ufficio del genio civile la facoltà di ordinare la riduzione al primitivo stato, dopo aver riconosciuta la regolarità della denuncia.

Nè, infine, va dimenticato che le norme dell'art. 378 legge sui LL.PP. sono state estese con r.d. 1 dicembre 1895 n. 726, art. 1, ai laghi pubblici e, con r.d. 13 febbraio 1933 n. 215 sulla bonifica integrale, ai lavori e agli interventi antianofelici (7) (8).

(5) Si veda C. S. V, 21 giugno 1946, n. 176, « Foro amm. », 1946, I, 2, 110. Cons. St. V, 1° marzo 1946, n. 68, « Il Cons. St., nel sessennio 1941-46 », vol. II, 260: i poteri di polizia *ex art.* 15 d.l.lgt. 1918 (strade vicinali) riguardano tanto le strade consorziate quanto quelle non consorziate.

Si veda anche: Pret. Latina, 1° maggio 1963, « Dir. autom. », 1964, 329 e « Nuovo dir. », 1964, 85.

(6) CIGOLINI, *La responsabilità civile, penale ed amministrativa in materia di tutela e circolazione stradale*, Milano, 1954, intende questa norma come attributiva di un potere generale di autotutela esecutiva; contro, F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555. L'art. 20 del codice stradale non specifica i casi di esecuzione d'ufficio perchè l'istituto è, in sostanza, sempre quello della legge sui ll.pp.; e perchè ai sensi dell'art. 378 di questa legge qualsiasi persona che manometta un'opera di *pubblico demanio* è soggetta al potere del prefetto o del sindaco (C. S. V, 21 aprile 1950, n. 471, « C. S. », 1950, 517).

(7) Come si vede dalla elencazione del testo talune volte l'ordine è in relazione ad un provvedimento di concessione sia nel senso che è disposto una volta terminata la concessione sia nel senso che è disposto per assicurare attività che il concessionario dovrebbe svolgere e non svolgere.

(8) Per completezza, va fatto un cenno alla cosiddetta reintegra con

B) L'ipotesi più frequente, in tema di autotutela decisoria riguardante beni, è che l'obbligo primario consista in un non fare; se esso

riguardo ai beni di uso civico. Questi sono contraddistinti dall'appartenenza ad una collettività, i *cives*: questi beni sono oggetto della legge sugli usi civici del 1927, che riguarda specificamente « qualsiasi diritto di promiscuo godimento delle terre » (Cass., sez. un., 15 gennaio 1954, n. 64 « GCCC », 1954, 341 con nota di G. CERVATI, *In tema di beni regolati dalla legge sugli usi civici (demani comunali, domini collettivi etc.)*).

I Commissari per gli usi civici possono regolare (a norma dell'art. 30 della legge del 1927) secondo il loro prudente arbitrio e semprechè abbiano riconosciuto l'esistenza di un possesso di fatto, il possesso dei beni di uso civico. Infatti tale articolo dispone che, fino a che non sia intervenuta una decisione irrevocabile o una conciliazione debitamente omologata sull'esistenza, la natura e la liquidazione dei diritti a cui si riferisce la legge, i reclami relativi al possesso siano deferiti ai Commissari per gli usi civici, che regoleranno provvisoriamente, secondo il loro prudente arbitrio, l'esercizio del medesimo, sempre che, assunte informazioni, abbiano riconosciuto l'esistenza di un possesso di fatto. Mentre, in generale, non è sorto dubbio sulla natura amministrativa delle decisioni ordinatorie di riduzione in pristino, dei cosiddetti provvedimenti di reintegra previsti in materia di usi civici la meno recente giurisprudenza ha sostenuto la natura giurisdizionale. In tempi recenti, tuttavia la giurisprudenza ha aderito alla tesi della natura amministrativa (indicazioni in G. CERVATI, *Le varie « reintegre » di beni d'uso civico*, « GCCC », 1954, 348; A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, classifica tra le « azioni possessorie » quelle di cui all'art. 30 e sembra ritenere il relativo procedimento di natura giurisdizionale). Si badi che, nel caso in esame, il dubbio poteva sorgere per l'attribuzione, fatta dalla legge, ai Commissari di funzioni normative ed amministrative. Comunque, sia per la discrezionalità del provvedimento sia per il suo carattere strumentale nei confronti delle operazioni commissariali definitive che sono amministrative, queste attribuzioni possono ritenersi amministrative.

Sulla natura giurisdizionale dei provvedimenti di reintegra disciplinati dall'art. 16 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, e sul problema della loro revocabilità da parte dell'autorità giudiziaria ordinaria, U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 124-126 e 52, n. 1.

Peraltro, bisogna ricordare che dal precedente orientamento giurisprudenziale favorevole alla natura giurisdizionale del procedimento di cui si parla, sorgevano alcune questioni che non possono più porsi: se la competenza del commissario riguarda la sola azione di spoglio o anche quella di manutenzione (risolta nel secondo, più ampio senso); se il Commissario potesse emettere una unica pronuncia (petitoria e possessoria) anche in controversie riguardanti inizialmente solo il possesso (risolta in senso positivo); se fossero proponibili dinanzi al Commissario azioni possessorie contro la pubblica amministrazione (risolta in senso negativo) (queste ed altre notizie in G. CERVATI, *Gli usi civici*

non sia stato osservato (e cioè vi è un fare) l'atto di autotutela ordinerà di eliminare le conseguenze del comportamento illegittimo e quindi ordinerà un fare (demolizione di opere, rimozione di cose, astenersi dall'accedere ecc.).

Ma può anche darsi che l'obbligo primario consistesse in un fare. Ad esempio, nel caso che il concessionario fosse autorizzato a costruire sul bene ottenuto in concessione ma fosse tenuto a demolire al termine della concessione, oppure nel caso che la legge già disponga che chi ha danneggiato un bene deve riparare. In queste ipotesi il comportamento inosservante che dà luogo all'ordine consiste in un non fare ma l'ordine comanderà sempre un fare.

Il fare ordinato potrà essere fungibile oppure no; di regola nel primo caso le leggi dispongono autotutela esecutiva con esecuzione diretta, nel secondo caso, autotutela esecutiva con coazione sulla persona.

C) C'è da chiedersi, innanzi tutto, se di autotutela la pubblica amministrazione sia fornita nei confronti dei soli beni del demanio o anche nei confronti di altri beni. In questo secondo caso, non può adursi la presenza dell'autotutela come elemento caratterizzante di un certo tipo di proprietà dei pubblici poteri.

Alcuni autori hanno affermato che i pubblici poteri sono dotati di autotutela anche nei confronti dei beni del patrimonio indisponibile: « se le pubbliche amministrazioni sono dotate della potestà d'imperio per potere meglio perseguire i loro fini che si compendiano nel migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico, non si vede perché nella tutela dei beni indisponibili, che come mezzo o fine riguardano direttamente quest'ultima, quelle autorità non possano, anzi non debbano giovare delle loro potestà pubbliche » (9). L'autotutela amministrativa è ammessa, nei confronti dei beni del patrimonio indisponi-

nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1951, luglio-settembre, 780-782).

(9) G. FALZONE, *I beni del « patrimonio indisponibile »*, Milano, 1957, 235.

bile, perchè anche questi sono « mezzo per il soddisfacimento dei servizi pubblici », « limitatamente però a quegli atti che di tali beni mirino a salvaguardare la funzionalità pubblica » (10).

Altri ha affermato che « per tutti i beni del patrimonio indisponibile... è esclusa quella tutela in via amministrativa che, più nettamente della inalienabilità, caratterizza nei loro confronti il regime giuridico della demanialità » (11).

Ora, il problema dell'ammissibilità dell'autotutela anche nei confronti dei beni non demaniali è problema di diritto positivo. Anche in questo caso occorre tenere presente l'avvertimento di non far differenze tra normative « generali » e normative « speciali »; cioè di non ipostatizzare le norme del codice civile. E il diritto positivo fornisce una smentita a coloro che escludono l'esercizio di autotutela nei confronti di beni che non siano quelli cosiddetti demaniali. Per beni quali le miniere, le foreste, le cose d'arte rinvenute nel sottosuolo, gli armamenti, le navi da guerra, le cosiddette leggi speciali accordano l'autotutela amministrativa (12). Se l'ammissibilità dell'ordine di riduzione in pristino è un problema di diritto positivo, occorrerà riferirci ad esso per vedere se l'ordine di riduzione in pristino è ammesso solo nei confronti di beni demaniali o anche nei confronti di altri beni pubblici non demaniali o, infine, anche nei confronti di beni privati.

Innanzitutto, se, in origine, poteva dirsi che i lavori pubblici ai quali si riferisce la legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. *F* sono « quelli relativi alle varie specie di demanio » (13), ciò non può più dirsi con l'allargamento dell'applicazione delle norme sui lavori pubblici a beni che non sono pubblici. Infatti, l'ambito di azione dell'amministrazione dei lavori pubblici si è andato estendendo sia attraverso interventi volti alla realizzazione delle opere sia attraverso l'approvazione dei piani e dei progetti (per il primo tipo di interventi, acquedotti, edilizia scolastica, igienica, ospedaliera, alloggi popolari ed economici a

(10) G. FALZONE, *I beni*, cit., 232-233.

(11) E. GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, Scritti per la Cedam, II, Padova, 1953, 535.

(12) M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 30.

(13) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, IV, Milano, 1955, 27.

contributo statale, edilizia danneggiata dalla guerra o da altri eventi calamitosi; per il secondo tipo, viabilità minore, opere igieniche, opere degli enti territoriali minori, edilizia antisismica, edilizia scolastica, edilizia popolare ed economica, urbanistica) (14). Quindi l'attività della pubblica amministrazione con la quale questa costruisce un bene, lo mantiene in efficienza o gli ridà un'efficienza perduta, ne migliora l'efficienza o la funzionalità, lo distrugge, e cioè l'opera o lavoro pubblico, non riguarda solo beni di pubblici poteri potendo invece l'ente pubblico eseguire lavori su beni di privati o lavori che diano luogo al sorgere di beni privati (15). Ma se l'art. 378 si applica a beni privati perchè non potrebbe applicarsi a beni patrimoniali? È ciò che è stato messo in luce implicitamente da chi (16) ha affermato che, inerendo l'autotutela ai principî, si deve ritenere che valga per tutti i beni pubblici: sarebbe, ad esempio, inconcepibile che l'autorità amministrativa fosse costretta a rivolgersi a quella giudiziaria per tornare in possesso delle armi che fossero state illecitamente asportate da una caserma. E da chi ha rilevato che leggi speciali accordavano già, quando fu redatto il codice civile, l'autotutela a beni patrimoniali indisponibili.

Va inoltre osservato che, in un primo tempo, la giurisprudenza si era orientata nel senso che gli atti della pubblica amministrazione diretti alla tutela dei beni patrimoniali esulano dalla sfera delle attribuzioni di carattere amministrativo, non integrano, cioè, l'applicazione di un'attività autoritaria amministrativa, con la potestà di comando, e non sono assistiti da forza coattiva. L'ente pubblico, quindi, non era ritenuto autorizzato a portare ad esecuzione la sua volontà con mezzi propri e coercitivi nei confronti dei privati che vantassero un diritto alla conservazione del possesso di tali beni, del quale non potevano es-

(14) Mette in luce tale ampliamento A. M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, bozze, Atti conv. Isap., 49 ss. e, precedentemente, in *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1964, 545.

(15) G. ROEHRSEN, *Sul concetto di opera pubblica e di lavori pubblici*, « Studi per Lessona », II, Bologna, 1963, 264 e A. D. GIANNINI, *Lavori pubblici*, « Enc. Treccani », *ad vocem*.

(16) A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 462, *Beni pubblici*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 294.

sere spogliati se non *iussu iudicis* (17). Successivamente, peraltro, la suprema corte ha affermato che la circostanza che si tratti di beni patrimoniali indisponibili non esclude l'uso di atti amministrativi esecutori (nella specie, ordine di rilascio emanato dall'Intendente di Finanza). Da una parte, infatti, la norma che assoggetta i beni patrimoniali al codice (art. 828 cod. civ.) ha carattere sussidiario ed è destinato a valere in mancanza di espressa disciplina; dall'altra il divieto di sottrazione dei beni alla loro destinazione pubblica fa sì che la pubblica amministrazione, nell'assicurare la permanenza della destinazione, espliciti un potere «atto ad incidere anche nella sfera d'azione del privato». Inoltre, l'art. 823, II co., non permette di affermare il contrario perchè riconosce un potere già esistente nella pubblica amministrazione (18).

Ma c'è di più: se è vero che l'art. 378 della legge sui lavori pubblici trova applicazione anche nei confronti di beni non demaniali, è anche vero peraltro che esso non trova neppure applicazione nei confronti di tutti i beni demaniali: esso infatti non potrebbe riguardare gran parte del demanio naturale perchè presuppone una cosa su cui vi sia stato lavoro o opera pubblica.

Ma non è solo l'art. 378 che si applica sia a beni pubblici sia a beni privati. Così è anche per gli articoli 233-241 e 310 della stessa legge, riguardanti le strade ferrate e già commentati, che applicano a beni privati contigui alle strade ferrate l'ordine di riduzione in pristino (19). Queste norme fanno parte di quel gruppo di disposizioni,

(17) Cass. 26 giugno 1953, n. 1980, «Foro it.», Rep. 1953, voce *Demanio*, n. 17; Trib. Brescia. 21 agosto 1954, «Corti Brescia e Venezia, 1954, 789.

(18) Cass., Sez. un., 4 ottobre 1955, n. 2970, «Foro it.», 1955, I, 1641. D'altra parte, alla conclusione favorevole all'applicabilità dell'art. 378 anche a beni non pubblici si giunge anche per altra via, affermando che esso tende unicamente alla tutela di uno stato di fatto e quindi lascia impregiudicata ogni questione su eventuali diritti di proprietà (in questo senso, Cons. Stato V, 10 dicembre 1965, n. 1096, «Foro amm.», 1965, I, 2, 1649; si veda anche Cons. Stato, 10 luglio 1965, n. 107, «Foro amm.», 1965, I, 2, 1141 che si sofferma però principalmente sul rilievo che l'atto *ex* art. 378 affievolisce il diritto di proprietà.

(19) È interessante ricordare, inoltre, che questo regime di protezione fu stabilito in un tempo nel quale le strade ferrate di regola non appartene-

contenute nelle leggi sui beni pubblici, che prevedono la possibilità di disporre la riduzione in pristino o, comunque, di ordinare lavori su beni della cui natura privata non può dubitarsi e che sono, di regola, adiacenti o prossimi a beni pubblici. Altri esempi sono l'ordine di recidere siepi che restringono o danneggiano la strada e i rami delle piante che si protendono oltre il ciglio stradale e di demolire fabbricati e muri che fronteggiano le strade e possano compromettere l'incolumità pubblica. In ambedue i casi, alla mancata esecuzione da parte del privato consegue l'esecuzione d'ufficio a spese del privato (artt. 15 e 16 r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740 t.u. per la tutela delle strade e per la circolazione); l'ordine di rimuovere cartelli e mezzi pubblicitari posti lungo le strade e la rimozione d'ufficio (art. 11 d.p.r. 15 giugno 1959 n. 393, t.u. sulla circolazione stradale) (20).

Vi sono casi nei quali sono previsti ordini che, pure avendo riguardo in generale a beni privati, possono talvolta riguardare anche beni pubblici. Ad esempio, l'art. 14 della legge 1 giugno 1939 n. 1089, tutela delle cose d'interesse artistico o storico, per cui il ministro ha facoltà di provvedere direttamente alle opere necessarie per assicurare la conservazione ed impedire il deterioramento delle cose di interesse artistico o storico, appartenenti a province, comuni, enti o istituti, legalmente riconosciuti e, se trattasi di cose mobili, di farle anche trasportare e temporaneamente custodire in pubblici istituti. In caso di

vano allo Stato e che — come è stato osservato dallo Zanobini, con riferimento alla sua concezione della tutela del bene come tutela della proprietà pubblica — è servito più tardi alla protezione del diritto pieno di proprietà, quando le ferrovie sono passate allo Stato (G. ZANOBINI, *Il concetto della proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, « Scritti vari di diritto pubblico », Milano, 1955, 192).

(20) F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, « Enc. dir. », 554-555 mostra di ritenere in vigore la norma dell'art. 76 (nel testo è erroneamente scritto 78) che credo sia sostituito dal r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740, art. 16; l'art. 76 citato prevedeva che, in caso che il privato non ottemperasse all'ordine, dell'autorità, questa potesse chiedere al magistrato l'esecuzione salvo che non vi fosse urgenza. U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, 150-151 afferma che questa procedura può spiegarsi col « sommo rispetto che, anche nei casi in cui sembrano venire a conflitto l'interesse pubblico e il diritto di privata proprietà, il legislatore suol conservare per quest'ultimo ».

urgenza, il ministro può adottare senz'altro i provvedimenti conservativi di cui al comma precedente (quest'ultimo comma prova che, anche in questo caso, un atto di diffida-condanna è necessario per l'esecuzione, salvo che non vi sia urgenza) (21). Non va quindi esclusa l'ipotesi che la costruzione o la cosa d'arte appartenga allo Stato, per cui si può dire che all'applicazione della tutela amministrativa è indifferente la natura del bene o, da altro punto di vista, il soggetto al quale appartiene, potendo questo essere indifferentemente pubblico o privato. Questa indifferenza si spiega riflettendo al fatto che — anche se il soggetto proprietario sia pubblico — non sarà lo stesso cui è attribuita tutela in ordine ai beni. Cioè, l'ordine dell'attribuzione della proprietà differisce dall'ordine dell'attribuzione dell'autotutela.

Infine l'ordine di riduzione in pristino è previsto anche con riferimento a beni privati non contigui a beni pubblici. Così l'art. 32 della l. 17 agosto 1942, n. 1150, legge urbanistica, che prevede la diffida per le costruzioni in contravvenzione, assistita dall'ordine di demolizione a spese del contravventore e preceduta dall'ordine di immediata sospensione dei lavori (22); così l'art. 59 l. 1 giugno 1939, n. 1089, tutela delle cose d'interesse storico o artistico, che prevede l'ordine di riduzione in pristino, assistito, quando non sia possibile la riduzione in pristino, dal pagamento allo Stato di una somma pari al valore della cosa perduta o alla diminuzione di valore subita dalla cosa per effetto della trasgressione (22-bis).

(21) Per quello che diremo più avanti, qui il termine provvedimenti conservativi va inteso in senso ampio come riferito alla funzione dell'atto, non alla sua natura giuridica, stante la non relazione di questi provvedimenti con un diritto reale dell'ente che procede in via amministrativa.

(22) Su questo articolo, G. G. LOSCHIAVO, *Diritto edilizio*, Milano, 1958, 220 ss. e 241 ss.

(22-bis) Cons. Stato, 22 novembre 1966, n. 834, « Foro amm. », 1967, I, 2, 1801 afferma che questo articolo non ha fatto che estendere al demanio artistico ed archeologico il principio dell'art. 378 della legge sui lavori pubblici; questo a sua volta è « una applicazione del principio più generale della esecutorietà degli atti amministrativi (e di ogni altro atto di sovranità dello Stato), per il quale l'osservanza dei doveri pubblici, positivi e negativi, imposti ai privati da un provvedimento amministrativo... può essere attuata dalla stessa amministrazione con la coercizione diretta, con la coercizione

Concludendo l'esame dei beni che possono esser oggetto di ordini di riduzione in pristino, si può notare che questo non ha ad oggetto tutti i beni cosiddetti demaniali e può avere ad oggetto anche beni pubblici non demaniali e perfino beni privati. L'atto di autotutela decisoria non è quindi in correlazione necessaria con la posizione di proprietario dell'ente pubblico.

Detto ciò, bisogna però soffermarsi sulla normativa contenuta nella legge urbanistica: essa presenta caratteri molto simili a quella riguardante le varie categorie di beni pubblici ed esaminare il procedimento — meglio, i procedimenti — in essa previsti può essere utile a mostrare alcune affinità tra le forme di esecuzione su beni pubblici e quelle su beni privati. Insomma, le norme dell'art. 32 della legge urbanistica non servono qui solo per affermare l'esistenza di ordini di riduzione in pristino che attengono a beni privati e quindi non solo per mostrare come tale ordine non sia caratteristico della proprietà pubblica; tali norme sono interessanti anche sotto un altro profilo, quello del procedimento che attiene ai diversi atti di autotutela che sono previsti dall'art. 32 citato. Ma va anche osservato che, se si vuole esaminare tale aspetto ora, occorrerà non rispettare l'ordine di questa esposizione: sembra infatti necessario, per ragioni che attengono all'ordinata esposizione di tutta la materia della repressione e prevenzione dell'abuso urbanistico o edilizio, parlare qui, sia dell'ordine di riduzione in pristino, sia degli atti che ordinano di eseguirlo, sia ancora dell'ordine di sospensione sia degli atti definitivi che lo seguono.

d'ufficio o con qualunque altro mezzo di esecuzione forzata, anche in difetto di una specifica disposizione al riguardo». Affermazione nella quale colpiscono due punti: quello della non necessaria « autorizzazione » legislativa specifica e quello della applicazione dell'art. 59 al demanio, mentre sembra che esso si riferisca ad ogni tipo di bene, sia in proprietà di figure soggettive pubbliche sia in proprietà di figure soggettive private.

Per le bellezze naturali, la legge 29 giugno 1939, n. 1497, artt. 14 e 15, prevede un ordine di demolizione alternativo al pagamento di una indennità, sì che c'è da pensare che si tratti di un provvedimento a carattere sanzionatorio, come ritiene anche G. PASINI, *La tutela delle bellezze naturali*, Napoli, s.d. (ma 1967), 159 ss. (nello stesso volume si veda anche descrizione e analisi del procedimento cautelare, con intimazione o diffida, pagine 148 ss.).

Cominciamo col dire che l'indicazione degli atti di autotutela contenuta nell'art. 32 viene ritenuta tassativa; e ciò sia nel senso proprio di questo termine, nel senso cioè che non si danno che questi mezzi, ad esclusione di altri e ad esclusione di ogni ricorso all'interpretazione estensiva o a quella analogica; sia nel senso più ampio di tassatività, intesa come tipicità degli effetti degli atti elencati in via tassativa: così va esclusa la possibilità, pur da taluni ammessa, che, in considerazione della tenuità del danno, si possa convertire l'ordine di ripristino in una forma di risarcimento patrimoniale (23).

Ora, come è noto, l'art. 32 non indica solo dei mezzi di tutela definitivi ma anche un mezzo di tutela provvisorio, l'ordine di sospensione. Questo non interessa qui direttamente, sì che basta qui ricordare che esso non è subordinato, per l'emanazione, al rispetto di una determinata procedura; è atto doveroso, sia che l'iniziativa sia d'ufficio, sia su denuncia; ha per presupposto un accertamento vincolato quanto al contenuto (inosservanza delle norme sulle costruzioni); ha i caratteri dell'immediatezza e della temporaneità; ha natura cautelare secondo alcuni, sanzionatoria secondo altri, di mera prevenzione secondo altri ancora; deve essere motivato; aver forma scritta ed esser notificato; è impugnabile.

Lo stesso art. 32 dispone che entro un mese dalla sospensione debbono essere adottati « provvedimenti definitivi ». Questi sembra debbano essere ritenuti provvedimenti di modifica delle costruzioni o per la rimessa in pristino; sono, secondo alcuni, vincolati quanto alla emanazione e possono anche non essere preceduti dall'ordine di sospensione. Nel silenzio della norma ed in considerazione della circostanza che l'autotutela deve ritenersi — come meglio vedremo poi — sottoposta rigidamente al principio di legalità, tali provvedimenti sembra che debbano intendersi come ordini che seguono una condanna da parte del giudice (e quindi non potrebbero essere emanati quando il reato si sia estinto). A favore di questa interpretazione, oltre alle

(23) Si veda G. VIGNOCCHI, *Sui regolamenti edilizi e sulle conseguenze della loro violazione*, « RtDPC », 1948, I, 339 e E. SILVESTRI, *La vigilanza repressiva del sindaco sull'attività edilizia*, « Riv. giur. edilizia », 1966, II, 105.

considerazioni generali accennate, c'è la circostanza che il terzo comma dello stesso articolo espressamente prevede l'autotutela, mentre ciò non accade nel secondo comma che tratta di tali provvedimenti definitivi (24).

Il comma terzo dello stesso articolo prevede poi che, qualora si sia costruito senza licenza o si siano proseguiti i lavori dopo l'ordine di sospensione (e qualora vi sia stato annullamento, revoca o decadenza della licenza o si siano compiuti lavori al di là della licenza), si possa ricorrere da parte dell'autorità comunale alla diffida. Questo atto insiste sull'accertamento di una difformità dello stato di fatto dallo stato di diritto, ha iniziativa discrezionale (ma vedremo poi che questo punto è discusso), deve contenere l'ingiunzione di un *facere*, un termine finale per l'adempimento e la comminatoria delle conseguenze sfavorevoli a cui si espone il soggetto inadempiente; deve avere forma scritta e in forma scritta deve essere notificato. Quando il privato non ottemperi si ricorre all'autotutela esecutiva: ordine di demolizione, fondato sul presupposto della perdurante difformità dello stato di fatto dallo stato di diritto. Tale ordine deve essere preceduto dal parere della sezione urbanistica compartimentale (ed eventualmente anche dal parere della sezione urbanistica comunale), ha ad oggetto l'esecuzione forzata dell'obbligo di demolire, deve contenere menzione dell'avvenuta diffida (anche se la giurisprudenza ha in qualche caso affermato che può non esservi diffida se si tratta di abuso di lieve entità) e dell'audizione del parere sopra indicato; deve contenere congrua indicazione delle opere ritenute arbitrarie; non esige specifica motivazione (salvo il caso che il parere sopra indicato sia stato disatteso); deve avere forma scritta; secondo alcuni autori, deve essere notificato all'interessato, secondo altri ciò non è necessario. Quanto alle modalità dell'esecuzione, questa può avvenire sia direttamente sia mediante appalto; ad essa non può opporsi resistenza; le spese che essa comporta (eventualmente maggiori di quelle che il privato affronterebbe se demolisse egli stesso) sono a carico del contravventore e possono

(24) G. VIGNOCCHI, *op. cit.*, 343-344 e E. SILVESTRI, *op. cit.*, 113 e 115.

essere ripetute con la procedura per la riscossione coattiva di cui all'art. 155 della legge comunale e provinciale del 1915.

I mezzi di autotutela descritti presentano un arco di problemi non dissimili da quelli che abbiamo già visto o vedremo per quanto attiene alla autotutela che riguarda i beni pubblici (ciò che dovrebbe ulteriormente far riflettere sulla tipicità di questi ultimi e sulla loro idoneità a caratterizzare un tipo di proprietà che si vuol definire pubblica). Essi vengono distinti dai cosiddetti provvedimenti contingibili ed urgenti, che riguardano solo indirettamente l'interesse edilizio e urbanistico e tendono in via principale alla salvaguardia dell'igiene e della sicurezza pubblica (25). In ordine alla potestà di autotutela, si discute se dia luogo anche al sorgere di situazioni soggettive dei privati, specialmente quando vi sia inerzia dell'amministrazione (26). Si discute altresì sull'ammissibilità di sanatoria dell'abuso avvenuto (27). Ma, principalmente, si discute dell'ambito entro il quale può agire la pubblica amministrazione senza far ricorso al giudice. Anzi, può esser interessante notare che, prima della legge urbanistica e del r.d.l. 25 marzo 1935, n. 640, art. 4, il sindaco poteva ordinare, a norma dell'art. 108 del t.u. del 1934, l'esecuzione dei lavori occorrenti per la rimessa in pristino stato solo dopo la decisione di condanna del contravventore (salvo che non ricorressero i casi previsti dall'art. 55 o dagli articoli 76 e 378 della legge sui lavori pubblici (28)). Nè va dimenticato un cenno al tentativo di sostenere che esecuzione non sia ammessa senza una previa pronuncia giurisdizionale sulla base dell'art. 612 del codice di procedura civile o dell'art. 2933 del codice civile o addirittura invocando la facoltà dell'amministrazione di rivolgersi al giudice prima

(25) G. CELLERINO, *Problemi attuali sull'abuso edilizio*, « Riv. giur. edilizia », 1964, settembre-ottobre, 279-280 e E. SILVESTRI, *op. cit.*, 105.

(26) Su questo argomento, oltre agli scritti già citati, si veda principalmente, A. M. SANDULLI, *Repressione di abusi edilizi e interessi dei terzi*, « Giust. civ. », 1963, II, 38 ss. e gli altri scritti dello stesso autore ivi citati.

(27) Si vedano gli scritti di G. VIGNOCCHI, *op. cit.*, 340 e di G. CELLERINO, *cit.*, 276-279.

(28) G. VIGNOCCHI, *op. cit.*, 342; E. SILVESTRI, *op. cit.*, 103.

di eseguire, in ogni caso, anche quando le norme espressamente attribuiscono all'ente pubblico autotutela (29).

Ma ciò che qui principalmente interessa è un altro punto, che attiene alla definizione della natura giuridica della diffida. Si tratta di stabilire se essa sia un mero atto propulsivo, componente del procedimento che si chiude con l'ordine di demolizione oppure un provvedimento che chiude un autonomo procedimento, che sarà poi seguito eventualmente, qualora i privati non adempissero, dal procedimento che esplica la potestà di autotutela esecutiva. Ora, se si dice che la diffida non è un ordine di demolizione nè una diffida-ordine ma una fase del procedimento che ha una funzione di garanzia per il destinatario al quale si partecipa l'accertamento dell'illecito e l'intenzione dell'autorità di disporre la demolizione; quando si dice che il legislatore non ha ravvisato la necessità che si impartisse un ordine al destinatario avendo ritenuto sufficiente la diffida a contestare l'inadempimento e far presenti le conseguenze di tale comportamento (30); oppure quando si dice che la diffida rappresenta una « guarentigia procedurale » o addirittura un presupposto dell'ordine di demolizione (31), non si tiene in dovuto conto la circostanza che la diffida ha caratteri di autonomia che inducono la giurisprudenza a concedere la sua impugnabilità. Se la diffida è « idonea a produrre lesione di interessi », ciò vuol dire che essa non è un mero atto del procedimento destinato a portare a conoscenza dell'interessato le intenzioni dell'amministrazione e ad aprire eventualmente una discussione col privato stesso. E ciò appar chiaro se si riflette sulla circostanza che presupposto della diffida è la difformità della situazione di fatto da quella di diritto mentre presupposto dell'ordine di demolizione è il perdurare di tale difformità; tant'è vero che dopo la diffida può esservi adempimento del privato, e in tal caso non si apre neppure il procedimento

(29) G. CELLERINO, *op. cit.*, 280-283; E. SILVESTRI, *op. cit.*, 116.

(30) E. SILVESTRI, *op. cit.*, 112 e 114; ma tale autore avanza un dubbio a pagina 117.

(31) Così G. CELLERINO, *op. cit.*, 269 e 265; ma poi a p. 266 sembra concordare sulla tesi dell'autonomia della diffida e sul suo carattere di ordine.

di esecuzione che porta alla demolizione. Ma qui conviene fermarsi perchè dovrebbe esser ormai chiaro ciò che premeva dimostrare: che non solo di autotutela l'amministrazione è dotata sia nei confronti di beni pubblici sia nei confronti di beni privati, ma anche i procedimenti che reggono l'esplicazione di questo potere, con riguardo ai beni pubblici e con riguardo ai beni privati, presentano somiglianze rilevantissime. Al limite, tali somiglianze non sarebbero neppure smentite se si affermasse che la diffida prevista dall'art. 32 è una mera diffida (32) e non un ordine, come sembra più probabile dopo quello che si è

(32) Sui significati di diffida si veda P. GASPARRI, *Sugli atti amministrativi di diffida*, « Foro amm. », 1955, IV, 1 ss., dove mette in luce l'uso ambivalente di diffida come comando o ordine e diffida come mero avvertimento.

Sull'art. 32 della legge urbanistica s'è raccolta abbondante giurisprudenza; tra le sentenze più recenti, vanno segnalate Cons. St., Sez. V, 25 ottobre 1966, n. 1277, « Foro amm. », 1966, I, 2, 1560 (che afferma la discrezionalità della amministrazione nella fissazione del termine per la demolizione delle opere abusive), Cons. St., Sez. V, 24 febbraio 1967, n. 128, « Foro amm. », 1967, I, 2, 170 (che osserva esser la diffida diversa dall'ordine di sospensione sia per la natura dell'inadempimento che si vuol colpire sia per l'oggetto, ed esclude che la diffida possa confondersi con l'ordine di demolizione, anche quando si dia incarico alla polizia comunale di eseguire la diffida — e non la materiale demolizione —), Cons. St., Sez. V, 7 aprile 1967, n. 223, « Foro amm. », 1967, I, 2, 502 (che sottolinea esser l'ordine di demolizione rivolto agli organi esecutivi della amministrazione e ribadisce la differenza tra diffida e ordine di demolizione), Cons. St., Sez. V, 9 giugno 1967, n. 613, « Foro amm. », 1967, I, 2, 849 (che definisce la diffida a demolire e dispone che per essa non è necessario il preventivo parere della sezione urbanistica), Cons. St., Sez. V, 16 giugno 1967, n. 666, « Foro amm. », 1967, I, 2, 874 (per la quale è legittima la diffida fondata sulla divergenza tra edificio autorizzato ed edificio realizzato; anche questa decisione definisce la diffida), Cons. St., Sez. V, 16 giugno 1967, n. 668, « Foro amm. », 1967, I, 2, 875 (per cui l'obbligo di motivazione si esaurisce nella identificazione della infrazione e la diffida non deve essere necessariamente preceduta dal provvedimento di sospensione), Cons. St., Sez. V, 6 febbraio 1968, n. 20, « Foro amm. », 1968, I, 2, 155 (sulla notificazione della diffida anche a persona diversa dall'originario proprietario e destinatario della licenza edilizia), Cons. St., Sez. V, 20 febbraio 1968, n. 101, « Foro amm. », 1968, I, 2, 180 (sui termini della adozione della diffida, i pareri, l'indifferenza dei lavori eseguiti ai fini della demolizione), Cons. St., Sez. V, 12 marzo 1968, n. 263, « Foro amm. », 1968, I, 2, 328 (sui rapporti con l'ordine di sospensione), Cons. St., V, 9 aprile 1968, n. 414, « Foro amm. », 1968, I, 2, 509 (sulla competenza del sindaco e sulla questione del parere della sezione urbanistica).

detto. Perchè restano fermamente simili tutti gli altri aspetti del procedimento.

D) In tema di urbanistica, gli artt. 29 e 32, 4 comma, prevedono che, per le costruzioni eseguite da amministrazioni statali, sia il Ministero dei lavori pubblici a provvedere in sede di tutela su informazione del sindaco. Questa disposizione ha posto un complesso problema riguardante la scelta tra competenza del sindaco e competenza del Ministro dei lavori pubblici e la relazione tra queste e la tutela delle costruzioni da una parte e del suolo su cui le costruzioni sorgono dall'altro.

Innanzitutto gli articoli menzionati hanno riguardo alle « costruzioni eseguite da amministrazioni statali » ed è quindi da negare la fondatezza di un orientamento giurisprudenziale (33) che ha negato *in toto* la competenza del comune ad emettere ordinanze di sospensione dei lavori con diffida a proseguirli perchè ritenuti contrari ai regolamenti edilizi comunali, sul demanio marittimo: il termine di riferimento legislativo, infatti, non è quello, generale, del demanio ma quello, specifico, delle costruzioni eseguite da amministrazioni statali. E allora ben deve ammettersi la sottoposizione alla tutela di cui alla legge urbanistica di costruzioni eseguite da privati sul demanio (34). Può, quindi, ritenersi valida l'affermazione dell'indipendenza della spettanza della demanialità dall'attribuzione del potere di tutelare in

(33) C. S., Sez. V, 5 dicembre 1958, n. 925, « Riv. giur. edilizia », 1959, 288, su cui V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Disciplina comunale delle costruzioni private sorgenti sul demanio marittimo*, *ivi*, 1959, II, 76-81; C. S., Sez. V, 23 settembre 1961, n. 478, « Foro amm. », 1961, I, 1404-1410 con nota critica di S. CASSARINO, e « Riv. giur. edilizia », 1961, I, 781, con nota critica di V. SPAGNUOLO VIGORITA; sui precedenti, G. CERVATI, *Demianialità marittima e legislazione urbanistica*, « Studi per Barberio Corsetti », Milano, 1964, 81.

(34) In questo senso, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Disciplina*, *cit.*, 78-79; S. CASSARINO, *nota cit.*, 1407, motivando l'uno dal fatto che non rientrano nello scopo esclusivo della realizzazione degli interessi speciali affidati alla cura dell'autorità marittima e l'altro dal fatto che non riguardano i fini inerenti alla destinazione del demanio; nello stesso senso Cons. Stato, Ad. plen., 1 gennaio 1963, e V, 9 maggio 1963, n. 119 che hanno modificato il precedente orientamento giurisprudenziale ricordato nel testo; *contra* G. CERVATI, *Demianialità*, *cit.*, spec. 88 ss. e D. GAETA, *Disciplina edilizia nell'ambito del demanio marittimo*, « Giust. civ. », 1963, II, 103-108.

via amministrativa, sotto il profilo del bene su cui insiste la costruzione. Può non esservi demanio ma costruzione della pubblica amministrazione e vi è tutela da parte del ministero dei lavori pubblici. Può esservi demanio ma non costruzione della pubblica amministrazione ed esservi tutela da parte del comune.

Vero è che la tutela di cui alla legge urbanistica, art. 42, non ha riguardo all'integrità del bene (cioè non ha riguardo alla natura del suolo) ma alla rispondenza delle *costruzioni* all'interesse pubblico (ciò che è ulteriormente provato dal recente orientamento giurisprudenziale per il quale si debbono ritenere sottratte alla tutela del sindaco le opere necessarie al raggiungimento del fine specifico che è fondamento della demanialità e attribuite invece ad essa quelle mediante le quali il concessionario svolge un'attività simile all'attività edilizia su suolo privato). Sotto questo profilo, la titolarità della tutela segue quella della proprietà se si tratti di costruzione eseguita da amministrazione pubblica. Ma, innanzitutto, il sindaco ha potestà di tutela amministrativa su beni privati. E, in secondo luogo, il ministero dei lavori pubblici ha potestà di tutela amministrativa indipendentemente dalla natura demaniale delle costruzioni (che, anzi, apparterranno in prevalenza al patrimonio indisponibile) (35).

(35) L'ipotesi di edifici costruiti da concessionari di servizi su zone demaniali segue quella di edifici pubblici (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Disciplina*, cit., 78; S. CASSARINO, *nota cit.*, 1406).

Si veda anche Cons. Giust. amm. Reg. sic., 12 dicembre 1959, n. 584, « Cons. Stato », 1959, I, 1798-1799: è illegittimo l'ordine del sindaco di demolizione di un'opera eseguita su terreno del demanio marittimo, in base a concessione accordata dall'autorità statale. È lo Stato a disporre dei beni demaniali e il Comune non può imporre, su detti beni, il rispetto di quelle particolari norme del regolamento edilizio che concernono la licenza di costruzione, le distanze ecc.

È necessario peraltro svolgere alcune altre osservazioni sul tema della potestà dell'ente locale in materia di demanio e in particolare di demanio marittimo. Infatti, anche se la discussione della dottrina e la gran quantità di sentenze in questa materia non toccano direttamente il tema della autotutela ma piuttosto i poteri di disciplina in generale e in particolare la potestà di autorizzazione, purtuttavia è evidente che questi problemi non possono essere considerati completamente separati da quello della potestà di tutela amministrativa e della sua spettanza, specialmente se si considera che uno dei pre-

Così come si è visto illustrando gli articoli 29 e 32 della legge urbanistica, anche per le riduzioni in pristino attinenti sempre e sol-

supposti per la diffida è l'inizio dei lavori senza licenza. Questa osservazione serve altresì a far comprendere che il tema discusso dalla dottrina e dalla giurisprudenza non interessa qui nella sua integralità bensì solo per alcuni aspetti. Detto ciò, val forse la pena di ripercorrere più attentamente le linee seguite dalla giurisprudenza, che ha visto un contrasto tra Consiglio di Stato e Corte suprema, poi appianato. Come si è rilevato, in un primo momento, il Consiglio di Stato ha affermato la competenza esclusiva dell'autorità marittima. È vero che in un caso (Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 1958, n. 925, « Foro amm. », 1958, I, 2, 761-764) l'affermazione era immotivata, ma in tal caso la mancanza di qualunque dimostrazione della tesi era forse giustificata dalla circostanza che vi era stata costruzione senza licenza. In altro caso (Cons. Stato, Sez. V, 23 settembre 1961, cit.) vi era breve motivazione, ma il caso si riferiva solo alla potestà autorizzatoria. Più direttamente attinente alla materia nostra invece la pronuncia del Cons. giust. amm. Reg. sic. del 15 giugno 1962, n. 261, « Cons. Stato », 1962, I, 1326-1327 che fa riferimento, attribuendola sempre alla sola autorità amministrativa, alla potestà di polizia: essa afferma che « l'intervento di agenti comunali di polizia edilizia in zone del demanio marittimo non è compatibile con i poteri di polizia che in quelle zone spettano solo allo Stato, ed è illegittimo » (sulla prima di queste tre sentenze, scelte tra quelle che sono apparse le più significative ad indicare l'orientamento della giurisprudenza, si veda G. CELLERINO, *Problemi attuali*, cit., 265).

Il Consiglio di Stato cambiava avviso con la decisione dell'Ad. plen. 1 febbraio 1963, n. 1, pubblicata in « Riv. dir. nav. », 1964, II, 71 ss. con nota di D. GAETA, *Disciplina edilizia nell'ambito del demanio marittimo* e in « Foro amm. », 1963, I, 267 ss. con nota di G. Bozzi, *Sulla competenza all'esercizio del potere di disciplina urbanistica da parte dello Stato e dei comuni in zone di demanio marittimo*; tale decisione era seguita da una della IV Sez., 21 febbraio 1964, n. 73, « Foro amm. », 1964, I, 2, 149. Con questo nuovo orientamento il Consiglio di Stato riteneva non potesse sfuggire alla disciplina urbanistica del comune l'attività svolta da privati in concessione là dove la costruzione non potesse considerarsi mezzo necessario al raggiungimento dello specifico fine che è fondamento della demanialità. Vi era — secondo la sentenza citata della Adunanza plenaria — competenza esclusiva dell'autorità marittima quando, invece, la costruzione fosse compiuta da privati ma nel perseguimento di un fine pubblico non diverso da quello che dette origine alla creazione del bene demaniale. Come si vede, qui il criterio non era neppure quello della natura del soggetto, bensì quello della natura della funzione svolta. Questo criterio fu criticato dalla Cass. Sez. un., 18 febbraio 1965, n. 274, « Foro amm. », 1965, I, 1, 198-204 che affermò (203) che esso non è indicato da nessuna legge; le norme — si disse — « non distinguono le concessioni di utilizzazione dei beni demaniali marittimi a seconda del loro oggetto o della persona del concessionario, attribuendo ogni potere ad esse relativo all'amministrazione marittima » (in questo senso il ragionamento della Cassazione sembra seguire alcune delle critiche svolte dal Gaeta, nella nota citata, alla

tanto ai beni demaniali, non sempre vi è corrispondenza tra soggetto proprietario e soggetto legittimato ad agire a mezzo di autotutela decisoria.

decisione del 1963 del Consiglio di Stato, non diversamente da come questa ultima seguiva la linea di distinzione avanzata dallo Spagnuolo Vigorita e dal Cassarino negli scritti sopra citati).

La giurisprudenza non si è fermata qui: si è proposta successivamente la questione del regime da applicarsi alle costruzioni nella zona prossima al demanio, zona sottoposta a necessaria preventiva autorizzazione da parte dell'autorità marittima. Il Cons. di St. Ad. plen., 30 ottobre 1965, n. 23, « Giust. civ. », 1966, II, 87-91 con nota di G. RUOPPOLO, *Costruzioni nell'ambito del demanio marittimo e licenza edilizia*, seguito questa volta da Cass., Sez. un., 2 agosto 1966, n. 2145, « Foro it. », 1966, I, 1485-1489, ha affermato: « anche se nel regime della concessione può essere ritenuta possibile la concentrazione delle valutazioni degli interessi pubblici presso l'autorità amministrativa concedente, la quale in definitiva è titolare del bene, non altrettanto può affermarsi laddove l'amministrazione si limiti ad una mera valutazione eventualmente repressiva di attività private ». Ma non può non esser notato che, mentre il Consiglio di Stato cerca di motivare su una base più generale l'assunto (ammissibilità dell'intervento del sindaco se si tratta di costruzione sottoposta a sola autorizzazione dell'autorità marittima, non ammissibilità se si tratta di concessione da parte di autorità marittima) la Cassazione cerca di motivare facendo riferimento alla norma espressa del quarto comma dell'art. 55 cod. nav., conseguentemente al suo orientamento maggiormente legato alla stretta esegesi della legge, cioè come aveva già fatto giungendo ad opinione opposta a proposito di costruzione entro la zona demaniale.

Per chiudere, non sembra inopportuno un rilievo di carattere più generale e che più strettamente attiene a quanto qui interessa. Questi diversi orientamenti circa l'autorità competente a provvedere in sede di autotutela e le discussioni relative dovrebbero indurre a molta cautela per ciò che riguarda la ammissione di mezzi di tutela amministrativa. Si può forse pensare che, una volta, l'affermazione che di autotutela l'amministrazione è dotata in ogni momento — l'affermazione cioè che la tutela amministrativa non necessita di apposita autorizzazione legislativa ed è capacità generale dell'amministrazione — era legata alla sicura identificazione dell'autorità legittimata a procedere in via di tutela amministrativa. Oggi non sembra che questo carattere, della sicurezza della identificazione, ricorre più: e ciò succede perchè, mentre una volta, forse, il numero delle autorità che potevano ricorrere ad autotutela era ristretto, oggi ciò non accade essendosi allargato il numero di tali organi. Più organi dotati di legittimazione ad autotutela e mancanza di sicurezza nella loro identificazione dovrebbero davvero indurre alla massima cautela nell'affermazione della spettanza del potere di cui si discute alla pubblica amministrazione.

In tempi recenti, la controversia di cui si è fatto cenno (e sulla quale altre indicazioni in D. GAETA, *Il demanio marittimo*, Milano, 1965 (ed. provv.),

In linea generale, l'autorità che può procedere è il prefetto (36);

(113 ss.) è stata risolta legislativamente, per alcuni aspetti, dai commi 2 e 3 dell'art. 10 della legge 6 agosto 1967, n. 765, cosiddetta legge ponte urbanistica, che dispone « per le opere da eseguire su terreni demaniali, compreso il demanio marittimo, ad eccezione delle opere destinate alla difesa nazionale, compete all'amministrazione dei lavori pubblici, d'intesa colle amministrazioni interessate e sentito il comune, accertare che le opere stesse non siano in contrasto con le prescrizioni del piano regolatore o del regolamento edilizio vigente nel territorio comunale in cui esse ricadono. Per le opere da costruirsi da privati su aree demaniali deve essere richiesta sempre la licenza del sindaco » (si veda G. D'ANGELO, *La « piccola riforma » della legge urbanistica*, « Riv. giur. edilizia », 1967, gennaio-febbraio, 26-41 e spec. 39-41) e *Le modifiche della legge urbanistica approvate dalla Camera dei Deputati*, ivi, maggio-giugno, spec. 254-256; in particolare, A. MASUCCI, *In margine all'art. 10 della « legge-ponte » urbanistica*, ivi, novembre-dicembre, 417-420 (che afferma esser l'ente locale titolare del potere repressivo nei confronti delle costruzioni autorizzate dal sindaco).

Per completare l'indicazione della bibliografia sul tema, vanno segnalati i contributi di F. GULLO, *Opere delle amministrazioni statali e disciplina edilizia comunale e Disciplina comunale e vigilanza del ministero ll.pp. sulle costruzioni statali*, « Riv. giur. edilizia », 1967, marzo-aprile, 124-128 e maggio-giugno, 239-246 (scritti peraltro precedentemente alla legge-ponte) e di M. ANNUNZIATA, *Vecchia e nuova disciplina delle costruzioni nell'ambito del demanio marittimo*, ivi, luglio-ottobre, 365-367 (che tratta dell'azione esperibile dal concessionario per la tutela del diritto soggettivo leso per effetto dell'ordine di demolizione e della diffida a demolire emessi dal sindaco).

Nel senso che l'art. 10 della legge ponte urbanistica non ha carattere interpretativo della precedente normativa, ma ha carattere innovativo (e quindi nel senso che solo a partire dalla nuova legge l'ente locale ha un potere concorrente in ordine al demanio marittimo), Cass., sez. un., 12 dicembre 1967, n. 2926, « Foro amm. », 1968, I, 1, 215.

Due casi recenti simili, trattandosi dell'esercizio di autotutela sui beni pubblici da parte di autorità pubbliche diverse da quelle alle quali spetta l'amministrazione del bene, sono stati decisi con Cons. St., Sez. IV, 7 giugno 1967, n. 215, « Foro amm. », 1967, I, 2, 792 (che afferma che il provvedimento che ordina la demolizione di opere costruite su area del demanio marittimo sottoposta a vincolo panoramico, ai sensi della legge del 1939, è legittimamente adottato dal ministro per la pubblica istruzione, senza che al riguardo occorra il concerto con il ministero per la marina mercantile) e con Cass. II, 21 ottobre 1967, n. 2603, « Foro amm. », 1968, I, 1, 125 (per cui le opere effettuate nell'alveo dei torrenti, dei rivi, degli scolatoi pubblici e dei canali di proprietà demaniale, sono sottratte al potere di polizia del sindaco, la tutela dei beni del demanio idrico spettando al ministero dei lavori pubblici, al prefetto ed al magistrato delle acque).

(36) Cons. St., Sez. V, 26 settembre 1964, n. 1134, « Cons. Stato », 1964, I, 1509 (solo massima): a norma dell'art. 20 r.d. 8 dicembre 1933,

la competenza di questo organo è stata deferita in alcuni casi ad altri organi: ad esempio, all'ingegnere capo del genio civile per ciò che riguarda le strade (art. 1, r.d. 19 novembre 1921, 1688 e 221 t.u. acque e imp. elettr.: in materia di polizia delle acque le attribuzioni del prefetto sono passate all'ingegnere capo del genio civile); in altri casi, è previsto il concerto tra organi interessati (37). Il sindaco è, invece, competente quando si tratti di strade nell'interno dell'abitato o di opere pubbliche dei comuni (38).

E) La giurisprudenza e la dottrina hanno affermato che l'ordine di riduzione in pristino sostituisce le azioni possessorie (39), che quello può ad esse essere assimilato (40) o che costituisce una tutela possessoria *juris publici* (41).

n. 1740, nel caso di esecuzione d'ufficio di lavori relativi alla tutela delle strade e della circolazione, spetta al prefetto e non al sindaco, sentiti i competenti organi tecnici, ordinare la riduzione delle cose in pristino e adottare tutti gli altri provvedimenti necessari determinando le opere da eseguirsi.

(37) Cons. St., Sez. VI, 6 giugno 1962, n. 468, « Cons. Stato », 1962, I, 1253-1254, sull'art. 13 l. 29 giugno 1939, n. 1497, protez. bellezze naturali: quando riguardino beni del demanio pubblico marittimo, i provvedimenti devono adottarsi di concerto col Ministro della marina mercantile (nella specie si trattava di ordine di sospensione della costruzione e di provvedimento che disponeva la demolizione).

(38) G.P.A. Bergamo, 14 dicembre 1960, « Corti Brescia, Venezia e Trieste », 1961, 543-546.

(39) La riduzione in pristino, come mezzo di tutela amministrativa, sostituisce con vantaggio l'azione di manutenzione (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 424 seguito da S. SPADACCINI, *L'ordine di riduzione in pristino a tutela delle strade pubbliche*, « Corr. amm. », 1956, 2322).

(40) Cons. St., 18 ottobre 1935, n. 859 (non pubblicata): la procedura *ex* 378 può essere assimilata ad una azione per turbativa di possesso ma senza termini di tempo e di estensione derivanti dall'analogia.

(41) Cons. St., Sez. V, 25 ottobre 1957, n. 862, « Cons. Stato », 1957, I, 1277 (solo massima): « l'esercizio del potere d'intervento per la riduzione in pristino, quando si tratti di strade situate nell'interno dell'abitato, compete al sindaco, il quale esercita in materia una specie di tutela possessoria *juris publici*, senza che abbia l'obbligo di accertare in via giudiziale la natura e la qualifica giuridica della strada arbitrariamente manomessa ». Così anche Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 1964, n. 1, « Riv. giur. edilizia », 1964, I, 257 e « Cons. Stato », 1964, I, 46-48: l'ordine *ex* 378 legge sui lavori pubblici è atto di autotutela corrispondente alla tutela possessoria che il pretore può accordare nell'ambito del diritto privato; come tale interinale e destinata a cedere in sede di tutela

Si è detto, infatti, che l'ordine di riduzione in pristino presuppone solo un'alterazione delle cose (42) o — secondo altri — una mera innovazione dello stato possessorio (43) mentre è indifferente la ricerca dell'appartenenza del bene (44) (anche se altre volte la giurisprudenza

reale; prescinde dalle questioni relative alla proprietà dell'area ed ha riguardo unicamente all'alterazione dello stato di fatto, alterazione che, per l'appunto tende ad eliminare.

(42) Cons. St., Sez. V, 30 novembre 1951, n. 1507, « Racc. Compl. Cons. Stato », 1951, 1412 e « Foro amm. », 1952, I, 2, 66-67: la riduzione in pristino è accordata dalla legge alla pubblica amministrazione contro la turbativa dello stato di fatto dei suoi beni.

Le ordinanze *ex art. 378 l.* sui lavori pubblici, analogamente a quanto avviene per le azioni possessorie, hanno lo scopo di far cessare, nel pubblico interesse, la turbativa di una precedente situazione di fatto, indipendentemente da qualsiasi indagine su diritti di proprietà che venissero eventualmente accampati (Cons. St., Sez. V, 29 novembre 1930, « Foro it. », 1931, III, 1-4; Cons. St., Sez. V, 10 dicembre 1965, n. 1096 « Foro it. », 1966, III, 75); Cons. St., V, 10 dicembre 1960, n. 846, « Foro amm. », 1961, I, 249 e « Cons. Stato », 1960, I, 2278-2280: l'esercizio del potere *ex art. 378* lascia impregiudicata ogni questione relativa ad eventuali diritti soggettivi spettanti al contravventore, ma presuppone sempre un'alterazione dello stato delle cose che formano oggetto della tutela amministrativa; pertanto è illegittima l'ordinanza sindacale fondata su presupposti di fatto risultati inesistenti.

Cons. St., Sez. V, 6 marzo 1964, n. 328, « Foro amm. », 1964, I, 2, 331: l'art. 378 conferisce al prefetto o al sindaco un potere di impero per la tutela dello stato di fatto delle strade pubbliche che risultino alterate dalle persone; il ripristino dello stato di fatto viene attuato in via amministrativa nell'interesse della pubblica viabilità, senza pregiudizio di diritti soggettivi da far valere avanti l'autorità giudiziaria ordinaria.

Cons. St., Sez. V, 13 maggio 1937, n. 687, « Foro amm. », 1937, I, 2, 240: l'ordinanza *ex art. 378* tende alla tutela dello stato di fatto, lasciando impregiudicata ogni questione su eventuali diritti di proprietà della strada; questi diritti possono formare solo oggetto di giudizio petitorio dinanzi al magistrato ordinario.

(43) La tesi per la quale l'art. 378 della legge sui lavori pubblici (e le disposizioni da esso derivate) trovano applicazione non soltanto allorchè si sia verificata una qualche innovazione materiale dello stato delle cose, ma anche qualora si sia verificata una semplice innovazione dello stato possessorio, ha trovato adesione in dottrina (A. M. SANDULLI, *Note cit.*, 841; in giurisprudenza Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 1964, n. 1, « Cons. Stato », 1964, I, 46).

(44) Di più, è stato affermato che è del tutto indifferente la ricerca sulla appartenenza del bene, poichè, anche ammesso che questo fosse di proprietà privata, non ne rimarrebbe ostacolato l'esercizio delle facoltà concesse all'autorità amministrativa a tutela del pubblico interesse (Cons. St., Sez. V, 18 aprile 1931, « Foro it. », 1931, III, 179; nello stesso senso Cons. St., Sez. V, 24 no-

ha affermato esser l'ordine legittimamente emanato solo quando vi siano prove, sia pure presuntive, del carattere pubblico del bene (45)), e la sussistenza, per la persona cui l'ordine è diretto, di un diritto soggettivo perfetto ad alterare lo stato di fatto esistente o del suo diritto a non essere ritenuta responsabile dell'alterazione (46).

Da quanto si è detto, si evince che il ricorso alla tutela amministrativa per dimostrare che la proprietà è pubblica è impreciso: essendo la tutela amministrativa tutela possessoria, essa non andrebbe riferita alla proprietà ma dovrebbe piuttosto esser riferita al possesso per qualificarlo pubblico (47). E, se si opponesse che pur sempre uno stru-

vembre 1937, n. 1356, « Foro amm. », 1937, 108 e Cons. St., Sez. V, 31 gennaio 1964, n. 147 « Foro it. », 1964, III, 164).

Si veda anche A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 414-415 e 421 in nota.

(45) Cons. St., Sez. V, 13 luglio 1938, n. 610, « Foro amm. », 1938, I, 2, 297 e « Il Cons. Stato nel quinquennio 1936-1940 », vol. II, 330 ss.: è da dichiarare illegittima una ordinanza podestarile di ripristino di una strada, ritenuta vicinale, emessa in base all'art. 378 quando, pur sussistendo la iscrizione della detta strada fra quelle vicinali, il detto elenco non sia stato approvato e risultino vari elementi in contrasto con la natura vicinale della strada medesima.

Cons. St., Sez. V, 20 settembre 1938, n. 722, « Il Cons. Stato nel quinquennio 1936-1940 », II, 330 ss. e « Foro amm. », 1938, I, 2, 318: è illegittima l'ordinanza podestarile ex 378 che, nonostante la natura incerta di un vicolo adiacente a strada pubblica e la pendenza su tale oggetto di giudizio petitorio, ordini il ripristino del detto vicolo all'uso pubblico.

Cons. St., Sez. V, 11 novembre 1949, n. 959, « Il Cons. Stato nel quadr. 1947-50 », vol. II, 363 e « Foro amm. », 1950, I, 2, 120: è illegittima, per erroneità di presupposto, un'ordinanza di un sindaco che imponeva la rimozione di opere che si pretendevano costruite su una strada comunale, mentre le opere stesse interessavano un viottolo di natura privata.

Cons. St., Sez. V, 21 febbraio 1951, n. 81, « Racc. Compl. Cons. Stato », 1951, 128 e « Foro amm. », 1951, I, 2, 153: è illegittima una ordinanza sindacale comportante il divieto di chiusura di una strada, adottata nonostante la totale mancanza di prove, sia pure presuntiva, in ordine al carattere pubblico della strada stessa.

(46) Cons. St., Sez. V, 24 febbraio 1950, n. 235, « Cons. Stato », 1950, 419.

(47) Anche la giurisprudenza segue talvolta la strada indicata dalla dottrina e afferma che l'art. 823 regola, accanto all'ordinaria tutela giurisdizionale, null'altro che i poteri di polizia demaniale, cioè l'attività che l'amministrazione può svolgere per garantire la integrità materiale dei beni e *il diritto di proprietà pubblica su di essi*, con la possibilità di accertare mediante verbale

mento possessorio può mirare a tutelare il proprietario, ben potrebbe opporsi che — per le tesi dominanti — è proprio ciò che non avviene poichè l'ente pubblico — che si dice proprietario — tutela beni che altri usano. E quindi ne verrebbe un'ulteriore conferma della tesi che i beni in uso collettivo sono, in realtà, in proprietà collettiva.

Ma il dubbio va portato oltre. Non solo, infatti, l'ordine di riduzione in pristino non è un rimedio petitorio ma semmai possessorio; ma, anzi, l'ordine di riduzione in pristino non ha connessione alcuna con alcun diritto reale. E, infatti, noi abbiamo visto che esso non è sempre concesso nei riguardi dei beni di cui l'ente pubblico è proprietario mentre, al contrario, è concesso talvolta nei riguardi di beni che sono sicuramente di proprietà privata. Ed abbiamo visto che, nei confronti dei beni pubblici nei riguardi dei quali è concesso, l'esperibilità è attribuita talora all'ente pubblico proprietario talora all'ente pubblico gestore di beni collettivi, talora, infine, a enti pubblici che non sono nè proprietari nè gestori necessari di beni collettivi. L'ordine di riduzione in pristino non è, quindi, giuridicamente, nè un mezzo petitorio nè un mezzo possessorio nè un mezzo cautelare per il semplice fatto che esso non è necessariamente riferito a beni pubblici ed, anzi, non è necessariamente riferito a beni. E infatti, come può qualificarsi esso rimedio possessorio o petitorio quando si riferisce a beni privati? Rispetto ad essi, lo Stato non è nè proprietario nè possessore nè detentore: con essi lo Stato sta in una relazione diversa da quella che intercorre tra un soggetto e un bene e che si colloca tra i diritti reali.

Chiarito ciò, niente esclude che l'ordine di riduzione in pristino possa esser definito un rimedio di tipo possessorio purchè sia chiaro che — così dicendo — si opera una classificazione di comodo, che non attiene alla natura giuridica del mezzo (che abbiamo visto essere indipendente da ogni situazione di diritto reale) ma descrive la funzione che esso svolge quando abbia ad esercitarsi su beni della pub-

di contravvenzione qualunque arbitraria occupazione o modificazione, e di farla cessare con ordine immediatamente esecutorio (App. Bologna, I, 28 marzo 1961, « Foro pad. », 1961, I, 1043).

blica amministrazione (e su tutti i tipi di beni della pubblica amministrazione e non solo su quelli cosiddetti demaniali perchè, quando previsto dalle leggi, non si può dire che l'ordine operi per un tipo di beni in maniera diversa che per un altro).

2. *A)* L'ordine di esecuzione d'ufficio (al quale ci si riferisce con i termini di esecuzione in via di sostitutivo, esecuzione forzata amministrativa, esecuzione diretta reale in via immediata, autotutela esecutiva, esecuzione in danno) (1) si ha quando, decorso inutilmente il termine fissato nella minaccia di esecuzione d'ufficio, l'autorità impartisce ai suoi dipendenti o a terzi l'ordine di effettuare essi i lavori in luogo del contravventore. Da questo momento — si è detto — ha inizio l'« esecuzione forzata amministrativa » (2).

Il termine di « esecuzione forzata amministrativa » può però indurre in inganno. Qui carattere essenziale è l'esistenza di un conflitto (3), non l'uso della forza, che è meramente eventuale. Nella maggior parte dei casi, le norme dispongono che, quando gli interessati non adempiano, la pubblica amministrazione esegue d'ufficio. In tal caso legittima l'esercizio del potere di esecuzione il mero fatto dell'inottemperanza del privato.

In altri casi l'esecuzione d'ufficio è legittimata o dall'inottemperanza del privato nel termine prefisso o dall'urgenza: art. 74 cod. nav.: riparazione dei danni ad opere ed impianti portuali; art. 221 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 t.u., sulle acque e sugli impianti elettrici: per tutte le contravvenzioni alla legge che alterino lo stato delle cose; art. 729 cod. nav.: rimozione di relitti di aeromobile in un aerodromo; art. 15 d.l.lgt. 1 settembre 1918, n. 1446, sulle strade vicinali soggette

(1) F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555-556; M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni*, cit., 81.

(2) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 186, n. 2.

(3) Presupposto dell'autotutela esecutiva è che l'attuazione materiale avvenga sulla base di un conflitto e quindi « contro la volontà dell'interessato, si esprima essa in un comportamento attivo ovvero soltanto passivo » (F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 553). Anche se l'interessato opponga una resistenza meramente passiva, si ha autotutela esecutiva senza che vi sia uso della forza (F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 553).

ad uso pubblico, per rimozione di impedimenti all'uso (per le strade non soggette ad uso pubblico il sindaco può solo provvedere quando ne sia richiesto e può autorizzare il consorzio ad eseguire i lavori di ripristino anche in pendenza di ricorsi).

Più complesso il caso disciplinato dall'art. 20 r.d. 8 dicembre 1933 n. 1740, sulla tutela delle strade e per la circolazione, dove è previsto che si faccia luogo all'esecuzione d'ufficio in caso di inottemperanza, nei casi di urgenza e anche se il contravventore non sia conosciuto. Per tale norma, inoltre, l'esecuzione d'ufficio è fatta dall'autorità competente secondo le disposizioni in vigore. Per tutti gli effetti di legge, è intimata al contravventore copia del verbale dell'avvenuta esecuzione e del decreto che la ordinava, se non gli fosse stato prima intimato.

Nell'ipotesi di urgenza e in quella in cui il contravventore sia sconosciuto, non si può dire che vi sia conflitto nel senso di mancanza di assenso (4) perchè il privato in ambedue i casi non è stato neppure in grado di manifestare il proprio assenso (5). Ma in queste due ipotesi, anche se non vi è conflitto nel senso che — per l'urgenza o la materiale inidentificabilità del privato — non vi è un procedimento di autotutela decisoria che accerti l'inosservanza e ordini il ripristino, è tuttavia necessario un presupposto (a non voler menzionare l'urgenza e l'inidentificabilità del contravventore che si presentano anch'essi come evenienze legittimanti l'ordine di eseguire): l'esistenza di una difformità tra lo stato di fatto e le norme. Tale difformità dovrà essere oggetto dell'istruzione del procedimento di autotutela esecutiva nei casi di cui parliamo, che così si distinguono dalle ipotesi normali in cui l'ordine di eseguire sia preceduto dall'ordine di ridurre in pristino

(4) Con questo termine si esprime M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, « Enc. dir. », 188 pur senza parlare di conflitto.

(5) L'esecuzione materiale diretta a rigore non costituisce sempre esecuzione forzata perchè questa ha per presupposto un conflitto tra la volontà dell'ente che vanta la pretesa e la volontà del preteso obbligato, mentre in casi di urgenza possono essere presi provvedimenti senza che l'obbligato sia stato posto in condizione di compierli egli stesso o di rifiutarsi di compierli (A. DE VALLES, *La validità*, cit., 367).

per il fatto che in queste andrà accertato il *perdurare della difformità* nonostante l'ordine, mentre, nei casi di urgenza e in quelli nei quali sia sconosciuto il contravventore, andrà accertata la mera difformità.

B) Dobbiamo ora affrontare il problema del fondamento dell'autotutela esecutiva per accertare se essa sia oppur no un principio generale o capacità generale dell'amministrazione pubblica. Cominciamo col ricordare che secondo alcuni (6) l'esecuzione d'ufficio si deve ritenere istituto di ordine generale, applicabile, sempre che ne ricorrano i presupposti, anche nel silenzio della legge (7). In tal modo la pubblica amministrazione — si è detto — si garantisce l'effettivo esercizio dei propri diritti in tutti i casi in cui ciò è necessario, indipendentemente dal fatto che la legge le abbia o no confermato in qualche caso specifico la facoltà di agire in esecuzione (8).

Bisogna peraltro distinguere: in passato si è detto sia che l'esecutorietà è principio generale sia che è principio generale l'esecuzione forzata in senso stretto (9). Bisogna però por mente al fatto che solo di recente si è correttamente distinto autotutela decisoria da autotutela esecutiva (10). A noi interessa qui discutere solo di quest'ultima.

(6) G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 298.

(7) Che la c.d. esecuzione forzata diretta trovi applicazione anche senza che la legge l'autorizzi espressamente, è affermazione costante nella meno recente dottrina (oltre agli autori citati nelle note che seguono, O. RANELLETTI, *La polizia*, cit., 393).

(8) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 147; *Fondamento*, cit., 117; O. RANELLETTI, *Teoria*, cit., 127 e *La polizia*, cit., 388-394-396.

(9) Esecutorietà è intesa nel senso comprensivo, includendovi cioè l'autotutela decisoria e quella esecutiva e quindi come sostituzione della giurisdizione *a posteriori* alla giurisdizione *a priori*, riguardo all'accertamento dell'atto; soppressione dell'esercizio, in ordine all'atto, di talune facoltà normalmente proprie dell'autorità giudiziaria; ammissione di più specie di esecuzione coattiva da parte dell'amministrazione, con esclusione dell'autorità giudiziaria (così indicati da U. BORSI, *Le funzioni*, cit., 40). Insomma, esecutorietà è generalmente intesa come deviazione dai principî del diritto comune nel senso che sia la cognizione, sia l'esecuzione avvengono senza ricorso al giudice (si veda anche U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 50-52 e 139-140; con maggiore precisione, F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 97 e *L'esecuzione*, cit., 13-14).

(10) La distinzione è chiara in F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit.; precedentemente si affermava esser l'esecuzione forzata un procedimento per la

Questa precisazione serve a porre in chiaro che i medesimi principi sono stati in passato adottati a giustificare l'attribuzione all'amministrazione sia di autotutela decisoria sia di autotutela esecutiva (così è per il principio della sovranità dell'esecutivo) (11).

Precisato ciò, prima di andar oltre, occorre mettere in luce alcune incongruità, che derivano dall'affermazione che l'autotutela esecutiva è un principio generale, in ordine alla tesi della proprietà pubblica come proprietà dotata di tutela amministrativa e per ciò distinta sia dalla proprietà privata di privati sia dalla proprietà privata della pubblica amministrazione.

L'affermazione del carattere generale dell'autotutela è per noi importante perchè se si riesce a dimostrare che l'autotutela esecutiva è un principio generale, che non abbisogna di esser espressamente menzionato nella legge, si raggiunge lo scopo di affermare che, in ordine ai propri beni, la pubblica amministrazione sia sempre dotata di autotutela, ciò che fa concludere alcuni — come si è visto — per la natura pubblica della proprietà dell'ente pubblico.

Ma l'affermazione del carattere generale dell'autotutela esecutiva prova troppo sia perchè, in questi termini, essa non riguarderebbe solo i beni ma tutti i rapporti dell'ente pubblico; sia perchè — e ciò è più importante qui — in ordine alla proprietà, ne conseguirebbe che *tutti* i beni dei pubblici poteri — e non il solo demanio — sono tutelati in via amministrativa.

Per risolvere questo tipo di problemi, la meno recente dottrina affermò che bisogna distinguere attività pubblica da attività privata della pubblica amministrazione e che l'attività privata segue la regola della verifica giudiziale delle pretese (12).

realizzazione dell'atto e l'esecutorietà un carattere dell'atto: U. BORSI, *Fondamento*, cit., 110.

(11) Non interessa qui il problema: se possa darsi autotutela — non esecutiva — non prevista espressamente dalla legge. Basti accennare che non pare che per l'autotutela decisoria sussistano i motivi — che esporremo più avanti nel testo — che inducono a ritenere l'autotutela esecutiva capacità eccezionale dell'ente pubblico.

(12) Sono esecutori gli atti d'impero, mentre non lo sono gli atti di gestione e quelli meramente civili: le persone amministrative, ponendo in es-

Ma, così facendo, si negava la validità della ipotesi che si voleva dimostrare. Se si definisce pubblica la proprietà in ordine alla quale il proprietario ha autotutela esecutiva, si assume come criterio di identificazione della pubblicità l'autotutela esecutiva. Se poi bisogna distinguere una attività privata da una pubblica per affermare che in ordine alla prima non vi è autotutela esecutiva mentre in ordine alla seconda c'è, l'autotutela esecutiva non è più una costante che permette di identificare la natura pubblica o privata della proprietà perchè anch'essa è subordinata, per l'esistenza, a un altro criterio. Ma questo criterio è proprio quello che doveva risultare chiarito dall'assunzione della autotutela esecutiva come criterio costante di discriminazione. E quindi la definizione della pubblicità non viene fuori da nessuna parte perchè è assunta come conseguenziale di un elemento che è a sua volta definibile solo una volta che sia chiarita qual'è l'attività pubblica.

D'altra parte, anche l'affermazione che di autotutela esecutiva sono dotate le sole pretese (13) di diritto pubblico è discussa e già

sere atti di questa specie, rinunziano a far uso dell'*imperium*. Se l'esecuzione forzata in via amministrativa trova il suo fondamento giuridico nell'indole del potere di cui è investita l'amministrazione, potrà aver luogo solo quando l'amministrazione non espliciti il suo *imperium*. Quando essa svolge attività privata, in effetti non ha motivo di ricorrere all'esecutorietà, che sarebbe superflua (U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 53-54 e 69-74 ma si veda anche p. 57, dove contraddice le affermazioni fatte prima; *Fondamento*, cit., 122-123; *Le funzioni*, cit., 36-37 e 239; nello stesso senso, A. DE VALLES, *La validità*, cit., 359-360; A. M. SANDULLI, *Note cit.*, 822).

(13) Mentre in un primo momento la dottrina ha riferito l'esecutorietà agli atti (si veda, specialmente, U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 6-11, 19 e 87; *Fondamento*, cit., 109-110; si veda anche *Le funzioni*, cit., 36-37 e 243-244 dove la tesi è ribadita, in polemica col Cammeo, affermandosi buona l'una e l'altra affermazione e legittimo lo studio della esecutorietà dei soli atti amministrativi e quindi delle sole pretese emergenti da dichiarazioni di volontà: il Borsi non capì che il rilievo di Cammeo non era meramente classificatorio ma atteneva alla definizione stessa di esecutorietà) in un secondo momento (e ben presto) è divenuta prevalente la tesi che la esecutorietà si riferisce alle pretese potendo darsi esecuzione non riferibile ad una manifestazione di volontà. Il ricercare per forza in ogni caso un atto nel senso di una dichiarazione di volontà espressa, scritta e suscettibile di esser comunicata, a cui riferire la nozione di esecutorietà, conduce a considerare il procedimento coattivo come l'esecuzione di ingiunzioni o comminatorie che non sono il *titolo* della pretesa ma una pura formalità procedurale: il che è errato come credere che la

in passato si è sostenuto che vi sono rapporti e pretese di diritto privato (14) che danno luogo allo stesso privilegio dell'esecutorietà per espressa disposizione di legge (diritti privati aventi per oggetto il pagamento di una somma di denaro, pretese che nascono da contratti di somministrazione e di appalto, che ricevono esecutorietà in virtù dell'art. 7 della legge sul contenzioso amm.) giungendosi alla conclusione

espropriazione forzata è esecuzione del precetto (F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 689-690; così anche E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 239-240, che però intende pretesa in senso processuale).

Vi è poi chi ha distinto, affermando che talora l'esecutorietà della pretesa passa in secondo piano, compresa nell'esecutorietà dell'atto: « perchè infatti sia possibile la esecuzione, non è sufficiente l'esecutorietà della pretesa, dato che questa si concreta in un atto, che deve, a sua volta, essere esecutorio »; altra volta, invece, la pretesa si esegue direttamente senza tradursi in un preventivo atto (esecuzione immediata d'ufficio *ex* 378); qui non c'è l'ordine diretto al terzo. In questi casi la pretesa sorge spesso in seguito alla violazione compiuta dal cittadino di una norma obbligatoria che sostituirebbe, in certo qual modo, l'atto preventivo (G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, 87-88).

Di recente, si è detto che esecutorietà è « aspetto essenziale del potere di supremazia appartenente alla pubblica amministrazione », non « qualità degli atti » ma « manifestazione di uno specifico potere » (E. CAPACCIOLI, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, Padova, 1956, 91-95) o che autotutela è una « capacità » (F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 537 e *Appunti*, cit., 156, dove afferma che la presunzione di legittimità e l'esecutorietà « non sono... qualità dell'atto ma solamente attributi che gli derivano di riflesso per effetto della capacità che è riconosciuta alla pubblica amministrazione di realizzare il precetto che essa ha reso concreto nel proprio atto, senza una previa pronuncia sanzionatoria »).

Per C. CARBONE (*Esecuzione*, cit., 413-414) da una parte si perviene ad identici risultati sia che si consideri esecutorio l'atto sia che si assuma come esecutoria la pretesa fatta valere col comportamento; dall'altra, il fatto che la pretesa venga attuata nel momento in cui si manifesta il comportamento dell'amministrazione non significa che l'esecutorietà riguardi la pretesa: « il comportamento della pubblica amministrazione si pone nel nostro ordinamento giuridico sullo stesso piano dell'atto amministrativo, costituendo in definitiva la risultante di una pretesa che si vuol conseguire ».

(14) Basti citare l'opinione di C. VITTA, *Diritto*, cit., I, 441-442. Vi è chi dice che l'autotutela esecutiva, come ogni forma di autotutela, si esplica soltanto in vista del soddisfacimento di pretese di diritto pubblico. Nel nostro ordinamento però è previsto anche un caso in cui si esplica per il soddisfacimento di pretese patrimoniali private secondo il r.d. 13 aprile 1910, n. 639 (F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 556).

che l'esecutorietà è regola per le pretese di diritto pubblico ed eccezione per quelle di diritto privato (15).

Ora, se si ammette che di autotutela siano dotate anche pretese di diritto privato della amministrazione, non si sfugge al rilievo sopra fatto che l'affermazione per la quale è pubblica la proprietà dotata di autotutela esecutiva dimostra troppo perchè dovrà dirsi pubblica anche la proprietà di beni patrimoniali e non si potrà quindi distinguere una proprietà pubblica da una privata della pubblica amministrazione. Come si vede, anche a voler accettare la regola della esecutorietà, da questa non discende un criterio di distinzione tra proprietà pubblica (tutelabile in via amministrativa) e proprietà privata (non tutelabile in via amministrativa).

C) Ed ora passiamo pure al tema del fondamento della autotutela esecutiva.

Innanzitutto bisognerà vedere se essa abbia un fondamento legislativo generale; poi se essa possa affermarsi per via di interpretazione. Come è noto, all'esecuzione amministrativa come principio generale si è voluto riconoscere un fondamento legislativo nell'art. 823 cod. civ. Esso afferma: « spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice » (16). Questo articolo è stato posto nel codice non per attribuire un potere generale all'ente pubblico di eseguire in via amministrativa ma per permettere ad esso l'esercizio delle forme di tutela ordinaria. Insomma il codice afferma il principio dell'autotutela per prevederne l'alternatività nei confronti dei mezzi ordinari a difesa dei diritti reali. Come è noto, nel silenzio del codice precedente sul punto, era controversa l'ammissibilità della tutela a mezzo delle azioni che il Codice civile pone a difesa del diritto di proprietà in genere (17). Si

(15) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 696-711; nello stesso senso, O. RANELLETTI, *Teoria*, cit., 125-126; G. ZANOBINI, *Corso*, I, cit., 302.

(16) L'art. 823 attuale non esisteva nel progetto della Commissione reale per la riforma dei codici (II libro, *progetto e relazione*, Roma, 1937, 9-16).

(17) G. ZANOBINI, *Corso*, cit., IV, 30.

era peraltro ritenuto che — una volta introdotta ed affermata la teoria della proprietà pubblica — non vi fosse più ragione di dubitare di tale ammissibilità (18). L'art. 823 fu poi introdotto non per ribadire l'ammissibilità della tutela amministrativa nei confronti dei beni pubblici, ma, al contrario, per riaffermare il principio della tutela ordinaria che per i beni patrimoniali è implicito nell'art. 828 del Codice (19). Ma perchè l'ammissione della pubblica amministrazione all'uso dei mezzi petitori e possessori non potesse essere intesa come abrogazione implicita delle leggi speciali che conferiscono autotutela esecutiva all'amministrazione, si è introdotta la formula « ha facoltà di procedere in via amministrativa ». Questa significa solo che la norma è ricognitiva delle regole speciali esistenti (20). D'altra parte, una riprova del fatto che l'art. 823 è meramente ricognitivo dei poteri di tutela esecutiva concessi dalle leggi speciali, è offerta dal fatto che, se così non fosse, lo si dovrebbe forse intendere anche come abrogativo dei poteri di tutela esecutiva conferiti all'amministrazione nei riguardi di beni non demaniali perchè si dovrebbe ritenere esclusivamente nei confronti di questi concessa autotutela esecutiva.

Naturalmente quando si afferma che l'art. 823, per la parte riguardante l'autotutela esecutiva, è meramente ricognitivo, si intende

(18) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 415-416.

(19) A. M. SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., 294; c'è piuttosto da chiedersi se il rinvio ai mezzi ordinari del « presente codice » non volesse essere una limitazione ed escludere quei mezzi che fossero eventualmente previsti da altri codici.

(20) L'art. 823 prevede solo « genericamente » poteri di autotutela; mentre le leggi speciali che disciplinano singolarmente i vari beni demaniali conferiscono ampi poteri di polizia demaniale (R. RESTA, *Beni pubblici*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1962, 98). Sull'art. 823 come « formula ricognitiva dei singoli poteri speciali, ove essi esistano », F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555; come « disposizione di rinvio alle numerose norme che specificamente prevedono l'esecuzione forzata amministrativa in difesa dei beni demaniali », A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 841.

Va anche notato che sono rari i casi in cui si evidenzino in giurisprudenza ipotesi nelle quali la amministrazione abbia utilizzato l'art. 823 mancando norme di specie: così Cons. St., Sez. VI, 8 novembre 1966, n. 834, « Foro amm. », 1966, I, 2, 1890 in tema di strade ferrate (questa sentenza è anche interessante sotto il profilo del procedimento e dell'affermazione del cosiddetto contraddittorio).

che esso è ricognitivo di singoli poteri previsti da leggi speciali e non di un principio generale o — come afferma talvolta la giurisprudenza — di un principio fondamentale di diritto amministrativo (21).

Tuttavia questa particolare interpretazione della natura ricognitiva non può accettarsi perchè in contrasto con le premesse stesse del ragionamento. Perchè si afferma la natura ricognitiva dell'art. 823? Perchè si muove dalla premessa della vigenza di un principio di legalità dell'amministrazione inteso come necessaria predisposizione normativa non solo dei poteri dell'amministrazione, ma anche degli atti che costituiscono esercizio di tali poteri, degli interessi che motivano tali atti, dei presupposti sulla base dei quali tali atti possono essere posti in essere, delle regole del procedimento che bisogna rispettare per emanare tali atti ecc. Al contrario, affermare che l'art. 823 ha natura ricognitiva di un principio generale vuol dire riconoscere che l'amministrazione è libera — sulla base della generale autorizzazione conferitale dall'art. 823 — di usare di autotutela in via esecutiva per i fini, nei casi e nei modi che essa stessa liberamente presceglie.

Tutt'altro discorso è da fare se si intende che l'art. 823 sia ricognitivo di un principio generale che però deve necessariamente rintracciarsi nelle leggi con riguardo a singole forme di autotutela: in tal caso le conclusioni non differiscono da quelle prima indicate ma c'è, semmai, solo da chiedersi che significato abbia continuare a parlare di un principio generale.

C'è da chiedersi ora se possa dirsi esistente un principio generale di tutela esecutiva sulla base di interpretazione. Questo discorso ci porterà al centro del problema del fondamento (22) extralegislativo dell'autotutela. Infatti, nella difficoltà di ammettere che vi fosse un principio generale scritto o richiamato da una legge, la dottrina ha

(21) Così Cons. St., VI, 22 dicembre 1953, n. 739, «Cons. St.», 1953, I, n. 2080 (solo massima): «la tutela diretta dei beni demaniali è principio fondamentale di diritto amministrativo, ricordato anche nell'art. 823 c.c.».

(22) Va precisato preliminarmente che la dottrina meno recente distingueva tra fondamento giuridico, fondamento politico, giustificazione ed elementi della autotutela ma poi non classificava con altrettanto rigore sovranità, imperatività e presunzione di legittimità ecc. in queste partizioni.

tentato principalmente la via che la spettanza all'amministrazione di autotutela esecutiva si fondi su un principio generale non scritto (ma vigente).

Per comodità di esposizione e per svolgere più ordinatamente le osservazioni critiche necessarie, raggrupperemo le diverse teorie in tre categorie. Nella prima esporremo quelle che fanno risalire l'autotutela esecutiva a un diritto consustanziale al potere pubblico, alla sovranità dello Stato, all'*imperium* e alla imperatività, all'ordine pubblico e alla presunzione di legittimità degli atti amministrativi. Nella seconda saranno raggruppate quelle tesi che pongono a fondamento della autotutela esecutiva interessi pubblici mediali o strumentali: continuità, rapidità, buona organizzazione dei servizi della pubblica amministrazione. Nella terza esporremo quelle che possono esser definite delle giustificazioni dell'appartenenza della autotutela esecutiva alla pubblica amministrazione. Naturalmente, i motivi posti a fondamento o a giustificazione della attribuzione in via generale di autotutela esecutiva alla pubblica amministrazione non si trovano nella dottrina così separati anche perchè tra essi non corrono barriere; anzi, alcuni sono legati l'uno all'altro. Sarà quindi necessario, nello svolgere le considerazioni critiche relative ad ognuna di essi, fare dei continui rinvii ad altre considerazioni riguardanti altri motivi.

D) La vigenza di un principio generale di autotutela esecutiva — anche in mancanza di leggi — è stata affermata dicendosi che essa è « ein der Verwaltung innewonendes Recht » e che l'autorità che ha potere di disporre in una certa materia può anche eseguire direttamente (23). Sarebbe un principio consuetudinario non scritto della

(23) A favore della tesi che gli atti amministrativi possono essere eseguiti dalla stessa autorità che ha competenza ad emanare l'atto, OPPENHOF, *Die Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden in Preussen*, II Aufl., 1904, 115; STENGEL-FLEISCHMANN, *Verwaltungszwang, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts*, Bd. 3, 797; FLEINER, *Istitutionen*, VIII Aufl., 1928, 215; HERRNRITT, *Grundlehren des Verwaltungsrechts*, 1921, 429; LECHNER, *Verwaltungsrecht in Bayern*, 1951, Bd. 1, 124; DREWS-WACKE, *Allgemeines Polizeirecht*, 16 Aufl., 1952, 150; VON ROSEL-VON HOEWEL, *Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungs-*

parte generale del diritto amministrativo che « in dem Rechte eines Staatsbehörde, Entscheidungen, Verfügungen zu erlassen ist (grundsätzlich) das Recht sie in Vollzug zu setzen, inbegriffen » (24).

Questa tesi si avvicina a quella — formulata in Italia — che fa discendere l'autotutela dalla imperatività dei provvedimenti amministrativi, ma è formulata in termini ancora più generali. E non sembrano che ad essa abbia potuto far ricorso anche la relazione illustrativa del progetto (ora legge) sull'esecuzione amministrativa in Germania, che ripete: « Was eine Behörde auf Grund ihre gesetzlichen Vollmacht anordnen kann, muss sie auch erzwingen können, nötigenfalls mit physischer Gewalt » (25). Ciò si spiega riflettendo sul fatto che la disciplina del procedimento non regola le singole ipotesi nelle quali all'autotutela può farsi ricorso bensì solo il modo nel quale l'ente pubblico può esercitare il potere.

Ora, si badi, l'affermazione che l'autorità che dispone può anche eseguire prende le mosse proprio dal principio di legalità e cioè proprio dal riconoscimento che vi sia — e debba essere — una legge che attribuisce « potere di disposizione » a un'autorità amministrativa. Ma poi dalla legge si fa discendere più di quanto la legge stessa non dica e cioè che « potere di disposizione » (e cioè attribuzione della cura di determinati interessi) vuol anche dire potere di eseguire (e cioè attribuzione della potestà di esecuzione quando, per la cura di quegli interessi, sorga un conflitto tra ente pubblico e privato e quest'ultimo non adempia l'ordine-decisione di condanna dell'ente). Ora, a questo modo di ragionare può obiettarsi che esso è legato ad una particolare situazione storica di taluni ordinamenti e alla prevalenza della concezione dell'amministrazione pubblica come figura soggettiva privi-

zustellungsgesetz, 1953, Berlin-Frankf., Verlag Franz Vahlen, 16 e 26; Verwaltungsgerichtshof Stuttgart, Urteil, 5 giugno 1952; Bundessozialgericht, Urteil 3 luglio 1956, « N. J. W. », 1956, 1415.

(24) Così lo riferisce BUCH (senza indicazione di nome), *Das nicht-kodifizierte Verwaltungszwangsrecht in Preussen*, « AöR », 1913, 334; si veda anche G. ANSCHÜTZ, *Das Recht*, cit., 391 ss. e 398.

(25) Cit. in HANEISEN (senza indicazione di nome), *Die Rechtsgrundlage der Vollstreckung des Verwaltungsaktes*, « N. J. W. », 1956, 1458.

legiata; ma questa critica sarà svolta più avanti nei suoi termini più generali e quindi possiamo per ora lasciarla a mò di enunciato. Il punto che qui in particolare va sollevato è un altro: il modo in cui l'impostazione in esame usa il principio di legalità. Ora, essa nega le sue stesse premesse quando afferma che vi è bisogno di una legge perchè l'autorità amministrativa abbia « potere di disposizione » e nega invece che ve ne sia bisogno perchè abbia « potere di esecuzione ». Insomma, essa accetta il principio di legalità per ciò che riguarda l'autorità che procede e i modi in cui deve procedere (non si dimentichi che in Germania esiste una disciplina del procedimento esecutivo amministrativo) ma ne nega la necessità per ciò che riguarda i presupposti (e i motivi) per cui può procedersi in via esecutiva, lasciando libera l'amministrazione competente (e cioè che ha « potere di disposizione ») di scegliere i casi in cui esercitare autotutela esecutiva. Naturalmente, il ragionamento che si critica sarebbe ammissibile se si affermasse che tra attività di cura di interessi e attività di esecuzione, tra difesa dei beni e loro amministrazione non vi è nessuna differenza; e quindi che l'autorizzazione legislativa per la prima vale anche per la seconda proprio perchè sono una cosa sola. Ritorneremo tra poco anche su questo altro punto con maggiore attenzione; ma non si può far a meno di dire fino da ora che non è vero che la difesa dei beni pubblici è unita alla loro amministrazione: altro è l'esercizio del diritto o la gestione di beni di proprietà collettiva altro è la difesa di beni pubblici (26). Bisogna distinguere « Polizei » da « Sachträgerschaft », da « Staatsaufsicht » e da « Unterhaltungspflicht » (27), perchè altro è determinare in concreto — sulla base della legge — gli obblighi relativi all'uso della cosa, altro è difendere la cosa da violazioni della sua integrità o delle norme sul suo uso (28).

Una prova della bontà della critica è poi che, da alcuni autori (29),

(26) T. MAUNZ, *Hauptprobleme*, cit., 285 e 288-292.

(27) *Idem*, 293.

(28) *Idem*, 294.

(29) Affermano che all'esecuzione amministrativa può ricorrersi solo quando vi sia una disposizione legislativa che lo permetta E. FORSTHOFF, *Lehrbuch*, cit., 268 (e 264-265, 266-267); KANTZ-RIEWALD, *Verwaltungsverfahren*

si continua a ripetere che l'amministrazione competente ad emanare l'atto può anche eseguirlo, ma in un senso diverso; come criterio di identificazione dell'autorità che può procedere all'esecuzione nelle ipotesi espressamente previste dalla legge. Infatti, l'affermazione che la competenza ad emanare l'atto implica la competenza ad eseguirlo può anche non significare che l'autorità amministrativa può sempre eseguire. Se, infatti, si ammette che il procedimento sia regolato e, principalmente, che i casi in cui può ad autotutela ricorrersi siano quelli e solo quelli indicati dalla legge, affermare che l'autorità che emana l'atto può anche eseguirlo non vuol dir altro che stabilire un criterio di identificazione dell'autorità che può procedere all'esecuzione.

E) La possibilità, per la pubblica amministrazione, di ricorrere all'esecuzione forzata amministrativa anche quando la legge espressamente non l'autorizzi, è stata giustificata affermando che ognuno dei tre poteri dello Stato è sovrano (30): non vi sono gradazioni di

zur Beitreibung von Geldbeiträgen, VIII Aufl., 1955, 19; Bez V G Berlin Urt. 16 giugno 1950 « D Ö V », 1951, 49 ss. e, precedentemente, già BUCH (senza indicazione di nome), *Das nichtkodifizierte*, cit., 377.

(30) L'atto amministrativo è esecutorio perchè è una manifestazione immediata della sovranità (U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 57; *Fondamento*, 116-117 e *passim*). L'amministrazione può farsi ragione da sè perchè partecipa della facoltà di coercizione, da cui la sovranità è caratterizzata (F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 19; A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 822 afferma che il principio della esecutorietà del provvedimento amministrativo « non rappresenta se non uno dei profili del più vasto problema della coercizione amministrativa »; ma ritiene l'esecutorietà principio di diritto positivo ed eccezionale).

L'esecutorietà sarebbe manifestazione immediata della sovranità non perchè rappresenta una applicazione della legge bensì per la sua essenza; tant'è vero che fu fin dagli inizi chiaro che il principio della sovranità popolare (l'atto amministrativo essendo « esecuzione » della legge) ha solo una energia riflessa poichè la legge è l'unica espressione della sovranità (U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 56). Altre volte chi così scriveva diceva esser falso che la sovranità spettasse al legislativo (e quindi al popolo) perchè « i tre poteri non rappresentano che tre aspetti diversi della sovranità » (U. BORSI, *Fondamento*, cit., 116).

Una parte della dottrina riteneva, poi, necessario distinguere tra dovere di sudditanza (quella che noi definiremmo oggi soggezione all'esecuzione) e obbligo di ufficio, distinguendo una sovranità generale da sovranità speciali, una delle quali sarebbe quella che ha lo Stato nei confronti del funzionario (U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 66-68 e 169-171; *Fondamento*, cit., 123-127).

sovranità: questa è piena in ciascun potere. Quindi, l'esecutivo non deve far ricorso ad altri poteri; la facoltà di eseguire è naturalmente inerente al potere di cui l'esecutivo è investito, non è una mera facoltà accessoria (31). La tesi secondo cui titolare della sovranità è lo Stato — prevalente nella dottrina tedesca del secolo scorso e dei primi decenni di questo e condivisa in Italia dall'Orlando (32) — e ancor più quella che lo siano tutti e tre i poteri dello Stato, non è più accettabile, in Italia, dopo la Costituzione repubblicana. L'art. 1, infatti, attribuisce la sovranità al popolo come tale (33) e da ciò deriva che a nessun'altra figura soggettiva essa può intendersi attribuita nè può intendersi come ripartita tra poteri: « non è possibile suddividere la sovranità, intesa come la *summa* dei poteri statuali, fra organi costituzionali, titolari di potestà originarie, nel senso di direttamente attribuite dall'ordinamento costituzionale »; l'art. 1 della Costituzione « esclude in via pregiudiziale così che la sovranità sia ancora attribuita allo Stato-persona e di conseguenza, almeno parzialmente, all'esecutivo, come che il Costituente abbia direttamente attribuito alla pubblica amministrazione l'esercizio di una parte del potere statale, sia pure in nome del popolo » (34). In realtà, poi, a

(31) U. BORSI, *Fondamento giuridico della esecuzione forzata amministrativa*, Studi per Moriani, Siena, 1906, I, 116-121; *Le funzioni*, cit., 239; F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 19.

(32) Come osserva G. AMATO, *La sovranità popolare nell'ordinamento italiano*, « RtDP », 1962, 75-76. Il problema della sovranità dello Stato è connesso a quello della entificazione della persona statale (su cui i cenni di A. PIRAS, *Figure soggettive, enti soggetti, soggetti di diritto*, Milano, 1967, 27 e 50 (ed. provv.)). Per una rassegna generale della letteratura tedesca sul tema della sovranità, P. HÄBERLE, *Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveränität*, « AöR », 1967, mai, 259 ss., dove anche un esame della ideologia « statalistica » sotto il profilo della affermazione della sovranità statale.

(33) V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione Italiana*, Scritti per Orlando, Padova, 1955, I, 407 ss.; la tesi di Crisafulli è discussa da E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, « RtDP », 1957, 18 ss.; si veda anche R. ALESSI, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare e i suoi riflessi amministrativistici*, « RtDP », 1959, 49-75 e G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 320 ss.

(34) F. MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, 1965, 159 e 161; si veda anche V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Padova, 1959, 17 e *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, « RtDP », 1964, 912 ss.

parte la non rispondenza al vigente diritto, va anche osservato che l'affermazione della distribuzione della sovranità sui tre poteri era il frutto di uno di quei processi logici inutili dei quali talvolta si è fatto uso da parte dei giuristi. Infatti, si affermava la sovranità dello Stato da una parte, la distinzione dei poteri, dall'altra, e se ne deduceva, infine, che ognuno dei tre poteri avesse sovranità. Ora ciò era inutile quantomeno sotto il profilo dell'attribuzione di sovranità al potere giudiziario che, certo, all'epoca, non godeva neppure di piena indipendenza (35). Ma, anche a voler prescindere dal dato storico della non piena indipendenza dell'ordine giudiziario, l'affermazione della distribuzione della sovranità sui tre poteri appare inutile se si riflette sul fatto che affermava di più di quanto non mirasse a provare. In realtà, suo scopo era quello di spiegare l'attribuzione di privilegi alla amministrazione, quali la circostanza che essa fosse dotata di supremazia speciale (36) o quella che fosse dotata del potere di farsi ragione da sé. Più semplicemente e in modo più rispondente alla realtà degli ordinamenti dell'epoca, la dottrina tedesca affermava la sola sovranità dell'esecutivo per giustificare il fatto che questo fosse parzialmente sottratto alla legge e potesse emanare norme « negli spazi vuoti dello Stato di diritto », *id est* delle leggi del Parlamento. Tant'è vero che la dottrina tedesca non faceva ricorso alla teorica della separazione dei poteri, avvertita del fatto che questa non era tanto — quantomeno nella sua originaria formulazione — una regola di distribuzione di funzioni tra organi o poteri bensì una regola di distribuzione di funzioni tra gruppi o classi sociali (37). Sotto questo profilo, l'idea che la

(35) Si veda M. D'ADDIO, *Politica e magistratura*, Milano, 1966.

(36) Questo punto è stato dimostrato, in Italia, con ricchezza di argomentazioni, da F. MERUSI, *Le direttive*, cit., 137 ss.; in Germania da D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961 e da H. H. RUPP, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, Tübingen, 1965, spec. 19-103; si veda anche O. BACHOF, *Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht*, Staatsbürger und Staatsgewalt, II, Karlsruhe, 1963, 3-18.

(37) Di recente è ritornato su questo punto F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri*, « RtDP », 1965, spec. 17 e 24 dell'estr. Si veda altresì E. CHELI (*Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967, 215 ss.) che ribadisce ulteriormente il punto e giunge ad interessanti conclusioni

sovranità fosse distribuita in maniera eguale tra i poteri era fondata anche su una erronea interpretazione della teorica della separazione dei poteri.

F) Altri fa ricorso al concetto di *imperium* (38) e al concetto di potere pubblico e di imperatività degli atti amministrativi (39): l'esecutorietà sarebbe un « aspetto ulteriore e conseguente dell'imperatività » (40).

Chi ha sviluppato con maggiore coerenza l'affermazione che l'autotutela esecutiva discende dalla imperatività propria degli atti amministrativi è il Montesano ed è bene quindi prendere direttamente in esame gli sviluppi che questo autore ha dato a tale tesi. Tale esame è reso più complesso dal fatto che deve muoversi su due piani: il primo quello dell'autotutela esecutiva come qualità che discende dalla imperatività, il secondo quello della pertinenza all'amministrazione di situazioni (finali) per le quali la tutela si esaurisce, giuridicamente, nell'esercizio. Il fatto che nel Montesano questi due ordini di problemi si trovano congiunti rende da una parte più suggestive le sue idee, dall'altra più difficile la loro critica.

L'esecutorietà per il Montesano non è una deroga ai principî sulla tutela giurisdizionale dei diritti nel processo bensì una qualità sostanziale dell'atto amministrativo (41).

L'autore dimostra questa tesi distinguendo quattro ipotesi: che

circa il totale superamento del principio di separazione dei poteri e la libertà del Governo nei confronti del principio di legalità nell'ordinamento d'oggi.

(38) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 166.

(39) O. RANELLETTI, *Teoria*, cit., 127 e C. CARBONE, *Esecuzione*, cit., 413.

(40) C. CARBONE, *Esecuzione*, cit., 416.

(41) L. MONTESANO, *Processo*, cit., 172 ss. seguito da C. CARBONE, *Esecuzione*, cit., 415. Questo autore afferma che « l'attività di esecuzione... non differisce nella sostanza da quella che ha dato vita al provvedimento principale, successivamente posto in esecuzione » ma si limita a seguire l'opinione del Montesano solo per l'ipotesi che la pubblica amministrazione operi senza necessità di intervento di terzi. Va ricordato anche che chi ritiene che l'autotutela esecutiva non sia una deroga al divieto di farsi ragione da sé sostiene che nell'art. 823 non c'è né una scelta dell'amministrazione tra le esecutorietà e il mezzo processuale civile né una eccezionale autotutela amministrativa là dove il diritto dovrebbe essere, secondo la regola generale, difeso in via giudiziaria,

l'amministrazione esegua situazioni «assolute»; che essa esegua situazioni relative che si riferiscono a obblighi di consegnare; che essa esegua situazioni relative che si riferiscono a obblighi di fare o non fare fungibili; infine, che essa esegua situazioni relative che si riferiscano a una fare o a un non fare infungibili. In definitiva — egli dice — in ognuno di questi casi, vi è una potestà sostanziale pubblicistica. Questa si atteggia in maniera diversa nei singoli casi. Nel primo, l'esercizio di un diritto assoluto da parte della pubblica amministrazione comporta la potestà sovrana di utilizzare, per i fini pubblici, i beni su cui gli atti incidono, anche se sono oggetto di diritti privati. Questi vengono meno di fronte alla forza autoritaria e imperativa necessariamente inerente alla pubblica potestà (42). Qui si ha non un privilegio dell'amministrazione di farsi giustizia da sè, ma il fatto che un interesse, pur leso, si può ancora realizzare con l'esercizio della potestà sostanziale che gli è coordinata. Con autotutela esecutiva, quindi «ci si riferisce a ciò che l'amministrazione può soddisfare da sè i propri scopi, anche senza la cooperazione degli obbligati, con il mero svolgimento delle potestà sostanziali inerenti ai provvedimenti «imperativi»: ci si riferisce, dunque — con dizione impropria — ad un effetto puramente materiale, cioè al normale esercizio dei poteri di godimento conferiti, in certi rapporti, al soggetto attivo» (43).

Nel secondo caso, la pubblica amministrazione può valersi di un atto amministrativo atipico, per causa di «pubblica necessità» sulla base dell'art. 7 della legge del contenzioso amministrativo, per realizzare scopi frustrati dall'inadempimento dell'obbligo di consegnare (44).

ma la coesistenza di una normale azione civile e di una normale autosoddisfazione coattiva dell'amministrazione fondata sulla imperatività. Ciò è perfettamente conseguente con le premesse che i presupposti delle due tutele siano giuridicamente diversi (MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, 175-176). Questo punto sarà esaminato quando parleremo dei rapporti tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale.

(42) L. MONTESANO, *Processo*, cit., 172-173 e 178.

(43) L. MONTESANO, *Processo*, cit., 187 e *passim*.

(44) L. MONTESANO, *Processo*, cit., 179-180.

Nel terzo caso, l'amministrazione può provvedere con i propri mezzi a realizzare il fine cui doveva essere coordinata la prestazione non compiuta addossando all'obbligato le spese relative (via che è parallela a quella prevista dagli artt. 1516 e 1536 cod. civ.) o può, in forza della propria imperativa potestà, esercitare il proprio diritto assoluto al cui godimento l'obbligo fosse strumentale (45).

Nel quarto caso, l'amministrazione può costringere il privato ad un fare o ad un non fare essendo la « libertà » del soggetto passivo sostanzialmente degradata (salvo il rispetto di norme che proteggono la libertà da lesioni (46)).

Insomma, secondo l'autore, vi è sempre una potestà sostanziale perchè l'ente pubblico o esercita una potestà assoluta o apprende beni oggetto di obblighi di consegna, o esegue essa stessa comportamenti (attivi od omissivi) ai quali il privato era obbligato, o costringe il privato a un comportamento (attivo od omissivo) infungibile non attuato dal privato obbligato (47).

Un'esame non sommario dell'analisi attenta di questo autore ci porterebbe lontano dal tema centrale di questa indagine che non è quello dell'autotutela. Anche perchè tale esame non potrebbe prescindere da una ricerca intorno al tema della imperatività, che è il « centro dogmatico » (48) di questa complessa materia. Mentre il punto che qui interessa è, invece, l'accertamento dell'esistenza di un principio

(45) L. MONTESANO, *Processo*, cit., 186.

(46) L. MONTESANO, *Processo*, cit., 186.

(47) « ... ovunque, nella disciplina del rapporto tra l'amministrazione e il cittadino, o nella materia, sulla quale incide l'azione amministrativa, imperano o interferiscono norme, le quali attribuiscono alla stessa amministrazione potestà pubblicistiche, la esecuzione amministrativa dell'atto, ancorchè illegittimo, a spese del diritto reale o del potere immediato di godimento e della libertà individuale del privato, è possibile non perchè l'amministrazione sia liberata dall'onere, incombente agli altri soggetti, di far verificare e difendere giurisdizionalmente le proprie pretese, ma perchè l'atto amministrativo ha esso stesso l'efficacia sostanziale di sacrificare o di subordinare ai fini pubblici il diritto del privato. Si tratta, in altri termini, *non di una deroga alle norme del diritto processuale civile, ma della imperatività propria dell'atto amministrativo*, finchè questo non venga invalidato o reso inefficace dagli organi a ciò competenti » (L. MONTESANO, *La condanna*, cit., 171-172).

(48) M. S. GIANNINI, *Discorso*, cit., 10.

generale di autotutela esecutiva, senza il quale non può dirsi che i beni pubblici si differenziano da quelli privati — e corrispettivamente una proprietà cosiddetta pubblica da quella privata o di diritto comune —.

Accenneremo, tuttavia, qui qualche critica sui punti di maggior rilievo della tesi esposta. In primo luogo, può parlarsi di diritti assoluti della pubblica amministrazione nei confronti di beni e attività privati? Sembra che ciò sia quantomeno dubbio. La distinzione tra situazioni finali e strumentali è posta con riguardo al diritto privato, specialmente per distinguere i diritti reali dai diritti di credito e spiegare i diversi modi della loro tutela in via esecutiva (49). Tale distinzione è trasportata nel diritto pubblico parlando di diritti assoluti e situazioni in cui l'ente pubblico ha il potere (sovrano) di utilizzare immediatamente beni di privati e di « degradare » contemporaneamente le situazioni soggettive di privati. Ora, innanzitutto, la trasposizione così operata comporta un ampliamento della nozione di situazione finale identificata sulla base della legislazione privatistica. Ma — ciò che più importa — non pare che una concezione così ampia di situazione finale e assoluta sia ammissibile in capo all'ente pubblico. Questo non usa come cosa propria beni di privati; è, al contrario, ente di cura di interessi finali di collettività e di cura di interessi propri e statali solo in via mediata o strumentale: ad esempio, l'interesse al « buon andamento » della pubblica amministrazione (art. 97 della Cost.) ha rilievo come mezzo per raggiungere il fine della cura di interessi della collettività. L'affermazione quindi che « lo Stato o l'ente pubblico perseguono ed attuano l'interesse garantito dall'ordinamento come il proprietario gode delle utilità della cosa, che è sua » (50) non può esser condivisa proprio perchè nasconde la circostanza che gli interessi pubblici sono interessi collettivi e sembra ammettere che la

(49) Si vedano gli scritti di S. SATTÀ sulla esecuzione (citati in altra parte di questa ricerca) e L. MONTESANO, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1957, 86-89, dove è chiarita l'origine sattiana della distinzione del Montesano.

(50) L. MONTESANO, *Processo*, cit., 173 e 178

pubblica amministrazione, per il fatto di esercitare la sua funzione di cura di tali interessi in maniera imperativa, li trasforma in interessi statali o propri dell'ente pubblico. Ciò potrà esser evidente se si riflette all'ipotesi di beni pubblici di proprietà di collettività in gestione necessaria ad enti pubblici. In tal caso, l'ente pubblico agisce non per interessi propri ma per interessi della collettività proprietaria (ad esempio, in tale veste svolge attività di manutenzione di strade). Qui certamente non può istituirsi comparazione tra l'ente pubblico e il proprietario che gode delle utilità della sua cosa o che « si impadronisca nuovamente della cosa propria sottraendola al ladro che l'abbia momentaneamente deposta nella fragranza dell'azione furtiva » (51). Se non v'è situazione assoluta dell'ente pubblico nei confronti di beni di proprietà collettiva, a maggior ragione non c'è nei confronti di beni di proprietà di singoli privati (52). Sembra che la conseguenza della trasposizione della distinzione tra situazioni finali e situazioni strumentali dal diritto privato al diritto pubblico, del contemporaneo ampliamento della nozione di situazione finale o assoluta e del tentativo di spiegare l'esecutorietà come esercizio di situazioni assolute conduca ad una confusione di due ordini di nozioni che — come vedremo in seguito — vanno tenute tra loro distinte perchè si muovon su piani diversi; più precisamente, non permette di vedere che l'autotutela esecutiva è capacità attribuita dall'ordinamento in via eccezionale e senza riferimento alla titolarità di situazioni assolute o relative da parte dell'ente pubblico.

Ma v'è una seconda critica da muovere alla tesi suesposta. Che l'affermazione che ogni qualvolta vi sia potestà pubblicistica vi sia degradazione di diritti (53) e quindi autosoddisfazione o esecutorietà

(51) Anche queste parole sono di L. MONTESANO, *Processo*, cit., 174.

(52) Diversamente dovrebbe considerarsi l'ipotesi in cui vi sia autotutela esecutiva senza uso della forza su persone o su cose altrui; in questo caso non vi sarebbe un farsi ragione da sè (si veda F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 10-12).

(53) Il MONTESANO, *Processo*, cit., 186 parla anche di degradazione della « libertà del soggetto passivo » a proposito degli obblighi di fare e non fare infungibili.

(intesa in senso sostanziale (54)) non distingue imperatività (e « degradazione ») da autotutela esecutiva (che però l'autore intende in senso sostanziale). Ora, l'affermazione che il provvedimento amministrativo è imperativo e « degrada » i diritti, non comporta necessariamente che esso sia anche esecutorio: « non è necessario che il provvedimento imperativo sia esecutorio, tant'è vero che nello stesso diritto positivo talora non lo è » (55).

Noi abbiamo avuto già modo di notare ciò quando abbiamo visto i casi in cui, all'ordine inadempito della pubblica amministrazione, non può seguire un'attività esecutiva amministrativa bensì giurisdizionale. E non c'è bisogno, quindi, che ci si intrattenga a illustrare quegli ordinamenti nei quali il principio di autotutela esecutiva non è eccezionale ma, di più, totalmente escluso a favore del « judicial enforcement »; ordinamenti che provano, quindi, che l'imperatività non è necessariamente seguita da autotutela esecutiva bensì che questa può essere attribuita o non attribuita dalle leggi vigenti in un certo momento storico. L'affermazione dell'eccezionalità della autotutela esecutiva, partendo dal presupposto che non necessariamente l'atto imperativo sia esecutorio e quindi dall'abbandono del concetto di esecutorietà nel quale la dottrina tende spesso a commassare imperatività ed autotutela esecutiva e accettando quindi la distinzione tra procedimento di autotutela decisoria e procedimento di autotutela esecutiva, giunge alla conclusione che ogni volta che le norme non conferiscono all'amministrazione autotutela esecutiva, vi è solo uno degli effetti, quello costante (56), della imperatività che è la cosiddetta degradazione (57) (58).

(54) Ciò che è particolarmente chiaro alle pagine 183, 184 e 186 dell'*op. cit.*

(55) M. S. GIANNINI, *Discorso*, cit., 13.

(56) M. S. GIANNINI, *Discorso*, cit., 12 parla di « contenuto minimo ».

(57) Il GIANNINI distingue anche esecutività, intesa come l'attitudine del provvedimento che ha acquistato efficacia a produrre i suoi effetti indipendentemente dalla verifica della sua validità, da esecutorietà, che è il fatto per cui l'amministrazione può essa stessa dare esecuzione ai suoi provvedimenti anche contro la volontà dell'interessato (M. S. GIANNINI, *Corso*, cit., II, 157).

In relazione all'effetto di degradazione dei diritti soggettivi, si vedano

G) Se si ammette un concetto vastissimo di ordine pubblico e di poteri di polizia (59) è facile farvi ricadere tutte le turbative, anche quelle che attengono a beni (60), poichè è facile dire che ogni violazione delle norme sui beni pubblici è violazione dell'ordine pubblico (61).

poi le osservazioni di V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1964, ottobre-dicembre, 912-929, ma specialmente 929 dove conclusivamente si afferma che l'emissione dei provvedimenti amministrativi potrà importare lo spostamento della competenza a favore dei giudici amministrativi ma non una modifica sostanziale della situazione soggettiva del cittadino, il cui interesse dovrà continuare ad avere piena tutela.

(58) Non si possono qui discutere le argomentazioni del Montesano sull'art. 7 della legge sul contenzioso amministrativo, sulla urgenza come fondamento di un potere relativo ad atti innominati e atipici (145 ss., 179-180, 188 ss.) o l'interpretazione da questi fatta di alcune tesi di M. S. Giannini che egli non ha interpretato — come necessario — nel quadro più ampio del tentativo di porre in luce la natura sostanziale e non processuale di taluni problemi di giustizia amministrativa (tra i quali, il riparto delle giurisdizioni) e quindi di tirare una linea tra diritto amministrativo e processo che meglio risponda alla « normazione giurisprudenziale » di un secolo di giustizia amministrativa.

(59) Vi è perfino chi ha invocato il timore del caos sociale: « ohne (potentielle) Verwaltungszwang würde soziales Chaos herrschen » (H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, III, cit., 280) e chi i beni culturali del cristianesimo da difendere dal bolscevismo o dall'anarchia e, dopo aver affermato che l'esecuzione amministrativa deve esser disciplinata legislativamente, ha scritto: « Nichtsdestoweniger kann hier nicht eine verhältnismässig so enge gesetzliche Determierung des Zwangsmittel platzgreifen wie in der Strafrechtspflege, sondern muss dem verantwortlichen Entschlusse des über die Zwangsmittel verfügenden Organes ein grösserer Ermessensspielraum eröffnet sei. Im Verwaltungszwang liegt ja doch die letzte rechtliche Gewähr des aufrechten Bestandes des Staates und damit der staatlich organisierten Volksgemeinschaft mit der ihr eigentümlichen nationalen Kultur » (A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien-Berlin, 1927, 260).

(60) Sulla tutela possessoria amministrativa come tutela dei beni demaniali fondata su ragioni di ordine pubblico, v. *Rass. di giur. sul cod. civ.*, libro III, a cura di G. PESCATORE, Milano, 1956, 580; si veda anche M. D'AMELIO, *Del possesso, disposizioni generali*, « Comm. d'Amelio », Firenze, 1942, 949, 950.

(61) L'opinione che criticiamo opera un allargamento della nozione di ordine pubblico fino ad estenderla a campi diversi da quello in cui essa ha applicazione prevalente: la sicurezza pubblica. Altro invece è dire che in un particolare settore « in base ad una concezione autoritaria dell'amministrazione » (F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555) può forse dirsi che vi è autotutela come principio generale: l'art. 5 r.d. 18 giugno 1931, n. 773, t.u. delle leggi di p.s.

Ma anche nell'ordinamento tedesco, dove questa opinione è largamente diffusa, non è così. È stato infatti detto che ogni attività di polizia deve avere il suo fondamento in una norma che ne costituisce non solo il limite ma anche la regola positivamente (62): la « polizia » non è il fondamento di compiti del proprietario ente pubblico: il fatto che l'autorità abbia compiti di polizia delle cose pubbliche non vuol dire che essa possa intervenire senza che la legge disponga: ogni singolo intervento deve trovare la sua base in una legge (63).

E si è aggiunto che il potere dell'ente pubblico sui beni non è di polizia per il suo contenuto nè tale per i suoi presupposti poichè non ogni volta che vi sia turbativa della cosa pubblica v'è « Polizeigefahr », nè tale per l'autorità che l'esercita che non è necessariamente l'autorità di polizia; e quando ciò avviene, l'autorità di polizia esercita un potere nei riguardi di cose, potere « deren Ursprung dabei nicht in Polizeirecht sondern im Sachenrecht zu suchen ist » (64).

A queste considerazioni bisogna aggiungere che altro è uso del bene pubblico, altro attività che implica l'uso di bene pubblico. Che questi siano oggetti di disciplina diversi e che non bisogna confondere i poteri che ineriscono alle diverse discipline è provato, ad esempio (come s'è visto nella prima parte dell'indagine), dalla stessa Costituzione che dispone in tema di riunioni « in luogo aperto al pubblico » e « in luogo pubblico » (art. 17) avendo ad oggetto non tanto la natura

ha stabilito che i provvedimenti dell'autorità di pubblica sicurezza sono eseguiti in via amministrativa indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale e che, quando gli interessati non vi ottemperino, sono adottati i provvedimenti necessari per l'esecuzione d'ufficio. Ma anche qui non bisogna dimenticare che una serie di attività di esecuzione che attengono a libertà garantite costituzionalmente sono ora, dagli artt. 13 e seguenti della Costituzione, deferite all'autorità giudiziaria.

(62) T. MAUNZ, *Hauptprobleme*, cit., 787.

(63) T. MAUNZ, *Hauptprobleme*, cit., 288; ma si veda anche, dello stesso autore, *Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten*, « Die Verwaltung », III, b, 5, Braunschweig, s.d., 12.

(64) A. KÖTTGEN, *Öffentliches Sachenrecht*, in H. FRANK, *Deutsches Verwaltungsrecht*, München, 1937, 443; ma si tenga conto che il Köttgen parte dal presupposto, qui criticato, che la tutela dei beni pubblici sia legata alla situazione dell'ente pubblico di proprietario del bene.

del bene o il soggetto cui pertiene o un uso del bene in quanto tale, quanto l'attività che su di esso si svolge.

D'altra parte, è significativa la circostanza che la Costituzione, in molte ipotesi in cui vi è turbamento dell'«ordine pubblico», preveda che le limitazioni — e, ciò che più importa, l'attività esecutiva relativa — siano disposte dall'autorità giudiziaria: così per i provvedimenti che incidono sulla libertà personale, sulla libertà di domicilio e sulla libertà di manifestazione del pensiero. Appare quindi contraddittorio affermare che l'attribuzione della tutela dell'ordine pubblico giustifica la presenza di autotutela esecutiva quando questa è espressamente esclusa — attribuendosi invece competenza alla autorità giudiziaria — in una serie di casi che sono tradizionalmente ritenuti ipotesi di turbamento dell'ordine pubblico.

Ma vi è una critica più generale da fare alla concezione per la quale l'autorità pubblica è dotata di autotutela esecutiva perchè garante dell'ordine pubblico. E questa critica sta in ciò: che — nel nostro ordinamento — non ha più rilievo giuridico generale una nozione unitaria di ordine pubblico. La dimostrazione di questa affermazione richiede un discorso non breve, che va tuttavia fatto per la importanza che ha per noi, al fine di negare che il concetto di ordine pubblico possa esser posto alla base dell'attribuzione di autotutela esecutiva in via generale alla pubblica amministrazione.

«Ordine pubblico» è stata definita da un illustre giurista, agli albori del presente secolo, una «parola magica» (65). Essa ha infatti una pluralità di significati: ciò si può notare se si segue la sua evoluzione negli ordinamenti moderni — e quindi sotto un profilo di storia del diritto — ma lo si può anche notare se si esamina la nozione di ordine pubblico nello stesso ordinamento giuridico vigente in un certo momento storico — e quindi anche sotto un profilo di diritto positivo —. Anche a non voler compiere una ricerca del tipo indicato, a significare la ricchezza di diversi contenuti propria del termine, basterebbe l'osservazione che all'ordine pubblico, variamente aggettivato,

(65) O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in «Tratt. Orlando», IV, 1, Milano, 1904, 421.

fanno solitamente richiamo, nella lotta politica, le più opposte parti: ad esempio, quella che sostiene modificazioni o il rovesciamento dei principi costituzionali fondamentali (che si appellerà all'« ordine rivoluzionario ») e quella che sostiene il mantenimento di tali principi. Ma la nostra non è opera di osservatore dei fatti politici in senso stretto o, meglio, di critico del linguaggio di uso comune; il giurista ha ad oggetto del proprio studio ordinamenti e norme e deve quindi analizzare i significati di ordine pubblico nella storia del diritto e nel diritto positivo.

Sotto il profilo dell'esame comparato degli ordinamenti (profilo di storia del diritto e di diritto comparato), chi si volga ad esaminare gli ordinamenti contemporanei, nota come alla nozione di ordine pubblico sono dati contenuti diversi. Non si può fare una classificazione di questi contenuti, ma si può dire in quale ambito essi variano. Essi vanno da un minimo che possiamo definire di ordine pubblico inteso in senso materiale, a un massimo che possiamo definire di ordine pubblico inteso in senso ideale. Ordine pubblico in senso materiale è uno stato di concreta, tangibile, esteriore pace sociale (66). Ordine pubblico in senso ideale è uno stato di ordine corrispondente a certi principi. Ad esempio, ordine fascista, ordine socialista e financo ordine democratico significano altrettanti stati regolati da principi politici fascisti, socialisti e democratici. Nel primo senso, atti di violazione dell'ordine pubblico sono quelli soli che creano un disordine materiale (ad esempio, un sommovimento); nel secondo caso, è violazione dell'ordine pubblico anche una manifestazione del pensiero contraria ai principi politici che regolano quell'ordine (ad esempio, manifestare con lo scritto sentimenti antifascisti in un ordinamento fascista) (66-bis).

(66) A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico sulla Costituzione italiana*, « Arch. giur. », 1963, I-II, 5.

(66-bis) Dal punto di vista funzionale, la differenza si comprende ancor meglio: nel primo senso, la nozione serve solo a combattere i disordini materiali; nel secondo senso, è mezzo di conservazione dell'indirizzo politico che si ispira ai principi informatori di quell'ordine pubblico. È evidente, in questo senso, ad esempio, che l'apprestamento di mezzi giuridici per tutelare l'ordine pubblico fascista è stato strumento rivolto al fine di difesa del regime che si ispirava agli stessi principi. Una prova dell'allargamento della nozione

Su questo aspetto si può formulare la seguente ipotesi: dal punto di vista della operatività della formula ordine pubblico negli ordinamenti contemporanei, può dirsi che si è in presenza di uno di quei concetti che vengono definiti valvola o elastici. Questi sono gli « organi respiratori » degli ordinamenti nel senso che permettono l'inserimento in esso di giudizi di valore da parte degli organi di determinazione dell'indirizzo politico, della giurisprudenza e della dottrina. Concetti valvola sono norme in bianco, non determinabili con rigore e quindi riempibili di diversi possibili contenuti. In questo senso, i concetti valvola possono essere strumenti di attenuazione della tensione tra norma e realtà. In questo senso, la nozione di ordine pubblico va posta accanto a quella di utilità sociale, buona fede, diligenza del buon padre di famiglia. Infatti, ordine pubblico è una nozione che ha una pluralità di significati. Eccone alcuni possibili: buon assetto, regolare andamento del vivere civile, sicurezza pubblica, ordinamento giuridico, razionale disposizione di ogni cosa in una collettività, bene comune, bene pubblico, interesse generale, interesse sociale, interesse di tutto il popolo, principi fondamentali dello Stato, pace,

di ordine pubblico dal suo contenuto minimo di ordine materiale a quello di ordine ideale è offerta dal secondo comma (ora abrogato) dell'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale che affermava « l'ordine corporativo fa parte integrale dell'ordine pubblico ». Ben si comprende, tra l'uno e l'altro estremo possono esservi numerose vie intermedie a seconda di quanta parte della normazione e dei diritti fondamentali è informata ai principi ideali. E si comprende anche che un sistema ispirato a una nozione materiale in ordine pubblico possa facilmente trasformarsi nel suo opposto con la modificazione estensiva dall'interno della nozione stessa. Ad esempio, dando un contenuto ampio ai termini « pace sociale », questa può intendersi come assenza di contesa tra le classi e i ceti sociali e implicare quindi il divieto di disaccordo in sede sindacale e il divieto di sciopere inteso come volativo della pace tra le classi sociali.

Naturalmente, in questa materia occorre essere storicisti fino in fondo e porre attenzione nel dare assoluto, come *optimum*, ad uno dei significati di ordine pubblico. Ognuno di essi è, infatti funzionale ai principi ispiratori del sistema nel quale opera il principio; ed anche la nozione di ordine pubblico in senso materiale può essere attribuita ad una forma di reggimento politico: quello che possiamo definire come ispirato a principi democratico-liberali.

tranquillità pubblica, rispetto del domicilio e della libertà individuale, mancanza di violenza, buon ordine esteriore (67).

Quando si passa ad esaminare la nozione che qui interessa sotto il profilo del diritto positivo, si nota che l'ordine pubblico gioca un ruolo diverso nelle diverse branche della normazione: in diritto internazionale (68) esso opera nei confronti della produzione normativa come limite all'ammissione di norme di ordinamenti diversi da quello statale; nel diritto civile (69) opera nei confronti del-

(67) O. RANELLETTI, *op. cit.*, 421 ss.

(68) Per gli studiosi di diritto internazionale il problema sorge a causa dell'art. 31 delle disposizioni sulla legge in generale: « in nessun caso la legge e gli atti di uno Stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente o le private disposizioni e convenzioni possono avere effetto nel territorio dello Stato, quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume » e dell'art. 797 n. 7 del c.p.c. che pone, tra le condizioni per il riconoscimento in Italia di una sentenza pronunciata all'estero, la circostanza che essa non contenga « disposizioni contrarie all'ordine pubblico italiano ». Per l'interpretazione di queste norme, gli studiosi italiani di diritto internazionale hanno esposto due concezioni. Per alcuni l'ordine pubblico comprende tutti i principi, di qualsiasi natura che, a causa dell'importanza che rivestono per l'ordinamento giuridico, funzionano come limite all'inserimento nella *lex fori* delle leggi straniere richiamate. Per questi quindi la nozione è molto vasta ed esula da quella apposta rubrica del codice penale: ad esempio, tra i principi di ordine pubblico rientrano taluni principi di diritto matrimoniale che sono penalmente tutelati sotto il titolo dei « delitti contro la famiglia » (G. BADIALI, *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963, 76, 77). Per altri occorre distinguere innanzitutto tra ordine pubblico interno come insieme di norme inderogabili da contrarie pattuizioni private e ordine pubblico interno funzionante come limite al riconoscimento del diritto straniero, *ex* art. 31. Questo comprende tutte le norme interne incorporanti concezioni basilari per l'ordinamento nazionale. Come limite al riconoscimento del diritto straniero funzionano — secondo questa concezione — anche i principi di ordine pubblico internazionale: questi sanciscono concezioni che l'ordinamento interno considerava vevoli universalmente, accoglibili cioè in ogni convivenza umana (A. CASSESE, *Limiti probatori in materia matrimoniale e ordine pubblico*, « Riv. dir. int. », 1963, 3, 465-466 e *Le norme sulle cause di nullità del matrimonio e l'ordine pubblico*, *ivi*, 4, 622).

(69) Agli studiosi di diritto civile il problema è posto da norme come quelle dell'art. 634: « nelle disposizioni testamentarie si considerano non apposte le condizioni impossibili e quelle contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume... »; dell'art. 1229 II comma: « è nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico; dell'art. 1343: « la causa (del contratto)

l'autonomia privata, limitando in vario modo la sua esplicazione; nel diritto amministrativo (70), opera nei confronti dell'attività ammini-

è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume»; dell'art. 1354, V comma: «è nullo il contratto al quale è apposta una condizione, sospensiva o risolutiva, contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume» ecc. In questo contesto, sono concetti di «ordine pubblico» i principi fondamentali e di interesse generale sui quali poggia l'ordinamento giuridico di uno Stato, nel suo aspetto di diritto cogente ossia da osservarsi inderogabilmente da tutti, perchè consta di norme imperative o proibitive (F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1957, 604). Questa nozione presenta questo lato negativo: che ripropone il problema della distinzione tra ordine pubblico e norme imperative, problema che viene risolto affermandosi che l'ordine pubblico è concetto più elastico: si vede come, in tal modo, si sposta l'ordine dei piani: dall'interpretazione della norma, che è ricerca di un suo contenuto, si passa alla ricerca della sua funzione che è appunto quella di lasciare all'interprete di darvi un contenuto. Con la conseguenza, quindi, di non dare una soluzione al problema.

(70) Fare una rassegna delle norme che pongono agli studiosi di diritto amministrativo il problema della definizione di ordine pubblico, sarebbe lungo perchè queste sono molte. Ricorderemo in primo luogo quelle del t.u. delle leggi di P.S. (18 giugno 1931, n. 733 modif. dal d.l.lgt. 10 dicembre 1944, n. 419), art. 1, 20, 26, 70, 73. Art. 1: «l'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico...». Art. 20: possibilità di sciogliere riunioni o assembramenti «che comunque possono mettere in pericolo l'ordine pubblico o la sicurezza dei cittadini». Art. 26: «il Questore può vietare per ragioni di ordine pubblico o di sanità pubblica, le funzioni, le cerimonie, le pratiche religiose e le processioni...». Art. 70: «sono vietati gli spettacoli o trattenimenti pubblici che possono turbare l'ordine pubblico...». Art. 73: «divieto di dare o recitare in pubblico traduzioni teatrali ritenute contrarie all'ordine pubblico dalle autorità pubbliche». E poi norme come quelle del r.d.l. 17 febbraio 1915 n. 148: rimozione del sindaco per «gravi motivi di ordine pubblico»; e del r.d. 27 febbraio 1936 n. 465, approvazione del Codice postale e delle telecomunicazioni, art. 13: «non si dà corso alla corrispondenza che possa costituire pericolo alla sicurezza dello Stato o recare danno alle persone o alle cose o che sia contraria alle leggi, all'ordine pubblico, o al buon costume; e art. 272 che prevede punizioni per «chiunque diffonda per mezzo di apparecchi radioelettrici notizie non autorizzate, che possono comunque turbare l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato». Siamo qui nel campo dell'ordine pubblico del diritto di polizia. Si cerca di delimitare questa nozione nel modo seguente. Si afferma che suoi caratteri sono: l'essere l'ordine pubblico oggettivo (e cioè da determinarsi secondo elementi concreti), relativo (e cioè da determinarsi in relazione a un determinato tempo e luogo), medio (da fissarsi secondo normalità) esteriore (cioè non consistente in comportamenti psicologici). Le turbative dell'ordine pubblico possono quindi essere di valori (se toccano la religione, la pietà per i defunti, il buon costume, il pudore, la buona fede) o sensorie (se colpiscono i sensi: rumori, esalazioni, ecc.). (P. VIRGA, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, 19 ss.).

strativa come motivo per porre in essere atti di tutela dell'ordine pubblico; in diritto penale (71), quantomeno di regola, opera nei confronti dei privati ponendo ad essi norme imperative di condotta; in diritto costituzionale (72), opera nei confronti del legislatore ordinario permettendo a questi di imporre limiti all'esercizio di diritti tutelati

(71) Agli studiosi di diritto penale il problema è posto dagli artt. 414-421 (dei delitti contro l'ordine pubblico) e dagli artt. 650-671 (delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica). Tra i delitti il codice penale elenca l'istigazione a delinquere e a disobbedire le leggi, l'associazione per delinquere e l'assistenza agli associati, devastazione, saccheggio e pubblica intimidazione; tra le contravvenzioni, l'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, il rifiuto di indicare la propria identità personale, il rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto, la formazione di corpi armati non diretti a commettere reati ecc. Per gli studiosi del diritto penale « ordine pubblico » è il buon assetto e regolare andamento del vivere civile, cui corrisponde nella collettività l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza (BADIALI, *op. cit.*, 75. Si veda l'ulteriore bibl. cit. da L. MICCIO, *Lavoro*, cit., 78 ss. in nota).

(72) La Costituzione non parla espressamente dell'ordine pubblico; per il significato del riferimento alla sicurezza pubblica e non all'ordine pubblico, M. PACELLI, *Libertà di riunione e uso dei beni pubblici*, cit., 232. Ma numerose norme che incidono su diritti fondamentali o attribuiscono competenze a organi costituzionali ne parlano. Ad esempio: r.d. 14 novembre 1901, n. 466 sulle attribuzioni del Consiglio dei Ministri, art. 1: « sono sottoposti al Consiglio dei Ministri i seguenti oggetti: le questioni di ordine pubblico e di alta amministrazione ». R.d. 20 novembre 1902, n. 523 che modifica gli articoli 3 e 9 del r.d. 31 gennaio 1901, n. 36 sul rilascio di passaporti per l'estero, art. 2: « Il Ministero degli affari esteri, d'accordo con il Ministero dell'Interno, può ... sospendere temporaneamente il rilascio dei passaporti per una determinata destinazione, quando sussistano motivi di ordine pubblico ». T.p. 13 novembre 1919, n. 2205 sull'emigrazione e la tutela giuridica degli emigrati, art. 9: « Il Ministero degli affari esteri, d'accordo col Ministero dell'Interno, potrà sospendere l'emigrazione verso una determinata regione, per motivi di ordine pubblico... ». L. cost. 26 febbraio 1948 n. 5, statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, art. 77: « il Commissario del Governo provvede al mantenimento dell'ordine pubblico... ». L. cost. 26 febbraio 1948 n. 3, statuto speciale per la Sardegna art. 49: « Il Governo della Repubblica può delegare alla regione le funzioni di tutela dell'ordine pubblico... ». Per alcuni studiosi esiste perfino una nozione di ordine pubblico costituzionale nel senso di complesso di principi descritti dalle norme della Costituzione. Ma qual'è la funzione dell'ordine pubblico per gli studiosi di diritto costituzionale? Se si lascia da parte la tesi che ordine pubblico sia la condizione di efficacia dell'ordinamento, sembra predominante la tesi che l'ordine pubblico funzioni da limite ai diritti: è un mezzo che giustifica l'intervento della collettività in una situazione o posizione giuridica del privato.

dalla Costituzione. Ma la diversità non sta solo nella diversa funzione. Vi è anche una diversa nozione di ordine pubblico: questo è, per internazionalisti e civilisti, ordine giuridico *tout court*; per gli altri, ordine pubblico in senso di ordine di polizia.

Ci troviamo, quindi, di fronte a una nozione complessa o, forse, a una pluralità di nozioni. È possibile ridurle a unità? Su quale base? Cominciamo col ricordare che la Costituzione non fa espresso riferimento all'ordine pubblico: sembra quindi necessario pensare che esso sia un principio implicito. Ora, un principio implicito si può ricavare da molte delle norme citate. Questo è il principio secondo il quale è di interesse pubblico che un'altra norma venga rispettata. Come si vede, questa è una norma strumentale, cioè una norma che rafforza un'altra norma che definiremo materiale. L'ordinamento nel suo complesso ha bisogno di una norma della stessa struttura, che è la norma validante tutte le altre. Ordine pubblico è quindi la norma che impone il rispetto di altre norme. In questa accezione, ordine pubblico si pone come norma o principio che rafforza l'applicazione (o il divieto di applicare) altre norme e quindi non come limite alle situazioni soggettive (73) ma, al contrario, come difesa di queste. Essa è propria soltanto di talune norme materiali (74). Perché questa accezione di ordine pubblico come principio rafforzativo di taluni divieti o comandi sia più chiara, si prenda ad esempio l'art. 414 del Codice Penale che prevede pene per « chiunque pubblicamente istiga a commettere uno o più reati ». È evidente che in tal modo si rafforza il divieto di commettere atti definiti dal codice come reati; e questa sola funzione ha la norma perchè, infatti, non è pensabile che sia reato l'istigazione ad alcunchè di diverso da un reato come fare della beneficenza, pregare ecc. Occorrerebbe un lungo discorso per chiarire fino in fondo la nozione qui precisata e differenziarla da quella di norma imperativa (di cui, ad esempio, all'art. 1344 c.c. che stabilisce che « si reputa illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa ») e da quella di frode alla legge (di

(73) A. PACE, *op. cit.*, 3-4.

(74) Si veda A. PACE, *op. cit.*, 6.

cui all'art. 397, II comma, del c.p.c. che pone tra le ipotesi di impugnazione per revocazione quella in cui la sentenza sia « l'effetto della collusione posta in opera delle parti per frodare la legge ») oltre, che da quella di inviolabilità dei diritti fondamentali (75). Ma qui importa maggiormente dare una serie di riferimenti, di nozioni, e quindi di esaminare se vi siano altre nozioni di ordine pubblico.

Ora, se si esclude l'accezione illustrata, non vi è oggi *probabilmente* altro significato della nozione. Questo non vuol dire che non vi siano norme a tutela dell'ordine pubblico materiale della collettività, ma anzi che queste norme sono ormai così dettagliate da iscriversi in partizioni autonome a seconda che si riferiscano alla sicurezza, alla incolumità pubblica, alla sanità, alla quiete, alla tranquillità, al buon costume ecc. Insomma, la nozione di ordine pubblico, potrebbe dirsi, conserva validità solo in quanto principio di rafforzamento di norme, cioè in quanto norma strumentale. In quanto norma materiale si è rotto, non nel senso che ciò che conteneva è andato perduto, ma nel senso che tale era la ricchezza dei suoi significati che ha perduto importanza la nozione generale e l'hanno assunta invece quelle di specie che erano contenute da quella generale. La Costituzione — più di ogni altra norma — mostra come abbiano assunto autonomia i diversi principi contenuti in quello di ordine pubblico. Essa infatti ammette, con particolari forme, limitazioni dell'inviolabilità del domicilio per motivi di sanità e di incolumità pubblica (art. 14), della libertà di circolazione nel territorio nazionale per motivi di sanità e di sicurezza (art. 15); della libertà di riunione in luogo pubblico per motivi di sicurezza e di incolumità pubblica (art. 17); della libertà religiosa e di stampa per motivi di buon costume (art. 20 e 21); della libertà della iniziativa economica pubblica per motivi di sicurezza (art. 41). Come si vede, volta a volta si tutela un interesse pubblico diverso e l'esplicita menzione con riguardo ad ognuno degli indicati diritti di libertà significa che per ognuno di essi nessuna limitazione può venire se non per quei precisi motivi. Quindi, se le riunioni in luogo pubblico possono essere vietate per motivi di sicurezza e di incolumità sarà ille-

(75) A. CASSESE, *op. cit.*, 463. A. PACE, *op. cit.*, p. 10, nota.

gittimo ogni provvedimento che ponga il divieto per un motivo diverso. Che conseguenze avrebbe, all'opposto, ritenere che sanità, sicurezza, incolumità pubblica ecc. siano usati come sinonimi di ordine pubblico? Che per uno qualunque di questi motivi può essere disposta la limitazione di uno qualunque dei diritti fondamentali indicati, con l'effetto di aggirare l'ostacolo offerto dalla norma che prevede la limitazione ad uno specifico diritto per un ben preciso motivo. Lo stesso può dirsi per l'art. 126 che legittima lo scioglimento del consiglio regionale da parte dello Stato per «ragioni di sicurezza nazionale» (si noti, nazionale e non solo di una zona delimitata del territorio).

Nel senso indicato si è orientata la Corte Costituzionale quando, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma sull'ordine di rimpatrio, si è preoccupata di dichiarare «nel pericolo per la pubblica moralità deve essere sempre insito, secondo la corretta interpretazione da darsi all'art. 2 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, un pericolo per la sanità pubblica o per la sicurezza» (76). Qui non importa tanto il fatto che la Corte faccia discendere nel caso concreto dal pericolo per la pubblica moralità il pericolo per la sanità e la sicurezza, quanto il fatto che anche la Corte ritenga i vari motivi da interpretarsi in senso restrittivo o, meglio, rigoroso.

Ma vi è di più: dalla interpretazione rigorosa esposta discende anche che il limite opponibile a un diritto di libertà in nome della sicurezza, della sanità, dell'incolumità ecc., può essere posto solo quando espressamente previsto. La Costituzione, quando ha inteso conferire alla legge il potere di limitare i diritti fondamentali in nome della sicurezza, dell'incolumità pubblica ecc., lo ha detto espressamente, sicché la mancata previsione del limite, il mancato conferimento alla legge di porre limiti, equivale a negazione di questa possibilità (77). Tutto questo per ciò che riguarda la Costituzione. Ma, per la lentezza necessaria nell'adeguamento della legislazione ordinaria a quella costituzionale, molte norme ancora sussistono che fanno riferimento

(76) « Giur. Cost. », 1962, n. 56, 1545.

(77) C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero e l'ordine pubblico*, in « Giur. Cost. », 1962, 1-2, p. 194.

genericamente all'ordine pubblico; per queste sarà compito dell'interprete scervere, sulla base dei significati indicati dalla Costituzione, il contenuto preciso. I principi enunciati della tipicità dei motivi che legittimano limitazioni delle posizioni dei cittadini e della loro non estensibilità paiono i più rispondenti ad un ordinamento come quello nostro, fondato sulla prevalenza data alla persona umana e alle sue formazioni sociali.

Non importa invece accertare se il motivo fonte della limitazione sia di ordine materiale o di ordine ideale. Ciò avrebbe importanza se la Costituzione parlasse di ordine pubblico e quindi si dovesse dare a questo un contenuto: ma la Costituzione per alcuni articoli parla di sicurezza e sanità e per altri di buon costume. Perché, in primo luogo, escludere i motivi di sanità dalla nozione di ordine pubblico che si vuole contenuta nella Costituzione? Come, in secondo luogo, si può ritenere che norme delimitative dell'ordine pubblico siano i soli articoli 16 e 17? E, anche ammesso che siano solo questi e che quindi ordine pubblico vada inteso in senso solo materiale, che importanza ha ciò se poi, per altri due diritti fondamentali, di religione e di manifestazione del pensiero, si fa invece riferimento al buon costume? È anche quest'ultima nozione materiale o no? Come si vede, porre l'attenzione sul contenuto materiale o ideale sembra piuttosto inutile perché può darsi un contenuto materiale solo a talune nozioni. Chi ha voluto sostenere la natura materiale dell'ordine pubblico nella Costituzione ha dovuto lasciare fuori della nozione una serie di fatti che legittimano limitazioni di diritti. E non è che, facendo ciò, essi non operino (78).

(78) *Contra* A. PACE, scritto cit. e *Spunti per una delimitazione « costituzionale » dello sciopero*, « Giur. Cost. », 1964, 5-6, 13-14.

Lo stesso autore è tornato sul tema dell'ordine pubblico nel volume su *La libertà di riunione nella Costituzione italiana* (Milano, 1967, 150 ss.), dove ribadisce che ordine pubblico è da intendersi uno stato materiale di pace derivato dall'assenza di fatti naturali o umani pregiudizievoli, in particolare dalla assenza di violenza fisica; sottolinea che il determinare se l'ordine pubblico sia da intendersi in senso materiale o in senso ideale dipende dalla concreta analisi storica e giunge alla affermazione che nel nostro ordinamento va considerato nel suo effetto di assenza di turbativa della sicurezza. La dizione pacificamente e sen-

Anche con queste precisazioni, piuttosto lata appare la possibilità di scelta del legislatore e dell'amministrazione: determinare se vi sia o no pericolo per la sicurezza, l'incolumità pubblica ecc., sarà sempre rimesso, in maniera più o meno discrezionale, all'esecutivo. E al prudente suo apprezzamento sarà rimessa la decisione ultima e concreta sul bene pubblico da sacrificare: se i diritti della persona o la sicurezza, l'incolumità ecc., ben s'intende, fino al punto nel quale la tutela della

z'armi dell'art. 17 va intesa come riferentesi all'ordine pubblico. Ora, però, a parte la indubbia utilità pratica della riduzione dell'ordine pubblico al suo carattere materiale, ciò che qui si mette in dubbio è proprio la sussistenza di una clausola generale quale quella di cui si discute. In altre parole, ciò che sembra dubbio è che il costituente abbia ancora voluto far riferimento all'ordine pubblico; sembra invece più rispondente alla lettera stessa della Costituzione che essa abbia abbandonato la nozione di ordine pubblico perchè troppo generale ed abbia, insomma, preferito far ricorso alle « figure sintomatiche » di ordine pubblico, invece che riferirsi ancora a questo. L'utilità di una affermazione di questo tipo potrà essere notata se si riflette sull'applicazione che della nozione di cui si discute viene fatta con riguardo ai rapporti economici, parlandosi di un ordine pubblico economico. In realtà, ancora una volta, la Costituzione è stata qui più precisa perchè ha fatto riferimento, ai fini della indicazione degli interessi pubblici ai quali debbono fare riferimento le limitazioni della proprietà e dell'impresa, alla utilità sociale o ai fini di interesse generale (sull'ordine pubblico economico, P. RESCIGNÒ, « *In pari causa turpitudinis* », « Riv. dir. civ. », 1966, I, 26 ss. dell'estr. e spec. 35-36 e ivi altre citazioni). Insomma, sembra di poter dire che proprio la tendenza analitica della Costituzione dovrebbe indurre a non continuare a far riferimento ad una nozione così generale quale quella di ordine pubblico: tanto più poi ciò vale quando si passi dal campo dei cosiddetti diritti inviolabili (diritti di libertà) ai diritti che la Costituzione permette vengano funzionalizzati, perchè, come è evidente, diverso è il ruolo delle cosiddette limitazioni che possano colpire gli uni e delle limitazioni-funZIONALIZZAZIONI che possano colpire gli altri (basti pensare che nel primo caso la competenza è rimessa al giudice, nel secondo no; che nel primo caso può parlarsi di limitazioni ma non di funzionalizzazione ecc.).

Per quanto poi riguarda i risultati pratici delle conclusioni qui raggiunte è evidente che essi non sono molto distanti da quelli raggiunti dal Pace, per il semplice motivo che le figure analitiche di ordine pubblico cui fa riferimento la Costituzione e che abbiamo sopra richiamato attengono prevalentemente all'ordine materiale e non a quello ideale. Diverso è solo il modo di procedere: l'autore citato trae la conclusione riferita da una interpretazione complessiva della qualificazione liberale-democratica della Costituzione, argomento che certo serve a ribadire la bontà della conclusione raggiunta ma che non deve far dimenticare che di ordine pubblico la Costituzione non parla, mentre fa riferimento a figure di turbamento materiale dell'ordine in via analitica.

sicurezza stessa o del buon costume o della incolumità non ridonda in tutela dei diritti fondamentali.

La Costituzione quindi, laddove dispone limiti ai diritti ed alle libertà fondamentali, non fa capo più alla nozione generale di ordine pubblico, affermando che i singoli diritti possono essere limitati per ragioni di ordine pubblico, ma fa capo (a fine di maggiore tutela dei privati) a singole nozioni interne all'ordine pubblico cioè alla sicurezza oppure all'incolumità pubblica e così via. La nozione generale di ordine pubblico che comprende la sicurezza, l'incolumità ecc. non è menzionata nella Costituzione; se le limitazioni fossero legittimate dall'ordine pubblico, minori sarebbero le garanzie dei privati perchè la nozione di ordine pubblico, essendo più generale, permetterebbe più interventi della pubblica amministrazione e del legislatore a limitazione di diritti fondamentali (78-bis).

(78-bis) Sulla nozione di « police administrative » in relazione a ordine pubblico, C. KLEIN, *La police*, cit., 37-40 e 275-276 per un tentativo di allargamento della nozione di ordine pubblico e di polizia. Informazioni anche in H. HARDINGHAUS, *Öffentliche*, cit., 60-61, 71 (alle pagine 67 e 105 interessanti echi delle tesi del Klein). Sulla distinzione tra « police » (« réglementation ») e « service » (« prestation ») nella dottrina francese, le informazioni, talvolta poco precise, di D. PAPANICOLAIDIS, *Introduction*, cit., 10, 22 e 25 (nonchè, a pag. 6, la prefazione di C. Eisenmann).

Qualche acuta osservazione sulla dottrina spagnola — e non solo su questa — in E. RIVERO Y SERNA, *El deslinde administrativo*, Sevilla, 1967, 94-120 dove esamina il fondamento della « regola esorbitante » dell'autotutela anche in relazione alla nozione di ordine pubblico, oltre che a quelle di conservazione, di sovranità dell'esecutivo, di potere implicito (a pagina 125 l'osservazione che il problema non sta tanto nel negare questi « privilegi » quanto nell'esaminare i modi in cui può esservi tutela e garanzia nei loro confronti). Si vedano inoltre le brevi notazioni sulle « facoltà esorbitanti » di E. GARCIA DE ENTERRIA, *Sobre la imprescriptibilidad del dominio publico*, « Studi per G. Oviedo », Sevilla, 1954, spec. 357.

In relazione a quanto affermato nel testo sulla molteplicità delle nozioni di ordine pubblico e sulla sua non rilevanza costituzionale, si veda, di recente, L. PALADIN, *Ordine pubblico*, « NNDI », *ad vocem*, che afferma (130) che la nozione ha « una varietà di contenuti vicendevolmente irriducibili » e sostiene l'esistenza di un ordine in senso materiale, relativo allo Stato persona e rilevante nel diritto amministrativo e penale, e di un ordine in senso ideale, relativo allo Stato ordinamento e rilevante nel diritto civile e internazionale privato; per il Paladin (132), l'ordine pubblico nella Costituzione è inteso in senso materiale; riprende le distinzioni del Paladin, con alcune precisa-

H) Il fondamento della c.d. esecuzione forzata amministrativa è stato poi indicato nella presunzione *juris tantum* di giustizia dell'atto amministrativo intesa sia come parvenza esteriore di legalità dell'atto sia come intima corrispondenza al diritto e all'interesse pubblico (79).

Altri ha parlato solo di presunzione di legittimità dell'atto amministrativo; l'atto amministrativo — al contrario di quello del privato che ha bisogno di un preventivo atto del giudice che accerti e dichiari la legittimità della pretesa — si presume legittimo; è ammesso di provare il contrario, ma la formazione di tale prova non può ritardare l'esecuzione dell'atto; l'esecutorietà forma uno dei motivi ispiratori della presunzione legale e la presunzione legale è il presupposto logico e giuridico dell'esecutorietà (80).

Alla tesi esposta si è obiettato che — anche a voler accettare la presunzione di legittimità — non è vero che l'esecutorietà abbia in essa il suo fondamento, perchè l'atto è esecutorio anche se dichiarato illegittimo dal giudice e cioè quando la presunzione di legittimità sia venuta meno (81).

Ma è la nozione stessa di presunzione di legittimità che va criticata perchè costituisce una nozione elementare con cui si è tentato di spiegare altri fenomeni: in particolare, il fatto che l'atto ammini-

zioni, G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 166 ss. (dove afferma che il testo costituzionale non ricorda l'ordine pubblico ma concetti più circoscritti e nega l'esistenza di una nozione di ordine pubblico costituzionale). Ancor più di recente C. LAVAGNA (*Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, «Democrazia e diritto», 1967, luglio-dicembre, 359-381) ha affermato che la nozione di ordine pubblico è «una mera nozione di comodo», mentre M. S. GIANNINI (*Caduta di un'altro privilegio del fisco*, «Giur. cost.», 1967, 4, 1080) l'ha chiamata «nozione rifugio» nella quale si individuano almeno tre significati.

(79) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 60-66; *Le funzioni*, cit., 39-40.

(80) G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, 154-157 e 82-83; si veda anche P. BODDA, *Esecuzione coattiva e poteri del Consiglio di Stato*, «GCCC», 1945, II, 698-700, spec. 699 e G. VITTA, *Diritto*, cit., 440-441.

(81) G. ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 296. Nello stesso senso L. MONTESANO, *La condanna nel processo civile anche tra privati e pubblica amministrazione*, Napoli, 1957, 160.

strativo invalido continua a produrre i suoi effetti (82): « essa costituisce una di quelle costruzioni morfologiche elementari... con le quali la dottrina giuspubblicistica cercò in un primo tempo di spiegare un pseudo problema: quello dell'autorità di atti dei pubblici poteri, e quindi dell'applicabilità di essi, malgrado constatazioni di evidente loro invalidità o l'esperimento intrapreso di misure volte a far dichiarare questa e a privare l'atto di efficacia... La spiegazione è invece che l'efficacia dell'atto è indipendente dalla validità » (83).

I) Dobbiamo ora esaminare quelle tesi che vedono il fondamento dell'attribuzione di autotutela in via generale in interessi pubblici strumentali o mediali. Il fondamento politico o ragione pratica dell'esecutorietà è stato indicato di volta in volta nella necessità di continuità dell'azione amministrativa (84), nella necessità sociale imprescindibile che gli ordini del potere esecutivo siano adempiuti (85) perchè l'attività pubblica degli enti pubblici non deve incontrare intralci per il più rapido svolgimento dei suoi fini (86) e non può attendere lunghi giudizi (87), nella particolare posizione dell'ente pubblico e nella necessità che questo ha di ottenere ciò che ordina in modo da attuare una buona organizzazione dei servizi (88).

Gli interessi pubblici alla continuità dell'azione amministrativa e alla buona organizzazione dei servizi non sono certamente interessi

(82) Si veda la critica alla nozione, di M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., 1950, 424-426 e *Corso*, II, cicl., 159-160; si veda anche R. RESTA, *La legittimità degli atti giuridici*, « Scritti per Orlando », II, 331 ss.; tra l'altro è stato anche notato che la presunzione di legittimità non opera di fronte al giudice, ordinario ed amministrativo, dal momento che, secondo il diritto positivo l'onere della prova non incombe solo sull'attore e sul ricorrente, come dovrebbe essere se tale presunzione avesse un effettivo significato (M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 187 e C. CARBONE, *Esecuzione dell'atto amministrativo*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 412).

(83) M. S. GIANNINI, *Lezioni*, cit., 1966, ed. cicl., 159-160.

(84) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 64; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 97; *L'esecuzione*, cit., 18; O. RANELLETTI, *Teoria*, cit., 127; G. ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 295; A. DE VALLES, *La validità*, cit., 355.

(85) U. BORSI, *Fondamento*, cit., 113; *Le funzioni*, cit., 238.

(86) C. CARBONE, *Esecuzione*, cit., 413; si veda anche pag. 416 e 419.

(87) C. VITTA, *Diritto*, cit., I, 440-441.

(88) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 164.

di fatto nel senso che non hanno rilievo giuridico. Anzi, essi trovano talvolta riconoscimento in giurisprudenza e sono persino sanciti in alcune leggi: basti pensare alle norme sulle supplenze in caso di impedimento o morte di titolari di uffici, che mirano ad assicurare la continuità della funzione pur in mancanza della persona fisica titolare dell'ufficio; a quelle sugli orari di ufficio e sui doveri dei titolari dell'ufficio (89). Principale, è il riconoscimento costituzionale del « buon andamento » della pubblica amministrazione (art. 97). Altro discorso è da farsi per ciò che riguarda l'affermazione che l'amministrazione non può attendere lo svolgimento di lunghi giudizi perchè, a parte il fatto che l'amministrazione ben potrebbe chiedere al giudice provvedimenti di urgenza o cautelari quando necessario, questo non è certo un interesse pubblico giuridicamente rilevante: come interesse di fatto, non può essere il fondamento di un principio generale di autotutela esecutiva dell'amministrazione.

Però, ammesso che si tratti di interessi pubblici, bisogna anche dire che essi sono interessi pubblici di una specie particolare e più precisamente interessi pubblici statali. Essi si distinguono dai fini pubblici primari perchè non attengono alla cura di interessi di collettività ma piuttosto al modo in cui questa avviene. Tanto è vero che essi vengono in evidenza nei conflitti tra amministrazione e privati non in via immediata ma di riflesso. Ad esempio, la mancanza di continuità dell'azione amministrativa viene in luce in quanto l'amministrazione che non agisce non cura gli interessi pubblici primari che ad essa sono affidati. La differenza che corre tra i due tipi di interessi può essere vista — oltre che sotto il profilo del contenuto — anche sotto il punto di vista del soggetto titolare: mentre gli interessi finali o generali sono in primo luogo della collettività o di gruppo e solo in via di attribuzione successiva (quanto all'esercizio) di enti pubblici, gli altri attengono principalmente agli enti pubblici in quanto tali. Sotto questo profilo, si comprende perchè si sia fatto ricorso a questi ultimi, per giustificare l'autotutela esecutiva, in epoche o paesi in cui era prevalente una concezione « assolutista » dello Stato.

(89) Per questi ultimi, M. S. GIANNINI, *Corso*, 1965, cit., ed. cicl., 28.

Ora, in quanto fini pubblici strumentali, essi non possono essere invocati per fondare l'esistenza di un principio generale di autotutela esecutiva. Come vedremo più avanti, infatti, vi è un interesse generale e primario — che trova conferma in talune norme della Costituzione — alla risoluzione dei conflitti in via giudiziale. Ora, nei confronti di tale interesse, quelli qui esaminati recedono proprio per la loro natura strumentale.

Riaffermato il carattere sussidiario di tali interessi pubblici, va anche detto che probabilmente il richiamo all'esigenza della continuità dell'azione amministrativa non è, intrinsecamente, idoneo a fondare un potere generale di eseguire dell'amministrazione perchè sembra difficile affermare che il ricorso al giudice rompe tale continuità. Ciò potrebbe dirsi solo se si concepisse la continuità in altro senso, come pienezza della competenza dell'amministrazione per cui questa possa curare in ogni momento e fase gli interessi affidatili fino a portare ad esecuzione i suoi comandi senza soluzione di continuità per ciò che riguarda la figura soggettiva che agisce (che dovrebbe essere dall'inizio alla fine l'amministrazione). Ma allora è facile dire che siamo fuori dell'interesse pubblico alla continuità dell'azione amministrativa.

Questi rilievi in ordine alla continuità pongono in luce la necessità di distinguere più ipotesi di norme che attengono alla continuità, necessità sentita dalla dottrina che ha affrontato questo tema. Si è infatti detto che le norme che attengono alla continuità possono riguardare gli organi o la loro attività. Le prime possono mirare ad assicurare la continuità in senso formale disponendo che vi sia in ogni tempo un titolare (primario o vicario) dell'organo, o invece mirare ad assicurare la continuità in senso sostanziale o stabilità, disponendo che non solo è necessaria l'esistenza continua di un qualsiasi titolare dell'organo ma è desiderabile anche la durata, per un periodo di tempo sufficientemente lungo, del medesimo titolare nell'ufficio cui è preposto (90). Vi sono poi le norme che attengono alla continuità dell'atti-

(90) Si veda L. ELIA, *La continuità nel funzionamento degli organi costituzionali*, I, Milano, 1958, 2-3; sul tema in generale, si veda anche A. A. ROMANO, *La « prorogatio » negli organi costituzionali*, Milano, 1967.

vità. Ma per queste sarebbe innanzitutto da accertare se valgano come principio generale per la pubblica amministrazione o se non debba dirsi più limitatamente che esse si applicano a particolari tipi di attività (ad esempio, servizi pubblici). Mentre, in secondo luogo, sarebbe da accertare se un principio generale che impone la continuità dell'attività dell'amministrazione discenda dalla regola che vieta l'inerzia dell'amministrazione. E anche a questo proposito c'è da chiedersi se sussista una tale regola generale oppure essa non valga solo là dove è esplicitamente disposta (ad esempio, per i casi identificati dal cosiddetto silenzio). Ma c'è ancora da chiedersi se il divieto di inerzia contenga l'affermazione dell'attività e della sua continuità oppure abbia un significato correlativo e positivo più ristretto; si apre, in altri termini, il problema del contenuto della continuità: se essa imponga all'amministrazione di provvedere oppure si limiti a disporre che l'amministrazione proceda, pur senza provvedere. È evidente che nel primo caso il principio di continuità si risolverebbe — anche se non completamente — in quello di doverosità dell'azione amministrativa. Nè è infine da dimenticare il rilievo che la stessa continuità, comunque sia intesa, è relativa e non può essere affermata in assoluto con riguardo ad ogni tipo di attività: essa si presenta in termini che mutano a seconda dei particolari modi di svolgimento dell'attività dei singoli servizi. In questo senso continuità ha significati diversi che sono segnati dal programma dell'attività alla quale la continuità si riferisce. Il programma funge da fondamento e da limite dell'identificazione della continuità e della rottura della continuità che legittima l'adozione di provvedimenti di urgenza che mirano ad assicurare la continuità del servizio (91). Nè qui possono neppure esaminarsi gli effetti della violazione del cosiddetto principio di continuità, che sono diversi, talora esaurendosi nell'evidenziare una mancanza disciplinare, talaltra agendo come fatti di legittimazione per l'ente pubblico o l'organo sopraordinato perchè pongano in essere gli atti che assicurano la continuità. Anche perchè in questa sede il principio di continuità dell'azione amministrativa interessava solo sotto il profilo della sua utilizzazione

(91) Si veda U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 291-294.

come fondamento di un altrettanto generale principio di esecuzione in via amministrativa delle pretese dell'amministrazione riguardanti beni. E, sotto questo profilo, qui basta aver rilevato come il principio di continuità non può essere invocato non solo per le ragioni dette prima ma anche per la diversità di significati e di contenuti che la continuità assume in relazione al tipo di attività alla quale si riferisce e alla disciplina di tale attività. Se le ipotesi sopra riferite sono fondate, cioè, non basta riferirsi al principio di continuità *tout court* perchè questo, in un certo senso, dimostra troppo, poichè ad esso — se inteso in maniera molto ampia — anche la doverosità dell'azione amministrativa può farsi risalire; in altro senso, non serve a dimostrare alcunchè perchè è termine di riferimento troppo impreciso se non riferito al tipo particolare di attività che si vuole garantire in ordine alla continuità (e alla disciplina legislativa di tale attività).

L) Resta da parlare di quelle che abbiamo definito giustificazioni dell'appartenenza all'amministrazione di un generale potere di eseguire: non si tratta, infatti, tanto di motivi adottati a fondamento dell'autotutela esecutiva quanto di tentativi di spiegare, facendo riferimento certe volte a caratteri dell'amministrazione che esegue, altre a caratteri del soggetto colpito, perchè l'attribuzione di tale potere debba considerarsi ammissibile.

Così da alcuni si è detto che, coll'usare l'esecuzione forzata amministrativa, l'amministrazione non crea nuovi obblighi giuridici a carico della persona tenuta ad eseguire l'atto amministrativo ma tutt'al più trasforma, senza aggravarlo, l'obbligo derivante da questo (92). L'amministrazione non fa che realizzare quanto è già dovuto per effetto dell'imposizione del dovere, adattando l'obbligo alle necessità della costrizione: al posto della semplice prestazione viene surrogato l'obbligo di sopportare il fatto altrui pagandone il costo: il che, in sostanza, corrisponde alla trasformazione della prestazione in natura nel suo equivalente economico (93).

(92) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 148.

(93) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 185. in relazione alle prestazioni.

Altre volte si è tentato di giustificare l'autotutela esecutiva affermandosi che gli organi amministrativi non rappresentano interessi personali ma sono imparziali (garanzie sulla scelta dei funzionari e sull'esercizio delle funzioni pubbliche) (94); che anche l'esecuzione giudiziale avviene con l'impiego degli agenti della forza pubblica (95); che l'esecuzione amministrativa è regolata da norme e accompagnata da forme che impediscono che possa turbare la pace sociale (96); che l'amministrazione è sottoposta a preventivi controlli interni e facile è il sindacato esterno su di esso (97).

Inoltre, si sono addotti motivi di ordine pratico: la non ripugnanza dell'uso della forza, visto che la pubblica amministrazione è detentrica della forza pubblica e della forza armata (98).

Ancora, si è cercato di spiegare perchè le pretese di diritto pubblico dovessero considerarsi *ipso jure* passibili di esecuzione d'ufficio e di esecuzione mediante uso materiale della forza, affermandosi che con tali modi di esecuzione si provvede alle più urgenti esigenze, che esse non costituiscono una limitazione molto onerosa di libertà in quanto implicano una azione negativa, che il loro eventuale abuso ammette la possibilità di riparazioni specifiche e per equivalente pecuniario a titolo di danni (99).

(94) U. BORSI, *Le funzioni*, cit., 40; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 97 e *L'esecuzione*, cit., 18.

(95) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 21.

(96) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 97.

(97) U. BORSI, *Le funzioni*, cit., 40.

(98) C. VITTA, *Diritto*, cit. I, 440-441.

(99) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 710. Si è anche osservato, a proposito della esecutorietà, che « restringere il campo di applicazione di tale potestà importerebbe il sovraccaricare l'amministrazione di ulteriore lavoro, di rendere meno rapido il cammino degli affari, mentre non può seriamente affermarsi che il sistema riesca a diminuire in modo eccessivo le garanzie spettanti ai cittadini » (E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, 1921, 186; questo autore afferma, 184, altresì, che « se il diritto obbiettivo non accorda all'amministrazione la potestà di emanare in una data materia atti amministrativi per se stessi esecutorii, è l'amministrazione che deve provare che si sono verificate le circostanze di fatto per le quali, in forza della norma giuridica, il singolo deve sottostare a determinati effetti giuridici a lui dannosi »; si notino anche gli sforzi di questo autore di mostrare che anche in Gran Bretagna e negli Stati Uniti alcuni atti amministrativi sono esecutorii).

E poi si è spiegato che la circostanza che la trasformazione del dovere lo renda «incomodo» all'interessato, che probabilmente incontrerebbe una spesa minore di quella dell'autorità, si giustifica col fatto che l'interessato solo è responsabile: *imputet sibi* se la sua negligenza gli è motivo di danno (100).

Infine, si è invocata la circostanza che il ricorso alla procedura giudiziaria sarebbe del tutto insoddisfacente, neppure essendo ivi con precisione disciplinata la esecuzione delle obbligazioni di fare o non fare (101).

Ora, alcuni di questi rilievi si riferiscono a situazioni in cui il diritto positivo era diverso: così per l'ultima delle osservazioni che era valida sotto il vecchio codice ma non oggi. Altri, cercano di sminuire il rilievo dell'attribuzione di autotutela esecutiva, ma senza riuscirci. Infatti, è pur vero che l'autotutela esecutiva mira al ripristino di una situazione di fatto violata e che doveva invece esser rispettata, ma affermando che da questo discende che l'amministrazione non crea nuovi obblighi a carico del privato bensì trasforma l'obbligo precedente, dimentica che è proprio il modo in cui avviene tale «trasformazione» che qui interessa e che essa è di regola demandata al giudice; non si dà in questo modo un sufficiente motivo per spiegare perchè non debba essere così quando nel rapporto sia parte la pubblica amministrazione. In secondo luogo è vero che l'amministrazione pubblica è imparziale; ma è pur vero che questo carattere non giustifica l'autotutela esecutiva. Anzi, al contrario, l'affermazione dell'imparzialità (e quindi della indipendenza dell'amministrazione, del procedimento contenzioso e non segreto, del principio «*audi alteram partem*») sembra coesistere meglio con il principio di «*judicial enforcement*» che con quello di autotutela, come ben dimostra un confronto con l'esperienza statunitense (102). Nè, infine, può dirsi che l'autotutela esecutiva si giustifichi col fatto che il pri-

(100) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 185.

(101) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 24 sotto l'impero del vecchio codice.

(102) R. PEREZ, *L'istruzione nel procedimento amministrativo*, «*RtDP*», 1966, luglio-sett., 654 e *passim*.

vato non ha adempiuto perchè ciò è negato dalla circostanza che, nei rapporti tra privati, anche vi è « responsabilità » del privato e pure di regola si fa ricorso al giudice per la esecuzione.

Alcuni altri dei rilievi elencati cercano di spiegare che l'uso della forza è connaturale alla amministrazione. Ma ciò è vero solo in particolari casi perchè in altri la Costituzione (artt. 13 e seguenti) espressamente l'attribuisce al giudice; e anche in quei casi particolari non è vero che l'amministrazione può fare l'uso che vuole della forza perchè astretta dal principio di legalità, che limita anche la possibilità di uso dell'analogia nel diritto amministrativo (103).

Infine, non si può dire che vi è esecutorietà in casi di urgente necessità. In primo luogo, infatti, è sempre la legge che deve legittimarla, indicando l'urgenza come presupposto dell'esecutorietà (104). In secondo luogo, non è che l'urgenza legittimi l'esecutorietà in generale, ma che taluni singoli mezzi di esecuzione previsti dalle norme sono applicabili in casi di urgenza. Quindi, l'urgenza non è un fatto di legittimazione di qualunque mezzo ma solo di quelli indicati dalle leggi (105).

M) Esaminati così partitamente i vari motivi addotti a fondamento dell'autotutela esecutiva ed accennate per ognuno di essi alcune critiche, prima di passare a svilupparle più in generale, sarà bene ricordare che l'affermazione dell'autotutela esecutiva come principio generale (scritto o non scritto) incomincia ad incontrare qualche critico in dottrina.

Già in passato, non è mancato chi ha affermato esser l'esecutorietà non essenziale bensì basata solo su criteri di opportunità. Ma intendendo ciò solo nel senso che vi sono sia atti amministrativi ese-

(103) G. ANSCHÜTZ, *Lücken in den Verfassungs und Verwaltungsgesetzen*, « VerwArch », 1906, 315-339 ma spec. 329, dove nega che possa farsi ricorso alla analogia nel diritto pubblico.

(104) A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione*, cit., 63.

(105) Quanto agli inconvenienti che si determinerebbero se non vi fosse esecutorietà, si è osservato che l'autorità amministrativa ha sempre la possibilità di disporre la coercizione mediante l'emaneazione di ordinanze necessitate. A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 834; A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione*, cit., 57.

cutorî sia atti amministrativi non esecutorî e che dipende dal diritto positivo se i primi siano più dei secondi o i secondi più numerosi dei primi (106). Però, mentre alcuni facevano, coerentemente, discendere da ciò l'affermazione che bisogna distinguere a seconda dei tipi di esecuzione per cui l'esecuzione d'ufficio e l'esecuzione mediante uso materiale della forza per adempimento di obblighi di non fare o sopportare sussistono *ipso jure*, mentre l'esecuzione mediante pena, quella mediante espropriazione forzata del patrimonio in ordine a crediti di diritto pubblico o l'esecuzione con uso materiale della forza rivolta all'adempimento di obblighi di fare non fungibili abbisognano di espressa disposizione di legge (107), altri, non coerentemente, affermavano che le eccezioni alla regola dell'esecutorietà, « appunto perchè eccezioni, devono trovare il loro fondamento in una espressa norma legislativa » (108) sì che solo in casi espressamente previsti l'amministrazione potrebbe farsi attrice in un giudizio.

Una parte della dottrina più recente va ancora oltre. Non si limita ad affermare che l'esecutorietà è principio generale in ordine a taluni tipi di esecuzione e non ad altri. Afferma che l'esecutorietà *tout court* non è principio generale; che vi è solo nei casi indicati e regolati dalla legge, indipendentemente dal tipo di esecuzione; e motiva tale affermazione col principio di legalità dell'azione amministrativa e di nominatività dei provvedimenti (109).

L'autotutela esecutiva o esecuzione diretta d'ufficio — si dice — è ammessa nel nostro ordinamento come capacità eccezionale (110).

(106) Così F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 710; seguito da A. DE VALLES, *La validità*, cit., 355-357.

(107) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 710.

(108) A. DE VALLES, *La validità*, cit., 360.

(109) F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 553; M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni*, cit., 80; A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 828-832 e 854-855; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione*, cit., 55-57 e 62-64.

(110) Così F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 553-554 e, precedentemente, *Sul concetto di sanzione*, « Jus », 1955, 253; A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 839; il carattere « eccezionale » della misura secondo A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 840 è messo in risalto dalla stessa legge e in modo particolare dall'art. 378 che dispone un'eccezione ammettendo l'esecuzione diretta nei casi di urgenza. P. GASPARRI, *Lezioni di diritto amministrativo, teoria delle appartenenze pub-*

Ciò si evince, in primo luogo, dal diritto positivo, che l'ammette non in via generale, ma solo in casi espressamente previsti (111) e poi dal fatto che comporta uno svuotamento delle garanzie giurisdizionali dei diritti soggettivi dando luogo alla sola tutela, tardiva e incompleta, del risarcimento dei danni; dal fatto che comporta una deviazione dal principio della divisione dei poteri; dal fatto che, come si comprende dall'esame dell'art. 7 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, tale legge mirava proprio a sottrarre la tutela all'amministrazione (112); e infine dal fatto che, in un ordinamento ancorato al principio di legalità, della possibilità di coercizione dovrebbero disporre, in via di principio, soltanto gli organi della funzione giurisdizionale (113).

N) L'attenta disamina dei motivi portati a fondamento del carattere generale dell'autotutela esecutiva (carattere generale dal quale si fa discendere la legittimità della sua attribuzione alla pubblica amministrazione anche nei casi nei quali non sia espressamente attribuita dalla legge) dovrebbe già aver offerto sufficienti ragioni per concludere in senso negativo. Tuttavia, vi sono anche altre ragioni, che portano ad escludere un'autotutela esecutiva generale, e che non

bliche, Perugia, s.d. (ma 1967), 29-30, afferma, esplicitamente, che « nel nostro ordinamento giuridico la regola fondamentale è quella che richiede, anche per la tutela dei beni pubblici, il previo intervento dell'autorità giudiziaria ». Va notato che lo stesso autore afferma la separazione tra tutela amministrativa e proprietà pubblica, sostenendo che « la legittimazione dell'autorità amministrativa alla autotutela non presuppone necessariamente la piena proprietà pubblica ».

(111) F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555.

(112) F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 554; M. S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, cit., 189.

(113) A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 833.

Non va dimenticata d'altra parte l'osservazione di chi attentamente limita il contenuto dell'autotutela affermando che non propriamente si parla di esecutorietà come autotutela perchè la esecutorietà attiene all'effetto dell'atto. Pure improprio sarebbe considerare il precetto « solve et repete » come manifestazione di un potere di autotutela, non costituendo esso un necessario corollario dell'esecutorietà degli atti amministrativi, ma determinando piuttosto una particolare ragione di incompetenza o di improcedibilità, da farsi valere dinanzi al giudice ordinario (G. A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano, 1959, 10).

sono legate alla critica di questa o quella tesi sul fondamento dell'autotutela, e che quindi esporremo qui.

Una prima osservazione da farsi all'affermazione della esistenza di un principio generale di autotutela esecutiva della pubblica amministrazione è che esso non spiega l'esistenza di leggi speciali che espressamente prevedano l'esecutorietà. Questa è stata giustificata o col fine di togliere ogni dubbio sulla sua sussistenza in date circostanze; ipotesi in cui l'agire in veste di diritto privato possa far pensare che l'amministrazione non voglia agire come ente politico-autoritativo (114) o con lo scopo — attribuito alla legge — di disciplinare le modalità di esercizio o impiego dell'autotutela o per limitarle (115).

Ma nessuna delle due giustificazioni sembra accettabile. Non la prima, perchè il diritto positivo regola espressamente anche casi in cui l'amministrazione certamente agisce in veste di diritto pubblico. Non la seconda, perchè non è vero che le leggi speciali disciplinano solo il procedimento che l'amministrazione deve rispettare per porre in essere atti di tutela esecutiva: esse prevedono anche i presupposti e i motivi e cioè indicano i casi in cui l'amministrazione ha autotutela esecutiva. Se ciò è vero, non sembra possa contestarsi la validità della domanda: che bisogno c'è che la legge espressamente regoli i casi in cui può darsi autotutela esecutiva se questa è potestà generale dell'ente pubblico? Non si spiega ciò, al contrario, affermando che la legge prevede i casi perchè ritiene che solo in tali casi all'ente pubblico sia attribuita autotutela esecutiva?

In secondo luogo, l'affermazione dell'autotutela esecutiva come attributo generale dell'amministrazione comporta un rovesciamento delle posizioni: l'esecuzione forzata, in caso di inadempimento, è la regola; l'eccezione — e cioè l'esecuzione in via giudiziaria — si dà quando vi sia espressa disposizione di legge e in caso di rinuncia da parte della pubblica amministrazione. Un esempio della prima ipotesi è quella di inadempimenti che costituiscono reati e per i quali, quindi, l'amministrazione deve espletare l'azione penale.

(114) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 57 e 148-149.

(115) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 57, 145 e 148-149; O. RANELLETTI, *Teoria*, cit., 127; *La polizia*, cit., 388 e 394-396.

Un altro esempio è quello dell'art. 378 della legge sui lavori pubblici, sull'interpretazione del quale — peraltro — con riguardo al procedimento di autotutela esecutiva, vi sono delle perplessità (116). Nella norma generale dell'art. 378 l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. F, sui lavori pubblici (e così anche nel già citato art. 49 della stessa legge) l'esecuzione d'ufficio e immediata dei lavori di ripristino è prevista solo nei casi di urgenza. Ciò importa che, nel caso nel quale non ricorra urgenza e si dia luogo quindi all'ordine di riduzione in pristino, qualora questo non venga ottemperato, l'esecuzione debba avvenire in forme giudiziali (117). Peraltro, la stessa legge, per le strade ferrate, disponeva (art. 310) che l'esecuzione d'ufficio potesse avvenire anche in mancanza di esecuzione da parte del contravvenitore. Restava ferma l'altra ipotesi: nei casi di urgenza gli ufficiali addetti al servizio delle ferrovie esercitate tanto dallo Stato quanto dall'industria privata potranno, previo processo verbale, far togliere, anche prima della sentenza sulla contravvenzione, ogni opera od oggetto dannoso al servizio. Vi è chi ha spiegato il fatto che l'esecuzione d'ufficio è dalla legge del 1865 disposta solo per i casi d'urgenza (non potendo perciò, nei rimanenti casi, l'autorità amministrativa ottenere la riduzione in pristino se non rivolgendosi all'autorità giudiziaria) con lo « spirito liberale del tempo » (118).

Sofferziamoci ora a considerare l'ipotesi della rinuncia. Innanzi tutto l'affermazione che « è da ritenere che l'amministrazione possa valersi della tutela della giurisdizione ordinaria anche quando abbia

(116) Basti ricordare l'opinione del Borsi già riferita.

(117) L'art. 378 è generalmente considerato come dettante un'esecuzione d'ufficio di un fare o un non fare non strettamente personale ed infungibile nascente immediatamente da legge e senza che occorra un atto o dichiarazione preventiva (F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 101 e 689 e *La esecuzione*, cit., 16, che erroneamente però sostiene, 16 e 24, non essere necessario il requisito dell'urgenza che è invece espressamente prescritto dalla legge) o un'esecuzione forzata amministrativa successiva alla violazione di un obbligo di fare avente a oggetto prestazioni fungibili (A. M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1964, ottobre-dicembre, 840-841) o una esplicitazione di autotutela esecutiva (F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, « Enc. dir. », 555).

(118) A. M. SANDULLI, *I lavori pubblici*, cit., 48.

a sua disposizione una forma di tutela giurisdizionale privilegiata o la facoltà di esecuzione d'ufficio » perchè « ai privilegi si può sempre rinunciare, se non vi sono disposizioni o ragioni in contrario » (119) prova che chi sostiene la generalità del principio di esecuzione forzata amministrativa in caso di inadempimento parte del presupposto che la regola, per la pubblica amministrazione, è il privilegio. In queste affermazioni vi è poi un altro aspetto che potrebbe prestarsi a osservazioni: la circostanza che il principio di legalità sarebbe inteso in maniera tanto ampia da permettere una scelta della amministrazione sul mezzo da adoperare per assicurare l'esecuzione delle sue pretese. Infine, vanno ricordate le contraddizioni nelle quali, nell'esporre i motivi della ammissibilità della rinuncia, ci si imbattette. Infatti, se non è contraddittorio con la premessa l'affermazione che il cittadino non ha interesse a che l'amministrazione si valga del suo privilegio giacchè la procedura ordinaria costituisce per lui più ampia garanzia (120), non è certo coerente con le premesse dire che il privilegio non è talmente essenziale che non possa concepirsi rinuncia ad esso caso per caso (121) perchè proprio dalla essenzialità del privilegio viene giustificato il fatto che esso spetti di regola all'amministrazione; nè con le premesse è coerente affermare che il privilegio sussiste per lo più quando concorra l'estremo dell'urgenza e che il valutare questo estremo rientra nelle facoltà discrezionali dell'amministrazione (122) perchè l'ipotesi in cui sia dato alla pubblica amministrazione di eseguire direttamente ricorrendo urgenza è fuori discussione, legittimando l'urgenza la deroga al principio di esecuzione in via giurisdizionale.

O) Se si vuole risolvere correttamente il problema del fondamento dell'autotutela esecutiva non si può prescindere dal prendere le mosse dal rilievo che essa si presenta come un frutto della tendenza alla pienezza della competenza da parte dell'amministrazio-

(119) F. CAMMEO, *La esecuzione*, cit., 14, n. 23.

(120) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 713.

(121) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 713.

(122) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 713.

ne (123). Questa tendenza non fa sorgere problemi nel tipo di Stato assoluto ad indistinzione di poteri o, meglio, nel quale la distinzione tra poteri è un mero fatto eventuale e di organizzazione interna (124). Vi è anzi chi ha parlato di connaturalità della esecutorietà ai sistemi in cui vige il principio della concentrazione dei poteri pubblici (reggimenti di tipo assolutistico) (125).

(123) Secondo una recente ricostruzione, la pubblica amministrazione ha capacità di farsi giustizia da sé (e cioè autotutela) perché tende alla « pienezza della competenza », cioè ad attrarre a sé funzioni estranee (F. BENVENUTI, *Autotutela*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 537-539. Si veda anche la nota 15 a pagina 539 nella quale sono precisati i significati di attività giurisdizionale in senso formale, sostanziale e materiale). Autotutela è « quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti ed alle sue pretese » (F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 539). Essa può essere di tipo decisorio, se consiste in una attività provvedimento e di tipo esecutivo, se consiste in operazioni (F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 540).

Lo stesso autore aveva già precedentemente affermato che autotutela è la capacità « di risolvere da sola il conflitto... senza ricorrere alla sentenza del giudice e ciò sia rimuovendo l'atto impugnato sia portandolo ad esecuzione coattivamente ». Ed aveva distinto conflitti di impugnazione (« quando si impugna il provvedimento affermandone l'invalidità ») e conflitti di resistenza (« quando l'interessato si oppone alla sua attuazione ») (F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 147).

Va precisato che si parla di autotutela anche in altro senso, vicino a quello di sanzione, per identificare i caratteri della norma: si veda V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto pubblico generale*, Roma, s.d., 31 ss. e 50.

La giurisprudenza definisce in maniera non difforme la autotutela esecutiva: « ...quella che caratterizza la esecuzione di ufficio (come la esecutorietà in genere delle pretese della pubblica amministrazione) è solo la possibilità che ha l'ente pubblico di farsi ragione da se medesimo (salvo il successivo controllo giurisdizionale sulla legittimità dei suoi atti) »; e aggiunge « esecuzione d'ufficio di un provvedimento amministrativo che impone al privato una attività materiale, significa esecuzione coattiva del provvedimento stesso senza intervento del giudice (né di quello di cognizione né di quello di esecuzione) » (Cons. St., Sez. V, 21 aprile 1950, n. 472, « Cons. Stato », 1950, 523).

(124) La questione dell'esecutorietà « non può... affacciarsi quando non si sia ancora consolidata la separazione dei poteri stessi, quando il disporre, l'accertare la violazione della disposizione ed il provvedere coattivamente alla sua esecuzione appartengano alla stessa autorità (come dice U. BORSI, *Fondamento*, cit., 89, si veda anche 83, 85-86 e, dello stesso autore, *L'esecutorietà*, cit., 143-145.

(125) A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 826; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione*, cit., 57-59 che pone in luce come « ovunque non vigesse l'asso-

Le cose cambiano quando si evidenzia una separazione di funzioni fra organi pubblici e l'attribuzione del compito di risoluzione dei conflitti a un particolare gruppo di organi che tendono ad acquistare indipendenza. Alcuni ritengono che la regola, dello Stato assoluto, dell'autotutela non fu scalfita dagli ordinamenti che seguirono la rivoluzione francese (126). Invece, si può dire che la regola dell'autotutela fu negata dagli ordinamenti rivoluzionari e post-rivoluzionari (così in Italia e in Francia), mentre rimase in vita nei paesi (ad esempio, la Germania) in cui i principi degli ordinamenti moderni non si affermarono in pieno oppure si affermarono molto più lentamente.

Ciò è provato dal fatto che la tendenza iniziale del diritto amministrativo in Italia fu nel senso di portare la divisione dei poteri alle sue logiche conseguenze e quindi di negare l'autotutela dell'amministrazione quantomeno nella sua forma più appariscente, l'esecuzione forzata amministrativa (127): ad essa poteva ricorrersi solo nei casi previsti dalla legge e soltanto per decisione dell'autorità giudiziaria. Quella che è stata definita la « tendenza iniziale e originale del nostro diritto amministrativo » (128) era dunque nel senso di escludere l'esecuzione forzata in via amministrativa perchè l'assegnare all'amministrazione una posizione simile a quella del cittadino si considerava la più sicura garanzia di libertà.

La prima legislazione italiana fu improntata a tale spirito liberale. Così, ad esempio, l'art. 7 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, nella interpretazione che di essa è stata data di recente. Per quest'ultima, l'abolizione del contenzioso comportò il venir meno dell'autotutela esecutiva, deferita al giudice ordinario sì che l'art. 7 appare disposto non a fondare l'autotutela esecutiva ma, al contrario, per disporre una eccezione a quella regola, ricorrendo grave necessità pubblica: essa « tendeva a consentire un'esecuzione

lutismo, l'autotutela dell'amministrazione si presentava con caratteri di eccezione ».

(126) A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 826.

(127) U. BORSI, *Fondamento*, cit., 114-115.

(128) U. BORSI, *Fondamento*, cit., 114-115.

provvisoria là dove l'amministrazione, in base ai suoi poteri ordinari, non avrebbe potuto provvedervi » (129).

Ma presto la dottrina di discostò da tale insegnamento (prevalente, tra il finir del secolo scorso e l'inizio dell'attuale, anche in Francia) per aderire a quello prevalente in Germania (130), per il quale

(129) F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 554 e A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 828-829 e 859; si veda anche G. TREVES, *La sospensione di diritto dell'esecutorietà degli atti amministrativi in pendenza di giudizio di fronte ai tribunali ordinari*, « Riv. dir. pubbl. », 1934, I, 335 ss.; G. AZZARITI, *La esecuzione dell'atto amministrativo lesivo di diritti in pendenza del giudizio*, « Foro it. », 1947, IV, 87-96 (che afferma che in pendenza di giudizio può esser sospesa l'esecuzione, mai la esecutorietà); A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione*, cit., 55 ss. e spec. 67-70; dello stesso autore, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, « Riv. dir. proc. », 1959, spec. 376-378. Al contrario, U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 57-58, 79-81, 123 ss., 174-175, 177-188, 192-193, 195-197 e F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 707-709 e *La esecuzione*, cit., 18-19.

Sugli articoli 7 e 8 della legge abolitiva del contenzioso è stato detto: « siamo in presenza di un provvedimento di ordinanza di rarissima applicazione, e di ambito amplissimo, ma pur sempre di carattere cautelare, nel senso che non pregiudica i diritti della controparte. Oggi si può anche dubitare della sua costituzionalità, in quanto nell'esercizio di esso potrebbero essere imposte prestazioni patrimoniali alla controparte in modo indiscriminato » (M. S. GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 85).

(130) Basti citare U. BORSI, *Fondamento*, cit., 90-109 che vede il fenomeno indicato come un esempio della « germanizzazione ad oltranza » della scienza italiana del diritto pubblico; il legame con il concetto di sovranità dello Stato è visto con minor chiarezza dallo stesso autore, in *L'esecutorietà*, cit., 59-60; per A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione*, cit., 59-62, invece, non vi è differenza tra orientamento prevalente in Francia e orientamento prevalente in Germania; va precisato che, mentre il Borsi prende in esame la dottrina, questo ultimo autore prende in esame direttamente le leggi riguardanti la materia e che quindi le sue affermazioni vanno completate con l'orientamento della dottrina tedesca nel senso di ritenere l'esecutorietà principio generale non scritto, ciò che certamente non poteva risultare dalle leggi.

Ai riferimenti delle note precedenti sulla dottrina tedesca, si aggiunga G. ANSCHUETZ, *Das Recht*, cit., spec. 390 e 446 (in nota) dove afferma che « das Recht des Verwaltungszwanges ist nicht ein Attribut der Staatsgewalt überhaupt, sondern zunächst der deutschen Staatsgewalt: es lässt sich nicht logisch erschliessen, sondern nur historisch erklären » e che in Francia dal principio della divisione dei poteri si fece discendere che l'amministrazione non avesse un generale potere di esecuzione (ciò che non fu fatto in Germania). Nell'ordinamento tedesco, peraltro (come notò R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 184 n. 1 e 185 n. 1), vi era la norma generale del par. 132 della Landesverwaltungsgesetz prussiana del 30 luglio 1883, norma generale che permetteva di affermare che la tra-

doveva ammettersi autotutela amministrativa, intesa come principio generale consuetudinario. Il nuovo orientamento era connesso alla adesione ad una serie di concetti prevalenti nel diritto pubblico tedesco: l'idea che titolare di sovranità è lo Stato e quindi che ogni potere dello Stato ha una frazione di sovranità giustificava la pertinenza di autotutela all'amministrazione; l'idea che la legge limiti solo dall'esterno l'amministrazione e che questa abbia « poteri propri » spiegava la generalità dell'esecutorietà (che altrimenti si sarebbe dovuta ammettere solo nei casi — relativamente pochi — espressamente previsti da legge scritta).

La dottrina francese, ferma al concetto che l'amministrazione non è una frazione della sovranità ma ne è una dipendenza e all'idea che la legge non segna semplicemente i limiti dell'attività amministrativa, ma di essa designa gli obiettivi specifici, negava invece che l'amministrazione avesse facoltà di dare esecuzione coattiva ai propri atti a suo criterio e di sua iniziativa, esigendo che la potestà di esecuzione fosse tassativamente prevista dalla legge e di volta in volta ordinata dal giudice (131).

Il mero richiamo ai postulati dai quali si faceva discendere l'esecutorietà fa render conto del fatto che, col cambiare di essi (ciò che è indubitabile, all'epoca attuale, con la normativa costituzionale sulla sovranità del popolo e la supremazia della legge in quanto disciplina positiva dell'amministrazione), debbon cambiare le conseguenze; insomma, che l'autotutela è un fatto di diritto positivo. La legge determina i casi in cui si realizza, la sua natura stessa.

zione di comportarsi come autorità che esegue senza legge. Diciamo subito che chi esamini la Costituzione può però anche rinvenire delle

P) Il problema del fondamento dell'autotutela, a questo punto, deve esser visto sotto il profilo costituzionale: solo da una norma costituzionale può discendere il principio di necessaria predeterminazione legislativa di autotutela e quindi il divieto all'amministra-

sformazione del dovere nella forma coercitiva è insita di pieno diritto nell'ordine dell'autorità.

(131) Un ampio panorama in U. BORSI, *Fondamento*, cit., 93 ss.

zione di comportarsi come autorità che esegue senza legge. Diciamo subito che chi esamini la Costituzione può però anche rinvenire delle norme che sembrano escludere *in toto* la tutela in via amministrativa; norme, cioè, che impedirebbero allo stesso legislatore di attribuire autotutela all'amministrazione e in base alle quali le leggi che ciò facessero potrebbero esser passibili di dichiarazione di illegittimità costituzionale. È bene, quindi, tener distinti i due aspetti ed esaminare prima le norme costituzionali che dispongono la necessaria predeterminazione legislativa di autotutela e poi quelle dalle quali sembra possa farsi discendere un divieto — rivolto anche al legislatore — di tutela amministrativa.

Sotto il primo aspetto può esser invocato l'art. 23 della Costituzione. Secondo alcuni autori e secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, infatti, tale norma costituzionale disporrebbe una riserva di legge per i provvedimenti produttivi di obblighi o di obbligazioni aventi ad oggetto prestazioni del privato di fare o di dare (132). Vi è, nel nostro caso, una prestazione « imposta » da un atto di una autorità? Ora, l'ordine di eseguire è rivolto all'amministrazione che deve eseguire, e non tanto al privato. Ma, da una parte,

(132) In questo senso, M. S. GIANNINI, *I proventi degli enti pubblici minori e la riserva della legge*, « Riv. dir. fin. sc. fin. », 1957, marzo, 26 dell'estr.; *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, s.d. (ma 1964), 64 e 65; *Corso, cit.*, 1965, 96; la sentenza della Corte Costituzionale più significativa a questo proposito è la n. 4 del 26 gennaio 1957 (« Giur. Cost. », 1957, 22 ss.) che afferma che « oggetto di questa norma costituzionale che è intesa alla tutela della libertà e della proprietà individuale è quello di determinare a quali condizioni una prestazione, personale o patrimoniale, può essere legittimamente « imposta » cioè può essere stabilita come obbligatoria a carico di una persona senza che la volontà di questa vi abbia concorso. Quando si ha una prestazione che sia « imposta » nel senso ora indicato, essa cade nella sfera di applicazione dell'art. 23 della Cost. La denominazione della prestazione non è rilevante a tale effetto, poichè il criterio decisivo per ritenere applicabile l'art. 23 della Cost. è che si tratti di prestazione obbligatoria in quanto istituita da un atto di autorità ».

Per una applicazione, anche se non esplicita, si veda l'ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale del Pretore di Priverno, 7 giugno 1966, « Sentenze e ordinanze della Corte costituzionale », 1966, fasc. 9-10, 205, circa l'invito ad esibire il biglietto ferroviario e il suo fondamento regolamentare (che sarebbe quindi in contrasto con la riserva di legge disposta dall'art. 23); tale ordinanza peraltro afferma poi che l'art. 23 deve intendersi in maniera che sia compatibile con le altre regole di carattere costituzionale.

esso è la conseguenza necessaria dell'ordine di riduzione in pristino al quale il privato non abbia prestato ottemperanza; dall'altra, anche all'ordine di eseguire sono — sia pure non necessariamente — connessi obblighi « imposti » come quello di lasciar eseguire dall'amministrazione e quello di consegnare beni necessari alle operazioni esecutive (in ordine ai quali l'amministrazione può far ricorso alla forza); infine, dall'esecuzione di ufficio da parte dell'amministrazione, sorge un'obbligazione del privato avente ad oggetto il rimborso delle spese incontrate dall'amministrazione nella esecuzione (ingiunzione ed esecuzione attinenti alle spese di esecuzione). Ancor più semplice è il discorso per ciò che riguarda la coazione immediata sulla persona, nella quale l'atto di autotutela esecutiva — che consegue dalla inottemperanza all'ordine avente ad oggetto un fare infungibile — colpisce il privato imponendogli con la forza (salvi i limiti costituzionali attinenti alle libertà) un comportamento.

Dal rilievo che l'art. 23 — come interpretato dalla Corte Costituzionale — si applica alle fattispecie esaminate, discende che all'autotutela si può far ricorso solo sulla base di legge che espressamente l'autorizzi caso per caso. Ma poichè la riserva di legge dell'art. 23 è — per unanime interpretazione — una riserva cosiddetta relativa, dobbiamo ora vedere fin dove deve estendersi l'attività legislativa e da dove l'amministrazione può cominciare ad agire discrezionalmente. In altre parole, in quale misura la legge deve predeterminare l'azione amministrativa. Va detto preliminarmente che gli interpreti non si sono, in generale, soffermati su questo punto. Mancano studi sul diverso contenuto della riserva che in alcune ipotesi (133) ha riguardo ai « casi » (art. 25, III e art. 42, III, ad esempio), in altre ai « casi e modi » (art. 13, II e 14, II), in altre (art. 29, II) ai « limiti », in altre alle « garanzie » (art. 15, II) ecc. Si può forse dire, in generale, che in

(133) Ma, per interessanti cenni in questo senso, G. AMATO, *Riserva di legge e libertà personale in una sentenza che restaura l'art. 25*, « Giur. Cost. », 1966, spec. 269-271; precedentemente, S. FOIS, *Ancora sulla « riserva di legge » e la libertà economica privata*, « Giur. cost. », 1958, 1254 ss. Sul tema, principalmente, si veda la seconda parte di D. JESCH, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen, 1961.

talune ipotesi la Costituzione ha disposto il necessario (previo o esclusivo) intervento legislativo indicando al legislatore gli aspetti sui quali esso è chiamato a deliberare (134) (presupposti, motivi, procedimenti, limiti ecc.), in altre lasciando libero il legislatore di regolare l'uno o l'altro aspetto o tutti gli aspetti. In questa seconda categoria sembra rientrare l'art. 23 che dice solo « in base alla legge ». Ora in questa e in altre ipotesi di riserva senza indicazione dell'oggetto della normazione primaria, la Corte Costituzionale ha, per via di interpretazione, fissato alcuni criteri senza i quali non può intendersi rispettata la riserva. La legge deve indicare « i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'ente impositore nell'esercizio del potere attribuitogli » (135), assicurare « le garanzie atte ad escludere che la discrezionalità si trasformi in arbitrio » (136), contenere « la determinazione di presupposti, di garanzie e di limiti sufficienti a circoscrivere la potestà dell'ente impositore » (137).

Può forse dirsi che la Corte Costituzionale, nelle ipotesi di riserva a contenuto libero e cioè quando la Costituzione riservi a un intervento del legislatore una materia ma senza indicargli gli aspetti (« modi », « casi », « limiti » ecc.) che deve regolare, ha dato l'interpretazione più ampia dell'oggetto della riserva. Se non bastassero gli esempi offerti con riguardo all'art. 23, si ricordi quanto la Corte ha affermato a proposito dell'art. 41 dove « non basta che la legge determini genericamente i fini che con i programmi si vogliono raggiungere; occorre la specificazione dei fini, la precisazione dei criteri da seguire per il raggiungimento di questi fini, l'indicazione dei mezzi, la determinazione degli organi che sono chiamati ad attuare i programmi o che sono stabiliti per esercitare i controlli » (138). Non

(134) Per cui « qualunque riserva dovrebbe dirsi assoluta relativamente ad oggetti più o meno limitati » (L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, 79; nello stesso senso, G. AMATO, *Riserva*, cit., 271).

(135) Sent. n. 4 del 26 gennaio 1957, « Giur. cost. », 1957, 32, con nota di M. S. GIANNINI.

(136) Sent. n. 48 dell'11 luglio 1961, « Giur. cost. », 1961, 1019.

(137) Sent. n. 2 del 30 gennaio 1962, « Giur. cost. », 1962, 24.

(138) Sent. n. 35 del 24 giugno 1961, « Giur. cost. », 1961, 629; su questa e sulle sentenze successive in materia A. PREDIERI, *In tema di pianificazioni agrarie e riserva di legge*, « Giur. cost. », 1963, 180 ss.

può escludersi neppure che la Corte Costituzionale tenda a dare una interpretazione ampia circa l'ambito che il legislatore deve coprire, in ogni caso di riserva. Ma ciò che a noi importa è che dalla riserva dell'art. 23, come interpretata dalla Corte Costituzionale, può farsi discendere che alla autotutela l'amministrazione non può ricorrere se non espressamente autorizzata da una legge che determini i casi in cui vi è autotutela, i tipi di autotutela e i modi in cui questa può essere esplicita (così interpretando i termini presupposti, limiti e garanzie di cui parla la Corte Costituzionale). E da una legge che determini questi elementi essa stessa senza far rinvio a norme generali non scritte (come potrebbe dirsi interpretando l'art. 823 cod. civ. quale norma che rinvia ad un principio generale non scritto per cui l'amministrazione può sempre eseguire ciò che ha disposto) perchè « il legiferare dettando norme di rinvio, pur rappresentando di per sè esercizio di funzione legislativa, in quanto si risolve nella produzione di norme meramente strumentali, rappresenta un modo di legiferare non conforme al principio di riserva di legge » (139).

Vedremo poi il significato di questa affermazione; passiamo ora invece all'altro aspetto della disciplina costituzionale dell'autotutela. Noi abbiamo visto che l'autotutela è una attività caratterizzata dal fatto di risolvere conflitti insorgenti tra l'amministrazione e altri soggetti in relazione ai provvedimenti o a pretese dell'amministrazione ed è quindi attività materialmente giurisdizionale ed abbiamo visto l'affermarsi, nell'evoluzione storica, della distribuzione delle funzioni — intese in senso materiale (140) — tra gli organi, nel senso

(139) S. FOIS, *Rinvio, recezione e riserva di legge*, « Giur. cost. », 1966, 597 che peraltro limita l'affermazione al rinvio a favore di atti dell'esecutivo-amministrazione, mentre ammette il rinvio a regole extragiuridiche.

(140) Ben s'intende che il problema della legittimità costituzionale non si pone se si intende per « funzione giurisdizionale » quella che si svolge ponendo in essere un procedimento che si chiude con un atto che ha efficacia di cosa giudicata. Infatti, la pubblica amministrazione certamente non pone in essere atti che hanno tale efficacia. Per intendere correttamente la riserva occorre far riferimenti a campi o a funzioni o a materie, identificate in senso materiale e non secondo criteri formali (sulla nozione di materia G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962, 27). L'efficacia formale di un atto sarà proprio quella che discende dall'esercizio di un potere riservato. Nel nostro

della « attribuzione della capacità di ogni funzione materiale ad un potere indipendente dall'altro » (141). Ora questa distribuzione di funzioni tra poteri — che non va confusa con la separazione dei poteri, che è distribuzione di poteri tra gruppi o classi o ceti sociali — può essere sia un principio organizzativo tendenziale per cui ogni potere esercita in via principale una funzione, sia un principio organizzativo assoluto, nel senso che la Costituzione riserva l'esercizio di ciascuna funzione a un « potere ». In altri termini, questa seconda ipotesi si verifica quando una funzione forma oggetto di una riserva (142).

Ma ciò può verificarsi con riguardo ad ognuna delle funzioni oppure solo ad una di esse. Sembra che ciò accada nel nostro ordinamento, nel senso che una riserva avente ad oggetto una funzione vi sarebbe per la sola funzione giurisdizionale. In altre parole, nel nostro ordinamento vi sarebbe un interesse pubblico — costituzionalmente disciplinato — alla soluzione dei conflitti da parte dell'ordine giudiziario in via esclusiva e quindi con esclusione di ogni altra autorità.

Secondo l'orientamento che qui interessa, vi sarebbe una norma costituzionale che conterrebbe una esclusione generale dell'autotutela (ben si intende, se si ammette che autotutela equivalga a funzione materialmente giurisdizionale). Tale norma sarebbe contenuta nell'art. 102 della Costituzione interpretato come portante una riserva di funzione giurisdizionale (143). Accanto alle riserve legislative, nella

caso, dire che al giudice è riservata l'emanazione di atti aventi efficacia di cosa giudicata non servirebbe ad identificare ed a riservare una funzione ma solo dei poteri. Qui basta dire che per funzione giurisdizionale in senso materiale si intende quella che tende alla dichiarazione del diritto o quella che autorizza l'uso della forza.

(141) F. BENVENUTI, *Appunti*, cit., 34.

(142) Accenna all'ipotesi, M. S. GIANNINI, *I troventi*, cit., 9 n. 8.

(143) Va precisato, prima di procedere, che l'interpretazione riferita è diversa da quella prevalente, che vuole che l'art. 102 della Costituzione intenda solo riaffermare il principio della unicità della giurisdizione (divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali) e dà quindi alla disposizione in questione un significato diverso e molto più limitato; basti citare S. LESSONA, *La funzione giurisdizionale*, « Commentario Calamandrei-Levi », Firenze, 1950, II, 204 e A.

nostra Costituzione vi sarebbe una riserva di funzione giurisdizionale (e non invece una riserva di potestà regolamentare). Questa interpretazione si giustifica sotto un profilo sistematico tenendo conto del fatto che una divisione di poteri esisterebbe tra legislativo e giurisdizionale e non tra legislativo ed esecutivo poichè la pubblica amministrazione è sottoposta alla legge in via di principio. « Un criterio fondamentale organizzativo dello Stato di diritto, alla cui affermazione può ritenersi diretto l'art. 102 Cost. è la « riserva della funzione giurisdizionale » conferita esclusivamente a giudici istituiti e regolati da norme di legge... » (144).

Questa riserva non si riscontrerebbe poi solo nelle norme generali dell'art. 102 della Cost., ma anche in talune norme di specie quali quelle degli art. 13 e seguenti che espressamente attribuiscono al giudice competenza esclusiva ad intervenire nel campo della libertà personale (145). Questi articoli non dovrebbero intendersi come una eccezione alla regola dell'intervento dell'autorità amministrativa ma proprio come esplicazione del generale principio dell'art. 102: in altre parole la Costituzione in taluni casi (146) e non in altri (per esem-

Pizzorusso, *La competenza del giudice come materia coperta da riserva di legge*, « Giur. it. », 1963, I, 1, 1316 (si badi che oggetto principale dell'indagine di questo autore è l'art. 25 della Costituzione e quindi la competenza e non la funzione o attività del giudice).

(144) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, 940; ma si veda anche la successiva ediz., 1967, II, 981, dove sembra più chiaro il riferimento alla giurisdizione in senso formale. Afferma esser « sicura » nel nostro ordinamento una riserva di funzione giurisdizionale V. CRISAFULLI, *Principio di legalità*, cit., 135. Si vedano anche le osservazioni di F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 539 sulla distinzione tra autodichia e autotutela; ma le osservazioni svolte — sia pure in via dubitativa — nel testo non riguardano tale distinzione nella misura in cui tali osservazioni pongono in dubbio l'attribuzione sia di autotutela sia di autodichia alla pubblica amministrazione.

(145) Si aggiunga che — secondo L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962 e *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, « Giur. cost. », 1964, spec. 949-955 — l'articolo 13 ha una funzione servente o ausiliaria e contiene una riserva di legge « dipendente » o processuale, subordinata alle riserve di legge « sostanziali » contenute negli articoli 25, 30 e 32 in un rapporto di strumentalità necessaria.

(146) La Corte costituzionale ha in tali casi affermato che « la garanzia giudiziaria che la Costituzione introduce in questa materia... rappresenta il mezzo attraverso il quale acquista giuridica consistenza lo stesso diritto di libertà per-

prio le limitazioni della proprietà e dell'impresa) ribadirebbe un principio generale fissato dall'art. 102. Secondo questo modo di vedere, vi sarebbe anche nell'art. 23 una riserva cosiddetta relativa ma per la quale l'attività di completamento successiva dovrebbe essere svolta non dall'amministrazione bensì dal giudice (147).

Peraltro, va aggiunto che la Corte Costituzionale (148) ha rite-

sonale che la Costituzione dichiara inviolabile » (sentenza n. 11 del 1956 sulle norme sull'ammonizione, « Giur. cost. », 1956, 618); si veda anche la sentenza n. 2 sul rimpatrio obbligatorio (« Giur. cost. », 1956, 564).

(147) Ma si tenga conto peraltro del fatto che, nell'ipotesi in cui l'accertamento delle condizioni e l'applicazione delle limitazioni previste dalla legge vengano affidati all'autorità giudiziaria, vi è riserva assoluta, secondo V. BACHELET, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, « Giur. cost. », 1961, 913 (su questa affermazione, G. AMATO, *Riserva*, cit., 268 n. 19).

(148) La tesi che vede nell'art. 102 una riserva di giurisdizione — ripresa dal Pretore di Cortina d'Ampezzo — è stata criticata dalla sentenza n. 68 del 1964 della Corte costituzionale nei seguenti termini: « il pretore di Cortina d'Ampezzo risolve la questione prospettandola da un angolo visuale che vorrebbe essere diverso: la norma denunciata violerebbe una riserva di giurisdizione posta dalla Costituzione. Tale riserva risulterebbe precipuamente dall'articolo 102 della Costituzione. In questa norma, che vieta l'esercizio della funzione giurisdizionale ad organi diversi da quelli investiti di giurisdizione, il Pretore trova implicito il divieto di affidare ad altri organi certi atti che per loro natura devono essere attribuiti ad un giudice, « essendo compito della giurisdizione di giudicare gli individui e correlativamente disporre delle loro libertà fondamentali »; nel che si concreterebbe la « riserva di giurisdizione ». Il provvedimento di rimpatrio sarebbe uno di codesti atti riservati al giudice. Poichè ai fini di questa causa, ci si deve occupare soltanto degli atti della pubblica amministrazione, la Corte ritiene che sia d'uopo ricordare che la vita amministrativa pubblica è intessuta di atti, che l'amministrazione adotta senza un previo accertamento da parte dei giudici e che sono senz'altro imperativi. È questa, anzi, una delle caratteristiche degli atti amministrativi. Ed anche in relazione a questo generale potere degli organi amministrativi di adottare provvedimenti senz'altro imperativi, è da considerare la norma dell'art. 113 della Costituzione, secondo cui contro gli atti della pubblica amministrazione è ammessa, senza esclusioni o limitazioni, la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi. Si può dunque affermare che la tutela giurisdizionale rispetto agli atti dell'Amministrazione è sempre assicurata senza limitazioni, ma di regola è assicurata *a posteriori*. Esistono indubbiamente delle sfere nell'ambito delle quali l'amministrazione non può provvedere, essendo la competenza riservata agli organi giurisdizionali. Ma a tal fine occorre attenersi alle singole disposizioni. E poichè nel caso attuale si tratta di giudicare in ordine al provvedimento di rimpatrio obbligatorio, l'esame consiste nel rilevare se la disposizione denunciata, deferendo il provvedimento ad un organo dell'Amministrazione, violi le norme

nuto inammissibile l'esclusione della competenza dell'amministrazione in casi diversi da quelli indicati nella Costituzione espressamente, affermando l'impossibilità di operare tale esclusione anche per i soli

od i principi della Costituzione invocati nell'ordinanza di rinvio. Si sostiene, nell'ordinanza, che la Costituzione tutela la pari dignità sociale della persona (art. 3) e precisa, negli artt. 25, 27 e 101 e seguenti, a quali organi e con quali garanzie spetta di emanare giudizi che intacchino quella parità, specialmente quando si risolvano in una degradazione giuridica della persona: rilievo questo che potrebbe dirsi confortato dalla sentenza n. 11 del 1956 emessa dalla Corte sia pure nei confronti dell'art. 13 della Costituzione. La Corte osserva che fra gli articoli seguenti al 101 bisogna considerare il 102, sul quale l'ordinanza aveva posto l'accento per fondarvi il principio della riserva di giurisdizione. L'argomento addotto dall'ordinanza, secondo cui dal divieto di attribuire funzioni giurisdizionali ad organi non investiti di giurisdizione si dovrebbe dedurre la esistenza di detta riserva, operante anche in riferimento al caso in esame, non appare esauriente, risolvendosi, quell'argomento, in una petizione di principio. Né a favore della tesi sostenuta nell'ordinanza si possono trarre argomenti delle altre norme costituzionali ora richiamate.

Non si può, infatti, fondatamente affermare che alla pubblica Amministrazione sia sottratto qualunque provvedimento che intacchi la dignità delle persone. Nella vastissima sfera dei suoi compiti pubblici, l'amministrazione è chiamata ad emettere una numerosa serie di atti le cui ripercussioni sulla stimabilità delle persone possono essere rilevanti; si pensi agli atti relativi a decadenza, dimissioni, divieti, sanzioni amministrative, fra le quali, rilevantissime, quelle disciplinari, che possono giungere alla destituzione di pubblici dipendenti ed alla radiazione dagli albi professionali. Ben potrebbe il legislatore attribuire al giudice la competenza di adottare qualcuno di questi atti, ma non ha fondamento la tesi secondo cui tutti gli atti del genere debbano essere affidati esclusivamente al giudice. Le leggi ed i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa stabiliscono le garanzie formali e sostanziali che spettano al cittadino nei confronti dell'amministrazione quando trattisi di provvedimenti inerenti alle persone, ma ciò non significa che, nell'ambito della legittimità costituzionale, sia necessario che tali garanzie siano sempre poste nelle mani del giudice. Questi ne conoscerà dopo, ed uno degli elementi essenziali del suo esame consisterà nel rilevare se quelle garanzie siano state o non rispettate dall'organo amministrativo. Si può concludere che dall'insieme delle norme ora esaminate non si può dedurre l'esistenza di un principio generale di ordine costituzionale, che affermi la necessità dell'intervento del giudice in tutti i casi in cui nell'interesse della pubblica Amministrazione si debba procedere ad atti da cui derivi o possa derivare una menomazione della dignità della persona. In sostanza, o tali atti sono ammissibili in base all'art. 3 della Costituzione e allora anche le autorità amministrative possono emetterli, salvo che in virtù di altre norme e principi costituzionali la competenza non debba essere affidata al giudice, o non sono ammissibili e allora neppure una sentenza del giudice potrebbe adottarli ».

casi in cui si tratti di attività amministrativa che ha ad oggetto libertà fondamentali (149) sulla base del fatto che per l'art. 113 della Costituzione vi è sempre tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi nei confronti di atti imperativi dell'amministrazione (150) e del rilievo che l'attribuzione al giudice della competenza ad emanare atti limitativi della libertà avviene per casi di specie e non è regola generale.

Esaminati i due aspetti sotto i quali la questione dell'autotutela può esser posta dal punto di vista costituzionale, bisogna precisare che il secondo — anche ammessa la sua fondatezza — non interessa qui. Ciò che importava era, infatti, la dimostrazione che l'autotutela è sottoposta alla regola di necessaria predeterminazione legislativa dei casi, dei tipi e dei modi (151). Affermato ciò, non resta che esami-

(149) Sul rilievo dei diritti costituzionali di libertà, ai fini dell'autotutela esecutiva, un cenno in G. PASTORI, *La procedura amministrativa negli ordinamenti contemporanei, La procedura amministrativa*, s.l. (ma Vicenza), 1964, 85-86.

(150) Si può obiettare peraltro che la possibilità data ai privati di adire l'autorità giudiziaria dopo che l'autorità amministrativa ha fatto uso di autotutela (esecutiva) è problema diverso da quello che qui interessa. Come è noto l'art. 113 della Costituzione dispone che debba sempre esservi tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione (G. AZZARITI, *Problemi attuali di diritto costituzionale*, Milano, 1951, 107-108 e 120 ss.). Ciò riguarda la difesa delle situazioni del privato non l'uso, da parte della pubblica amministrazione, di autotutela. È chiaro che se la pubblica amministrazione dovesse far ricorso necessariamente alla tutela giudiziaria, il privato potrebbe far valere le sue ragioni contro l'atto della pubblica amministrazione prima che questo venga eseguito.

Ma si è anche detto che la legge del 1865 e ora anche la Costituzione (art. 113), quando impongono la tutela processuale civile per i diritti soggettivi, lasciano alla discrezione normativa il determinare in quali casi gli interessi inerenti allo svolgimento dell'attività amministrativa debbano essere sacrificati a quelle esigenze che giustificano la non coincidenza tra cognizione definitiva ed esecutività (L. MONTESANO, *Processo*, cit., 190).

(151) In questo senso limitato si parla di seguito nel testo del principio di legalità. In realtà, esso, nella sua formulazione generale, è un principio consuetudinario (facente parte di quella che i tedeschi chiamano la parte generale non scritta del diritto amministrativo), fortemente affermato da una parte della dottrina (forse per reazione polemica contro la concezione che si diceva propria dello Stato assoluto: M. S. GIANNINI, *Corso*, cit., 1965, 98, ed. cicl.) e che trovò applicazione — ma non sempre — in giurisprudenza, dipendente

nare come si esplichino tale principio, in concreto, con riguardo alla autotutela (152).

dal modificarsi dell'assetto costituzionale e dei rapporti tra parlamento ed esecutivo; esso si affermò in concomitanza e come una conseguenza dell'evoluzione che portò l'amministrazione da una originaria posizione di potere attribuito ad un ceto o ad una persona (monarca, monarca e aristocrazia, oligarchia non aristocratica) in conflitto con il parlamento rappresentativo del popolo (o, meglio, di quella parte dei cittadini che avevano diritti politici sulla base del censo e dell'istruzione e cioè la borghesia) ad una successiva posizione di potere subordinato al parlamento, ora rappresentativo di tutto il popolo. Se questa è la vicenda che diede luogo al sorgere del principio, può forse anche segnarsi come data del suo sorgere proprio l'allargamento del suffragio. Detto ciò, va però subito affermato che, il principio di legalità, anche se è il frutto di un rivolgimento così importante nell'assetto degli stati moderni, non ha trovato una sanzione costituzionale se non in norme di specie; la Costituzione italiana non dispone che l'attività amministrativa è sottoposta alla legge ma dispone, caso per caso, ipotesi nelle quali non può esservi attività amministrativa se non previa determinazione legislativa dei modi, dei casi, delle garanzie, dei limiti ecc. (V. BACHELET, *Legge*, cit., 909 e 914 afferma invece che « la crisi dell'istituto della riserva di legge nasce con l'affermazione in via generale del principio di legalità dell'azione amministrativa perchè l'una non si distingue dall'altro; si veda anche la distinzione che fa S. FOIS, *Ancora ecc.*, cit., 1256-1259 tra riserva di legge e principio di legalità). Per cui può dirsi che oggi non è applicabile una « concezione rigida del principio di legalità » (M. S. GIANNINI, *Corso*, cit., 1965, 95 e 98 ed. cicl.).

Comunque, come si è detto, a noi importa non il principio di legalità in generale bensì il principio di necessaria, previa determinazione legislativa dell'autotutela e cioè dell'azione amministrativa che più di ogni altra ha i caratteri dell'autorità. Sarebbe interessante, peraltro, vedere in quale misura l'autotutela sia contraria ad alcune regole generali dell'azione amministrativa, ad esempio, a quella della imparzialità. Afferma che l'autotutela è un privilegio che non è in accordo con l'imparzialità, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 168, n. 287 e 363.

(152) Nel testo non si è potuto far cenno, in via di comparazione, al sistema di « judicial enforcement » tipico dei paesi anglosassoni. Ma bisogna pur rilevare che forse il problema dell'autotutela come privilegio è stato proprio evidenziato dai primi studi che hanno comparato il sistema anglosassone a diritto comune a quello continentale a diritto amministrativo. Nè si dimentichi che nei paesi anglosassoni il principio di divisione dei poteri si è accompagnato a quello di distribuzione delle funzioni, ciò che permette a uno studioso anglosassone di meglio percepire l'eccezione che l'autotutela comporta alla regola di distribuzione delle funzioni. Si veda solo E. C. S. WADE, *Introduction* a A. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, London, 1961, CXXV e l'appendice I dello stesso volume P. M. GAUDEMET, *Droit administratif in France*, 482 e 489.

Su un problema di riserva dell'attività giurisdizionale intesa come « re-

Q) L'affermazione del principio di legalità dell'autotutela, dopo quello che abbiamo detto, comporta disciplina legislativa specifica delle ipotesi nelle quali l'amministrazione ha tale privilegio (153); dei mezzi ai quali, nelle singole ipotesi, all'autotutela l'amministrazione può ricorrere (154); delle regole del procedimento che l'amministrazione deve osservare per porre in essere esecuzione in via amministrativa (155).

Ma questi debbono esservi tutti. Se vi è indicazione dei mezzi e delle regole procedurali ma non delle ipotesi nelle quali possa

sidualmente "necessitata"», A. PACE, *Misure di sicurezza e pericolosità sociale presunta*, «Giur. cost.», 1966, 1-2, 196 (dello stesso autore, si veda anche, per un cenno, *I limiti dell'interpretazione «adeguatrice»*, «Giur. cost.», 1963, 5, 1067).

(153) Nè la disciplina di tali casi può applicarsi ad altri in via di deduzione analogica. Come è stato rilevato, il principio di conformità dell'azione amministrativa alla legge, impedisce di adoperare nel diritto amministrativo le stesse regole interpretative legislativamente disciplinate per il diritto privato. Non vi è possibilità del ricorso alla coazione in casi simili a quelli regolati da legge ma solo là dove l'amministrazione è espressamente autorizzata da legge (così, esplicitamente, G. ANSCHUETZ, *Lücken*, cit., 329-330).

Le stesse singole previsioni di poteri di autotutela tendono ad essere interpretate restrittivamente dalla giurisprudenza. Così l'art. 105 del t.u. sulle acque ed impianti elettrici è stato più volte ritenuto attributivo di un potere la cui ampiezza è delimitata da singole fattispecie: non un generico potere dell'amministrazione di vigilare e di provvedere in materia di acque sotterranee, ma un potere che può esplicarsi solo se vi sia turbamento di interessi di carattere generale e solo nelle ipotesi previste dalla legge: ad esempio, la norma dell'art. 105 non trova applicazione quando l'acqua estratta o da estrarsi sia destinata esclusivamente ad usi domestici (si vedano, in questo senso, Cass., sez. un., 10 novembre 1958, n. 3688, «Foro it.», 1958, I, 1796-1797; Cass., sez. un., 12 marzo 1960, n. 497, «Foro it.», 1960, I, 360-367; Cass., I, 16 maggio 1963, n. 1238, «Foro pad.», 1963, I, 944-947, con nota di M. BUSCA, si veda anche Cass., sez. un., 9 marzo 1965, n. 378, «Foro it.», 1965, I, 1507-1512 che ribadisce il principio per il quale l'esercizio del potere di cui all'art. 105 deve essere ispirato alla tutela di un pubblico interesse). Va precisato che la costante interpretazione in senso restrittivo dell'art. 105 cit. ha forse una spiegazione nel fatto che esso si applica alle acque sotterranee «siano o no iscritte negli elenchi delle acque pubbliche».

(154) Su questi due aspetti, in particolare, G. ANSCHUETZ, *Das Recht*, cit., 450 e spec. 466.

(155) Su questo punto, in particolare, H. VON RÖSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 26; su ambedue i punti, negativamente, R. KUKULA, *Der Verwaltungszwang*, Wien, 1918, spec. 54 ss., 66 e 102.

ricorrersi ad autotutela esecutiva, questa si presenta come procedura privilegiata generale, alla quale può in ogni caso farsi ricorso. È il caso, secondo alcuni, del vigente ordinamento tedesco, dove una norma generale elenca i tipi di autotutela e ne fissa le regole di procedimento, ma nel quale l'amministrazione potrebbe sempre far ricorso ad uno di tali mezzi col rispetto della procedura fissata. A questa ipotesi sono anche da ricondurre quegli ordinamenti nei quali si afferma il principio che l'autorità che dispone può anche eseguire in virtù di poteri che gli sono propri. In realtà, anche in tal caso, le ipotesi nelle quali si può far ricorso all'esecuzione amministrativa sono indeterminate.

Se vi è disciplina legislativa delle ipotesi nelle quali si può ricorrere ad autotutela esecutiva e delle regole procedurali che si debbono seguire, ma non dei tipi di esecuzione, l'amministrazione è libera di scegliere un tipo piuttosto che l'altro. Naturalmente anche qui vi sono limitazioni, ma sono solo quelle che discendono da una parte dalle norme costituzionali in materia di libertà, dall'altra da regole generali interne ai rapporti tra i vari mezzi — là dove tali regole esistono — per cui, ad esempio, bisogna sempre esperire il mezzo meno gravoso per il privato.

Se invece manchino le regole del procedimento, l'amministrazione sarà libera di scegliere per ciò che riguarda i modi dell'esercizio del potere, e, in particolare, libera di decidere sulla opportunità di far precedere al procedimento di esecuzione un procedimento di accertamento-condanna.

L'ordinamento italiano regola tutt'e tre gli elementi. Dobbiamo ora prendere in considerazione due di essi, con riguardo alle norme sopra esposte, che hanno riguardo — non necessario — a beni (non necessariamente pubblici). Tralasciamo invece di ripetere quanto si è già detto sul terzo di tali aspetti — la disciplina di specie del procedimento esecutivo — perchè di esso ci siamo già occupati prima, quando abbiamo trattato dei profili procedurali dell'autotutela. Va detto preliminarmente che al principio di legalità in materia di autotutela esecutiva si è fatto ricorso finora più per riaffermarlo genericamente

che per studiarne i modi di atteggiarsi e le implicazioni. Cercheremo ora sia pur brevemente di mostrare come il principio di legalità — e in particolare quello derivato di tipicità — operi per gli atti di autotutela esecutiva e cioè come la legge predetermini gli elementi che li compongono.

Esso si esplica, innanzitutto, nella predeterminazione legislativa dei presupposti. Questi, come abbiamo visto nell'esaminare le norme, consistono nel perdurare di uno stato di fatto che può essere identificato direttamente dalle norme oppure può comportare una valutazione discrezionale (ad esempio, modificazione dello stato delle cose, uso delle cose che comporta limitazione dell'uso da parte di altri soggetti). Presupposto è il perdurare dello stato di fatto non corrispondente al diritto e non lo stesso stato di fatto modificativo della cosa o che comporta limitazioni dell'uso perchè quest'ultimo è presupposto dell'ordine di riduzione in pristino e non dell'ordine di eseguire. La valutazione della durata sarà vincolata se nell'ordine di riduzione in pristino è fissato un termine: se alla scadenza del termine non v'è ottemperanza, v'è presupposto dell'ordine di eseguire. Discrezionale se è ordinata la riduzione in pristino immediata: l'amministrazione potrà valutare l'immediatezza dell'ottemperanza.

Altro presupposto è l'urgenza. Anch'essa è discrezionalmente valutabile dall'amministrazione che procede. Solo che, in questo caso, l'amministrazione dovrà anche accertare direttamente l'altro presupposto della modificazione dello stato di fatto poichè, in caso di urgenza, può procedersi in via di autotutela esecutiva senza far ricorso all'ordine di riduzione in pristino. Invece, non è un presupposto la qualità dell'oggetto: abbiamo visto che le leggi attribuiscono potere di eseguire in via amministrativa sia quando una modificazione dello stato di fatto riguardi beni cosiddetti demaniali, sia quando riguardi beni non demaniali, sia, infine, quando riguardi beni privati.

Il principio di legalità si esplica, in secondo luogo, con la predeterminazione del contenuto della volontà. Dalle norme esaminate si evince che questo elemento è sempre legislativamente regolato: l'amministrazione può o ordinare l'esecuzione della riduzione in pri-

stino o ordinare l'esecuzione con coazione immediata sulle persone (rispettivamente attinenti ad un fare fungibile o ad un fare infungibile).

Anche i motivi sono legislativamente regolati. Solo che, mentre viene in rilievo, tra i motivi secondari, l'urgenza, i motivi primari non hanno rilievo giuridico che come motivi dell'ordine di riduzione in pristino nei confronti del quale l'atto col quale si ordina di eseguire è « strumentale ».

Ma ciò non basta. Il principio di legalità, si manifesta, nei confronti dell'atto di autotutela esecutiva, anche in un altro modo: la legge pone delle correlazioni necessarie tra i vari elementi; in altri termini, disciplina le possibili combinazioni tra essi ammettendone alcune ed escludendone altre per cui solo quando si verificano certi presupposti, si può dare un certo contenuto all'atto di volizione e, all'inverso, non si può dare un certo contenuto a questo se non si verificano certi presupposti (156).

(156) Altri aspetti generali dell'esecutorietà non possono essere qui trattati anche se importanti. Se è vero che l'autotutela esecutiva è capacità eccezionale dell'amministrazione, che ne è dotata solo nei casi indicati espressamente dalla legge, è vero anche che — nei casi non indicati espressamente dalla legge — se il privato non ottempera, l'amministrazione deve far ricorso al giudice. Ma noi sappiamo che è invece il privato che difende il suo diritto degradato in interesse legittimo. E allora potrebbe darsi che l'affermazione che il provvedimento amministrativo è imperativo è da intendersi in senso solo processuale: nel senso che è il privato che deve promuovere l'azione. Pensiamo infatti per un momento e per ipotesi alla possibilità che il provvedimento della pubblica amministrazione abbia imperatività ma non autotutela. Ora, l'imperatività « degrada » il diritto del privato, cioè lo estingue o modifica. Ma se la pubblica amministrazione non ha, contemporaneamente autotutela esecutiva, il rilievo che tale degradazione ha è solo processuale: serve solo a indicare la necessità che, per la tutela giurisdizionale, è il privato che deve rivolgersi al giudice.

Questi aspetti attinenti agli effetti di autorità del provvedimento amministrativo costituiscono a tutt'oggi un campo solo in parte esplorato. Il punto più difficile è la distinzione tra imperatività, esecutività ed esecutorietà; di recente è stato detto che il centro dogmatico del problema dell'autotutela sta nella nozione di imperatività aggiungendosi peraltro che non è necessario che il provvedimento imperativo sia esecutorio (M. S. GIANNINI, *Discorso*, cit., 10, 12, 13, 26; si veda A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione*, cit., 137, ss.). L'imperatività attiene al provvedimento e produce una

R) Per l'ordine di esecuzione di ufficio occorrerebbe ripetere ciò che si è detto per l'ordine di riduzione in pristino poichè, nei casi lì indicati, la mancata esecuzione da parte del privato provoca la esecuzione d'ufficio: la tutela amministrativa, sia in via di cognizione sia in via di esecuzione, è indipendente dal fatto che l'organo o l'ente capace di autotutela sia proprietario; essa si esercita sia su beni cosiddetti demaniali, sia su beni pubblici non demaniali, sia, infine, su beni privati.

Ma vi sono taluni casi che illustrano ciò e che, non ricorrendo nelle norme l'espressa menzione dell'ordine diffida, vanno segnalati qui. Così l'art. 52 r.d. 11 luglio 1913, n. 959, t.u. sulla navigazione interna e sulla fluitazione, per la riparazione — a spese del contravventore — dei guasti sui beni — privati — laterali ai fiumi navigabili e soggetti a servitù di via alzaia; l'art. 714 cod. nav. per la modificazione della consistenza dei fondi in vicinanza degli aerodromi e di altri impianti aeronautici (ma quest'ipotesi presenta già aspetti diversi, di natura espropriativa, perchè l'art. 717 dispone che il privato proprietario venga indennizzato).

La esecuzione d'ufficio e a spese è prevista anche con riguardo ad altri beni. Una prima categoria è quella di beni privati a mezzo dei quali si sia contravvenuto a disposizioni sugli usi di cose in uso comune a tutti o di beni c.d. demaniali: art. 38 r.d. 8 ottobre 1931,

variazione dell'ordine delle situazioni giuridiche soggettive che storicamente si trova dinnanzi allorché viene adottato, per cui le estingue, le modifica, le sostituisce con altre, le trasferisce, in una parola provoca l'avverarsi di eventi di nascita, modifica ed estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce... Autotutela è potestà dell'autorità amministrativa di realizzare unilateralmente, e se necessario coattivamente, le situazioni di vantaggio che col provvedimento nascono a favore dell'amministrazione. Esecutività ed esecutorietà sono « derivazioni applicative » dell'imperatività e dell'autotutela. L'esecutività è l'attitudine del provvedimento che ha acquistato efficacia a produrre i suoi effetti indipendentemente dalla verifica della sua validità mentre l'esecutorietà è la possibilità che la stessa autorità amministrativa esegua, anche contro la volontà dell'interessato (M. S. GIANNINI, *Corso*, cit., II, 139, 144, 157 e 160 seguito da C. CARBONE, *Esecuzione*, cit., 414 per ciò che riguarda la distinzione tra esecutività ed esecutorietà; del GIANNINI si veda anche *Giustizia*, cit., 18 e *L'atto amministrativo*, cit., 78-79).

n. 1604, t.u. sulla pesca, prevede che gli apparecchi di pesca messi in modo da contravvenire alla legge sono, se fissi, modificati o ridotti, se mobili, rimossi a spese dei contravventori. In caso di recidiva tali apparecchi sono confiscati e distrutti. L'art. 5 l. 14 marzo 1952, n. 196 prevede che l'amministrazione può provvedere direttamente a spese del contravventore a rimuovere l'impianto radiotrasmittente abusivo. In ambedue tali casi l'attività esecutiva della pubblica amministrazione si esercita su beni il cui uso permette contemporaneamente di usare cose comuni a tutti (sottoposte a mera riserva). Ciò è indiscusso per l'etere ma neppure può esser discusso per il mare territoriale che non è elencato tra i beni demaniali nè dal codice civile nè da quello della navigazione ed è indicato disgiuntivamente dal demanio nell'art. 1 r.d. 8 ottobre 1931, n. 1604, t.u. sulla pesca (« la presente legge regola la pesca nelle acque del demanio pubblico e del mare territoriale... »). Se si riflette sulla funzione di tali beni privati, si comprende quindi che l'azione esecutiva della pubblica amministrazione non è diretta contro di essi in quanto tali ma solo in quanto permettono un uso contrario alle leggi di cose sottoposte a riserva. In altre parole, la rimozione di apparecchi da pesca o di impianti radiotrasmittenti non consentiti dalla legge ha solo lo scopo di difendere da usi proibiti il mare territoriale (o il demanio) e l'etere. Ma si può dire qualcosa di più; non bisogna farsi trarre inganno dalle apparenze: anche nei casi di ingombri e di occupazioni abusive sarà stato sempre un bene privato a costituire l'ingombro o l'occupazione abusiva e certo non si dice che in tal caso l'azione esecutiva è mossa dalla presenza del bene privato. Una differenza però c'è: che, mentre nel caso di beni pubblici in proprietà, l'ingombro o l'occupazione abusiva deve esser attuale, nell'ipotesi dei beni privati prima indicati, strumenti di utilizzazione del mare o dell'etere, basta che l'uso illegittimo sia potenziale.

Una seconda categoria è quella di beni privati nè contigui a beni pubblici nè connessi con l'uso di beni pubblici; un esempio di esecuzione d'ufficio è qui offerta dall'art. 60 l. 1 giugno 1939, n. 1089, tutela delle cose d'interesse artistico o storico, che prevede la rimo-

zione d'ufficio di mezzi di pubblicità a spese del trasgressore e con l'ausilio, ove occorra, della forza pubblica.

S) All'ordine di eseguire con esecuzione diretta, le norme ricorrono, come si è detto, nell'ipotesi di attività consistenti in un fare fungibile (157). Presupposto per il ricorso a questa forma di esecuzione è quindi la fungibilità dell'oggetto, nel senso che l'obbligo può adempierlo l'obbligato o terzi (158) e nel senso che esso può essere adempiuto con cose fungibili (159). Questa forma di esecuzione non può trovar luogo se l'atto amministrativo importi una *obligatio ad patiendum* o *ad non faciendum* per la naturale impossibilità che questi vengano eseguiti da persona diversa da quella tenuta ad ottemperarvi (160) e perchè per l'astensione e il non fare non è questione di realizzare alcunchè, ma anzi di impedire la realizzazione di alcunchè (161).

Naturalmente un obbligo di fare può sorgere da (162) uno di non fare; esempio: costruzione su suolo pubblico e obbligo di demolizione seguito da demolizione d'ufficio. L'esecuzione non è riferita a un obbligo di non fare ma all'ordine di ripristino (di fare) rivolto dall'amministrazione al privato dopo che questo non aveva

(157) L'uso della coercizione diretta per l'adempimento di obblighi personali e infungibili di fare o sopportare non è equiparabile a quello dell'esecuzione d'ufficio per l'osservanza di analoghi obblighi fungibili perchè nel primo caso la coazione è esercitata sulle persone (F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 22-23). Ma si veda la parte di questo studio dedicata alla coazione immediata sulle persone.

(158) La legge tedesca sull'esecuzione amministrativa espressamente dispone che l'« Ersatzvornahme » possa averè ad oggetto solo un « vertretbare Handlung » e che si tratti di un fare e non di un non fare o *pati* (art. 10).

(159) Sul primo aspetto U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 148 e F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 694; A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 838; su ambedue gli aspetti, R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 185; senza precisare, A. DE VALLES, *La validità*, cit., 367.

(160) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 148-149; O. RANELLETTI, *La polizia*, cit., 392.

(161) A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 823; ma vedi 846-850 con riguardo agli obblighi di *pati*.

(162) A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 823, n. 11 e 839.

osservato l'obbligo posto dalle norme sugli usi che miravano a impedire la costruzione (163).

A parte ciò, il tema dell'attività che può essere oggetto di esecuzione d'ufficio (e in particolare quello dell'ammissibilità di esecuzione forzata in ordine a obblighi di non fare) non interessa ulteriormente perchè esso assume importanza principalmente in ordine all'applicazione di misure coattive *in personam*, in relazione alle norme costituzionali in materia di libertà personale, piuttosto che in ordine alla tutela di beni pubblici (164).

All'attività materiale di esecuzione possono essere connessi un obbligo del privato inadempiente consistente in un *pacti* e l'apprensione coattiva da parte dell'amministrazione di beni del privato.

La prima fattispecie è chiara: specialmente se l'amministrazione operi su beni di privati (ma non solo in questo caso), il privato inadempiente deve lasciar procedere l'amministrazione (165). Se si oppone, l'amministrazione può ricorrere alla coazione sulla persona. Abbiamo già visto che l'esecuzione di ufficio non è caratterizzata dalla forza o coazione quanto dallo svolgersi in conflitto (166). Ma può anche darsi che si debba ricorrere alla forza. L'esecuzione con uso della forza sulla persona può presentarsi quindi insieme con l'esecuzione d'ufficio tutte le volte che per quest'ultima è necessario rimuovere

(163) Un cenno anche in A. DE VALLES, *La validità*, cit., 367.

(164) Su questi problemi, A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 850-854.

(165) E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 629.

(166) L'esecutorietà non può definirsi in relazione alla coazione ma piuttosto alla mancanza di consenso dell'interessato (come accennato da M. S. GIANNINI, *L'atto amministrativo*, dispense, 1963-1964, 188) poichè la coazione non è elemento necessario bensì eventuale; si dà ricorso ad essa quando il privato non consenta lo svolgimento delle operazioni materiali di esecuzione.

L'ipotesi normale di esecuzione senza il consenso ma senza forza non è infrequente. Un esempio in Cass. civ., 17 ottobre 1961, n. 2193, « Mass. Giur. it. », 1961, 667: quando l'attività amministrativa del Comandante del porto si esplica sotto forma di ordini, cioè di atti con i quali egli impone ai privati una determinata condotta, tali ordini, per il requisito della esecutorietà che li accompagna, possono essere eseguiti contro la volontà e l'opposizione del privato, e più precisamente, se il privato non li ottempera, si procede alla loro esecuz. d'ufficio od in danno ed a spese del privato stesso.

una resistenza (167) e che l'uso della forza sia espressamente previsto dalle leggi. Così, ad esempio, l'art. 20 r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740, t.u. per la tutela delle strade, prevede che il funzionario, ufficiale o agente, incaricato dell'esecuzione del decreto che ordina l'esecuzione d'ufficio, nel caso di opposizione può richiedere l'aiuto della forza pubblica (168). Va però precisato che qui l'uso della forza non riguarda l'attività principale ma attività a questa strumentali. L'ordine di eseguire è rivolto alla amministrazione e non al privato, nei confronti del quale è già stato emanato un ordine di riduzione in pristino che questi non ha ottemperato. La forza non è quindi adoperata perchè il privato esegua (perchè, ormai, è l'amministrazione che deve eseguire) bensì perchè il privato non si opponga alla esecuzione da parte dell'amministrazione.

All'esecuzione amministrativa possono accompagnarsi anche obblighi di dare cose determinate. L'ipotesi è raramente prevista dalle norme in tema di beni pubblici (169) dove può piuttosto rinvenirsi qualche caso in cui tale obbligo è connesso con la contravvenzione. In taluni casi l'autorità amministrativa può disporre il sequestro o la confisca di oggetti che abbiano servito a commettere la contravvenzione o la cui detenzione comporti una contravvenzione. Così nel caso della confisca di pesci o di altri prodotti acquatici dei quali il privato si sia impossessato contravvenendo alla legge (art. 38 r.d. 8 dicembre 1931, n. 1604, t.u. sulla pesca) e della confisca e distruzione di apparecchi da pesca contrari a legge e del sequestro delle reti ed attrezzi di pesca (stesso articolo).

Vi sono casi (quello regolato dall'art. 54 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, t.u. sulle acque e sugli impianti elettrici, di interruzioni o

(167) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 695; R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 187.

(168) Non sembra che la coazione fisica nell'esecuzione d'ufficio sia necessaria solo quando questa è da realizzare su beni dei quali abbiano la detenzione soggetti diversi dall'amministrazione, si tratti o non dell'obbligato, e che tali soggetti non pongano spontaneamente a disposizione i beni stessi (come afferma invece A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 839).

(169) In generale già così F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 18.

sospensioni ingiustificate riguardanti grandi derivazioni e derivazioni esercitate abusivamente o in contravvenzione alla legge) nei quali all'esercizio di ufficio a spese si accompagna la presa di possesso delle opere e la messa a disposizione dell'autorità pubblica del personale. In tal caso, prima dell'esecuzione, viene redatto un inventario dell'impianto e successivamente un rendiconto. Sembra chiaro che nelle ipotesi indicate vi è semplicemente un *pati debere* (obbligo di sopportare l'apprensione da parte dell'amministrazione) e non invece esecuzione in via amministrativa di obblighi di consegna (170).

T) All'esecuzione forzata provvedono normalmente le stesse autorità che hanno emanato l'ordine che si deve eseguire (171). Quando, sorgendo l'obbligo direttamente in forza di legge, manca l'atto amministrativo che ordina la prestazione, e la legge non indica espressamente l'autorità che deve eseguire, la esecuzione forzata spetta all'autorità da cui dipende il servizio interessato all'osservanza delle norme di legge violate (172).

Questa, tuttavia, non è una regola generale, come quella dell'articolo 7 della legge tedesca sull'esecuzione amministrativa del 1953 (« ein Verwaltungsakt wird von der Behörde vollzogen, die ihn erlassen hat ») poichè in Italia non vi sono norme generali in materia,

(170) Questi ultimi sono considerati eccezionali da A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 836-838.

(171) L'ordine di esecuzione d'ufficio a sensi dell'art. 20 t.u. 1933 è da alcune sentenze ritenuto definitivo (Cons. St. V, 29 marzo 1958, n. 146, « C. S. », 1958, I, 304) da altre ritenuto non definitivo (C. S., Ad. gen., parere, 24 gennaio 1957).

Si ricordi che è stato detto che l'atto amministrativo è esecutivo indipendentemente dal fatto di essere definitivo: l'esecutorietà è inerente all'atto fino dal suo sorgere e non è affatto legata alla definitività (M. BRACCI, *L'atto amministrativo inoppugnabile ed i limiti dell'esame del giudice civile*, Studi per Cammeo, I, Padova, 1933, 156).

Sulla impugnabilità dei provvedimenti esecutivi, NEUMANN (senza nome), *Die Anfechtung formeller Verwaltungsakte insbesondere der Festsetzung von Zwangsmitteln*, « DVBl », 1957, 304-306.

(172) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 24; R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 179.

nè principi non scritti, ma solo — come si è cercato di dimostrare — norme di specie. Di regola, tali norme indicano l'autorità competente in quella che ha emanato l'atto. Ma ciò non avviene sempre: la legge può anche indicare una autorità diversa.

Un problema sorge quando la legge non indichi l'autorità competente. In questo caso, deve ritenersi la competenza del prefetto (173).

Dalla fungibilità del fare che è stato ordinato e non eseguito dal privato, discende che l'amministrazione può eseguire direttamente ma anche per mezzo di altri privati. In quest'ultimo caso, tra il privato che esegue mediante appalto (174) per conto dell'amministrazione e quello che non ha eseguito (ed avrebbe dovuto eseguire) non si instaura alcun rapporto giuridico (175).

U) Ancora una volta va trattata separatamente, per le sue particolari caratteristiche, la reintegra *ex art. 31 r.d. 26 febbraio 1928, n. 332* in materia di usi civici. Questo afferma che il Commissario per gli usi civici provvede a norma di legge sulle opposizioni e sulle domande di legittimazione. Per le occupazioni relativamente alle quali non si siano presentate opposizioni nè domande di legittimazione, sarà ordinata senz'altro la reintegra e la restituzione dei frutti in conformità alla perizia depositata. Lo stesso avrà luogo per le occupazioni rispetto alle quali, malgrado l'offerta di bonario rilascio, questo non sia stato eseguito con il contemporaneo pagamento dei frutti indebitamente percepiti. In quanto alla restituzione dei frutti il Commissario potrà, in ogni caso, su richiesta degli occupatori, concedere un'equa dilazione (si veda anche l'art. 29, che prevede l'accertamento, da parte del Commissario, della misura dei frutti).

La reintegra *ex art. 31 r.d.l. 26 febbraio 1928, n. 332* può essere emessa solo quando ricorrono le ipotesi: che le parti riconoscono dover rilasciare le terre, con dichiarazioni di bonario rilascio; che, ac-

(173) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 24.

(174) A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 839.

(175) E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 629; H. VON ROSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 32 esclude, invece, che sia ammessa esecuzione da parte di terzi per conto dell'amministrazione.

certato il diritto dell'ente a riavere le terre, e pubblicato il progetto, i possessori non producano opposizioni all'accertamento nel termine di trenta giorni; che nel termine di trenta giorni suindicati i possessori abbiano presentato una istanza di legittimazione respinta dal Commissario; che in sede contenziosa sia stato già accertato il diritto dell'ente alle terre. Tutte tali ipotesi presuppongono esaurita ogni possibilità di contestazione giudiziaria del diritto e della legittimità del possesso.

Tale reintegra (alla quale fa un rapido cenno l'art. 9 della legge del 1927 sugli usi civici ma che è regolata principalmente dall'art. 31 del relativo regolamento) è stata in passato confusa con le altre « reintegre » in materia di usi civici. A causa di tale confusione — e specialmente di quella con la c.d. reintegra di cui all'art. 29 della legge del 1927, della quale parleremo avanti — si è sostenuta la natura giurisdizionale della reintegra *ex* art. 31 del regolamento del 1928.

Cominciamo dalla confusione con la reintegra di cui all'art. 29 della legge del 1927. Ora, mentre questa è una vera e propria rivendicazione, la reintegra che a noi ora interessa presuppone risolto ogni conflitto e accertata l'appartenenza del bene. Ora, nonostante sia avvenuto tale accertamento, può sempre darsi che l'abusivo occupatore non lasci il bene. È proprio in tal caso che si dà luogo, in ipotesi di beni di privati, al processo di esecuzione per il rilascio o la restituzione del bene. Però, il conflitto che deriva dalla mera inerzia del detentore che non rilascia è risolto, nella ipotesi di beni di uso civico, in forza di una decisione di autotutela esecutiva della pubblica amministrazione: è questa la reintegra *ex* art. 31 del regolamento del 1931 (176). Va peraltro ancora aggiunto che il procedimento ora de-

(176) In questo senso Cass., sez. un., 22 agosto 1953, n. 2827, « GCCC », 1953, 393; così anche Cass., sez. un., 15 gennaio 1954, n. 64, « GCCC », 1954, 341 che afferma che l'ordinanza amministrativa di reintegra presuppone la prescritta fase di accertamento, di verifica e di pubblicazione degli atti. Si badi che queste conclusioni sono state raggiunte solo di recente dalla giurisprudenza e, in particolare, dal Consiglio di Stato che in precedenza affermava esser la reintegra solo un momento della rivendica: « l'ordine di restituzione (o di reintegra...) emanato dal Commissario nei confronti dell'occupatore implica necessariamente la dichiarazione a favore del comune del diritto di pro-

scritto — essendo un procedimento di tutela amministrativa in via esecutiva — è esso stesso direttamente eseguito con l'occupazione forzata del bene non riconsegnato. Non sembra, cioè, corretto affermare che esso sia un ordine esecutivo che, in caso di necessità, per mancata esecuzione, può essere eseguito mediante l'occupazione forzata del bene non riconsegnato (177). Il privato ha già mostrato, non adempiendo all'atto precedente, col quale si accertava il diritto, di non voler adempiere: non si dà luogo, a questo punto, che a un ordine di esecuzione (178).

È evidente che, risolto nel senso sopra indicato il problema della distinzione tra reintegra *ex art. 31* del reg. e rivendicazione *ex art. 29* della legge, bisogna, sul secondo punto, quello della natura dell'atto, convenire sulla natura amministrativa (con riferimento — fatto costantemente dalla giurisprudenza — all'art. 823 cod. civ.) e non giurisdizionale. Va preliminarmente precisato che i dubbi (e l'orientamento del Consiglio di Stato, fino a tempi recenti favorevole alla tesi della natura giurisdizionale) (179) sono comprensibili se si pensi che, a norma della legge del 1927, il Commissario per gli usi civici ha funzioni amministrative e giurisdizionali. Infatti, quando il privato proponga domanda di c.d. legittimazione (o dopo la notifica degli accertamenti compiuti dal Commissario e rinunciando fin dall'inizio, quindi, a fare opposizione o, avendo fatto opposizione, con una rinuncia successiva) si entra in una fase amministrativa quale è quella inerente alla c.d. legittimazione (180). Come è stato giustamente detto

prietà sulle terre occupate. Ora cotesta dichiarazione e l'ordine di restituzione che ne discende sono esercizio di potestà giurisdizionale perchè importano la risoluzione definitiva ed obbligatoria del conflitto di interessi esistente nel singolo caso concreto fra il comune e l'occupatore » (C. S., IV, 10 giugno 1947, n. 143, « Il Cons. St., nel quadriennio 1947-1950 », III, 73).

(177) Così Cass., sez. un., 22 agosto 1953, n. 2827, « GCCC », 1953, 393.

(178) Inoltre può intendersi l'occupazione sottoposta a quell'ulteriore condizione, indicata dalla giurisprudenza, del ricorso della necessità.

(179) Sul quale M. CAPASSO, *Nuovo orientamento giurisprudenziale del Consiglio di Stato in tema di ordinanze di reintegra del commissario per gli usi civici*, « GCCC », 1954, 754 ss.

(180) Così anche Cass., sez. un., 22 agosto 1953, n. 2827, « GCCC », 1953, 393 con nota adesiva di M. CAPASSO, *Sulla natura amministrativa del-*

in giurisprudenza « non si comprende come l'ordinanza di reintegra, che è veramente consequenziale al diniego della legittimazione, possa avere natura diversa dal provvedimento relativo alla legittimazione, sulla cui natura amministrativa non sussistono dubbi » (181). La decisione di reintegra presuppone il superamento della fase contenziosa e la impossibilità di contestazioni relative a diritti sulle terre e alla legittimità del possesso. La domanda di c.d. legittimazione implica il riconoscimento da parte del richiedente della inesistenza di un suo diritto soggettivo e della natura demaniale del suolo (182). La legittimazione è (stata definita) concessione amministrativa e il provvedimento con cui si neghi tale concessione — e si ordina conseguentemente la restituzione delle terre al proprietario (comune, associazione agraria, frazione di comune) — è provvedimento amministrativo (183); in particolare, la decisione di reintegra, lungi dall'essere in rapporto con l'accertamento della esistenza di un diritto, non è che una conseguenza diretta ed immediata dell'esplicazione negativa del potere discrezionale attribuito al commissario regionale (184).

Le ordinanze di reintegra sono di esclusiva competenza del Commissario, figura soggettiva diversa dal titolare dei beni a favore dei quali viene disposta la reintegra. Il Commissario ha il potere di emettere di ufficio l'ordinanza amministrativa di reintegra *ex art. 31 reg.* sugli usi civici ma la determinazione del momento più opportuno è rimessa alla sua descrizione.

l'atto di legittimazione e G. CERVATI, *Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1951, aprile-giugno, 526-528.

(181) C. S. VI, 20 gennaio 1954, n. 17, « GCCC », 1953, 753 con nota adesiva di M. CAPASSO il quale aveva già precedentemente, *Osservazioni sull'accertamento della qualitas soli avanti il commissario per gli usi civici*, 1951, III, 797, osservato che l'opposizione costituisce il presupposto processuale dell'esercizio della attività giurisdizionale e che, prima di questa, il Commissario è nell'ambito dell'attività amministrativa.

(182) Così Cass., Sez. un., 13 dicembre 1954, n. 4444; 16 gennaio 1954, n. 81; 12 marzo 1955, n. 746. « GCCC », 1955, 346, con nota di G. CERVATI.

(183) Nè può dirsi che ha natura giurisdizionale il provvedimento del Commissario riguardante i frutti percepiti perchè la restituzione viene ordinata con la stessa decisione di reintegra.

(184) Cass., Sez. un., 4 giugno 1956, n. 1874, « Foro it. », 1957, I, 635 ss.

Secondo taluni (185) il fatto che ha poteri di tutela una figura soggettiva diversa dal titolare comporta una differenza dall'art. 823 per il quale la polizia dei demani spetterebbe alla stessa autorità che ha poteri dispositivi ed amministrativi sui beni. Ora, mentre non è vero che per l'art. 823 capacità di autotutela è necessariamente concessa al proprietario o all'ente gestore necessario del bene, è pure vero che l'attribuzione di tutela amministrativa a figura soggettiva diversa dal proprietario del bene che si vuole tutelare comporta una conseguenza pratica: può non esservi interesse a dar luogo o a dar luogo *subito* alla tutela. Si badi che tale conseguenza si presenta anche nel caso — che è il più diffuso — di attribuzione di tutela amministrativa all'ente gestore. In tal caso, la difficoltà è risolta o dando, congiuntamente all'ente gestore, potere di difesa in via ordinaria al proprietario o a un membro della collettività proprietaria o affermando che l'ente gestore ha l'obbligo di provvedere alla tutela (solitamente, le due ipotesi si trovano congiunte).

Come si può rimediare, nel caso in esame, all'inerzia del Commissario? La strada da seguire sarebbe quella della azione in via giudiziaria, con i mezzi dati a tutela della proprietà, al proprietario. Naturalmente, sull'azione giudicherà il Commissario in sede giurisdizionale. Ciò però è negato da una sentenza (186) che afferma che il titolare del diritto può solo sollecitare con la sua domanda l'esercizio del potere di tutela in via amministrativa esclusivamente spettante al Commissario, senza però che la domanda possa interpretarsi come una domanda giudiziale (187).

Ma, ammesso che si possa agire in via giudiziaria, c'è chiedersi a quale tipo di azione può il proprietario ricorrere per rimediare all'inerzia del Commissario. Vi è chi (188) afferma essere le azioni

(185) G. CERVATI, *In margine alle ordinanze di reintegra dei commissari per gli usi civici: potere ad emetterle, competenza sulle impugnative*, «GCCC», 1955, 354.

(186) Cass., Sez. un., 4 giugno 1954, n. 1874, «Foro it.», 1957, I, 635.

(187) Ma se il Commissario non provvede alla reintegra *ex art. 31 reg. sugli usi civici* si può anche ricorrere avverso il silenzio?

(188) G. CERVATI, *In margine, cit.*, 355-356.

del proprietario petitorie (di rivendica) o possessorie. Ora, ciò non sembra convincente, dovendo piuttosto trattarsi di un'azione in esecuzione. Abbiamo infatti visto che la reintegra presuppone il superamento della fase contenziosa e la impossibilità di contestazioni relative alle situazioni o ai poteri sui beni. Ora, il proprietario che poteva ottenere la reintegra non può far altro che chiedere un titolo esecutivo giudiziario (189). Va peraltro aggiunto che ben potrebbe darsi azione petitoria o possessoria, da parte del proprietario, ma ciò dovrebbe avvenire prima dell'avvenuto diniego di legittimazione.

Una volta proposta l'azione, può il Commissario decidere di agire in via amministrativa? Vi è chi ritiene che il potere del Commissario non può essere paralizzato dall'azione dell'ente (190). Così anche la giurisprudenza per la quale, finché sia in atto il procedimento amministrativo per la legittimazione del possesso abusivo del terzo, ogni possibilità di attuazione del diritto di proprietà del titolare delle terre occupate viene ad essere necessariamente paralizzata, restando la persistenza o non del diritto subordinata al diniego o non della legittimazione (191).

3. *A*) Distinta dall'esecuzione d'ufficio è la esecuzione con uso della forza sulle persone: coazione immediata sulle persone (1). Anche qui vi sono due fasi: quella che si conclude con l'ordine rivolto al privato trasgressore di compiere quelle attività che permettano di restaurare la situazione di diritto violata e quella che — continuando l'inadempimento del privato — ordina l'uso della forza. Solo che,

(189) Così lo stesso G. CERVATI, precedentemente, in *Le varie « reintegre » di beni d'uso civico*, « GCCC », 1954, 349.

(190) G. CERVATI, *In margine alle ordinanze di reintegra dei commissari per gli usi civici: potere ad emetterle, competenza sulle impugnative*, « GCCC », 1955, 356.

(191) Cass., Sez. un., 4 giugno 1956, n. 1874, « Foro it. », 1957, I, 635 ss.

(1) Si distingue, in ordine a questa esecuzione, il caso che essa sia adoperata nell'attività di osservazione, nell'attività di prevenzione e in quella di repressione (O. RANFLETTI, *La polizia*, cit., 396 ss.).

Sull'esercizio della « contrainte administrative », intesa come eccezione, la giurisprudenza citata da D. PAPANICOLAIDIS, *Introduction à la théorie de la police administrative*, Paris, 1960, 85 ss.

nelle ipotesi che qui esamineremo, si tratta — come vedremo — di un fare infungibile e quindi non eseguibile da parte della amministrazione.

Le fattispecie del tipo descritto, nel campo dei beni pubblici, sono di numero limitatissimo. Inoltre, il problema dell'uso di coazione sulla persona solleva una serie di problemi di ordine costituzionale in materia di libertà che non trovano la loro sede adeguata in uno studio sull'autotutela esecutiva che ha per oggetto beni pubblici. Infine, si può dire che, in generale, quanto si è detto dell'autotutela esecutiva con riguardo all'ordine di eseguire si applica anche all'ordine di costringere ad eseguire. Per questi tre motivi, il presente tema potrà avere più rapido svolgimento.

Anche per questo tipo di esecuzione si è posto il problema: se vi sia bisogno di autorizzazione con legge volta per volta. L'art. 613 c.p.c. prevede che, per l'esecuzione forzata in via giudiziaria di obblighi di fare e di non fare, l'ufficiale può farsi assistere dalla forza pubblica. Per l'esecuzione in via amministrativa non solo non vi è un principio generale analogo; ma, con riguardo a beni pubblici, neppure le disposizioni di specie sono molte. Basti fare l'esempio dell'art. 303 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, sui lavori pubblici, titolo V, delle strade ferrate, che dispone che gli agenti della strada ferrata debbano far uscire immediatamente chi si introduca nel recinto della strada e sue dipendenze e nelle vetture senza avere diritto ad entrare. In caso di resistenza qualunque impiegato della ferrovia potrà chiedere l'assistenza della forza pubblica (2).

Anche per questo tipo di esecuzione si è, in vario modo, affermato che è di generale applicazione, senza che vi sia bisogno di norma che espressamente lo attribuisca e regoli. E ciò è stato detto con argomenti in parte simili e in parte diversi da quelli che abbiamo visto per ciò che riguarda l'autotutela esecutiva avente ad oggetto un fare fungibile. Sì che — al rinvio a ciò che si è lì detto — bisogna ora aggiungere una breve esposizione di queste argomen-

(2) Sul quale, U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 156, n. 2.

tazioni e qualche osservazione critica. Vi è chi ha affermato che si deve ritenere che la autorità amministrativa può eseguire coattivamente i suoi atti perchè nella facoltà di emanare un dato atto amministrativo è compresa la facoltà di eseguirlo coattivamente: deriva dal concetto di potere pubblico ed è ad esso essenziale: senza questa facoltà gli organi del pubblico potere cesserebbero di essere tali. La legge può venire solo per regolare, per limitare questa facoltà, non per fondarla. Essa sarebbe necessaria se si imponesse all'obbligato qualche cosa di più e si rientrasse in tal maniera nel concetto di pena (3). Vi è chi ha distinto l'ipotesi che con questo tipo di esecuzione vengano limitati quei soli diritti del soggetto che la legge o l'ordine era rivolto a limitare dall'ipotesi che con esso si devono apportare alla libertà del suddito restrizioni d'ordine e di misura diverse da quelle che l'atto medesimo stabilisce. Nella prima ipotesi l'autorità potrebbe ricorrere all'esecuzione di cui parliamo senza espressa autorizzazione di legge; non, invece, nel secondo caso (4). Vi è chi ha affermato che il potere di coazione si fonda sull'art. 52 c.p.: necessità di difendere un diritto proprio contro il pericolo attuale di un'offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa (5). Vi è infine chi ha detto che il potere di coazione può fondarsi nell'art. 54 c.p. (sullo stato di necessità).



(3) O. RANELLETTI, *La polizia*, cit., 396.

(4) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 158-159; la distinzione è ribadita in *Fondamento*, cit., 111-113 e in *Le funzioni*, cit., 247

(5) Sull'autotutela nel senso di liceità di respingere la violenza con la violenza, indicazioni in A. MONTEL, *Il possesso*, Milano, 1962, 415 ss.

L'ipotesi di difesa legittima ben potrebbe ricorrere per la pubblica amministrazione: ma non si tratta di mutare lo stato di fatto bensì di impedire che altri violentemente lo muti, secondo F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 12 e 23. Può allora aversi legittima difesa se agenti dell'ente proprietario difendano con la forza da occupazione o turbativa beni pubblici? (come afferma A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 824-825; si veda anche 855, dove ricorda che non vi è, nell'art. 52 cod. pen., distinzione tra interventi sulle cose e sulle persone).

Circa la possibilità di far uso delle armi, questa era ammessa se fondata sulla legittima difesa, nel senso che le armi fossero adoperate per respingere una violenza che si volesse compiere sull'autorità mentre compie atti del proprio ufficio; oppure nel caso che l'autorità incontri una resistenza, per svolgere le sue funzioni, che non possa essere vinta che con le armi: « in ambedue

Le prime due tesi non dicono nulla di diverso da quelle esposte nella parte precedente, a proposito delle quali abbiamo già avuto modo di osservare da una parte che non è un potere intrinseco alla autorità quello di costringere ad eseguire e dall'altra che non è vero che l'obbligo trasgredito si « trasformi » in autotutela esecutiva e che quindi questa non contenga nulla di più di quello. Ma neppure la legittima difesa assicura alla pubblica amministrazione la possibilità di ricorrere quando vuole alla costrizione per il fatto che le norme sulla legittima difesa si applicano a privati-persone fisiche e non alla pubblica amministrazione. Se così non fosse, non si potrebbe dire che essa è vincolata dal principio di legalità perchè potrebbe far ricorso all'art. 52 c.p. per attribuirsi nuovi poteri. Nè può dirsi che si applichi l'art. 54 c.p. perchè altro è la necessità ed urgenza, altro lo stato di necessità (6) di cui a questo articolo, al quale può avvicinarsi lo stato di necessità quando riferito all'integrità dello Stato o di altro ente pubblico (7).

Ma c'è di più. Non bisogna dimenticare che per il fatto che implica una diretta limitazione della libertà personale — costituzionalmente protetta — l'ordine di costringere all'esecuzione incontra limiti costituzionali invalicabili: infatti, ciò è stato da tempo notato dalla dottrina che o l'ha ammesso solo nei casi previsti dalla legge ed ha quindi negato esser l'autotutela esecutiva sulle persone principio ge-

queste ipotesi, difatti, vi sarà sempre contro l'autorità o altri una violenza attuale ed ingiusta, che non può essere altrimenti respinta » (O. RANELLETTI, *La polizia*, cit., 402-403). Più convincente, specialmente di fronte a una interpretazione così lata di legittima difesa, la tesi per la quale l'uso delle armi è ammesso solo come *ultima ratio* (A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 855).

Sulla Verordnung über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch die Verwaltungs- und Polizeibehörden (Waffengebrauchs) del 15 novembre 1951, si veda il libro dallo stesso titolo di SCHEER (senza indicazione di nome), Braunschweig, 1956. In generale, sull'uso della forza, G. ANSCHUETZ, *Das Recht*, cit., 413 ss.

(6) Potrebbe dirsi che la prima attiene all'interesse di collettività o interessi alieni a quelli dell'ente (F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 12 parla invece di interessi che attengono al buon andamento dell'amministrazione e al buon funzionamento dei servizi) mentre il secondo riguarda interessi dell'ente stesso.

(7) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 12.

nerale (8), o si è sforzata di identificare e limitare i casi in cui — anche come principio generale — sia ammissibile (9). Però, dopo l'entrata in vigore della Costituzione del 1948, tale libertà non è soltanto garantita con la riserva alla legge della determinazione dei casi e dei modi in cui può essere sottoposta a limitazioni (10), ma anche con la riserva al giudice dell'attività di esecuzione della legge (e quindi

(8) Alcuni hanno distinto tra uso della forza con riguardo a obblighi di non fare o sopportare (ammettendolo, per le stesse ragioni che l'esecuzione d'ufficio, come principio generale) e l'uso della forza rivolto all'adempimento di obblighi di fare non fungibili (ammettendolo solo nei casi espressamente previsti dalla legge perchè implica una diretta limitazione della libertà personale) (F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 710-711). Ma lo stesso autore aveva negato esser questa ammissibile fuori dei casi espressamente previsti, a meno che non si verifici: che risulti come conseguenza inevitabile dell'obbligo imposto al cittadino e dello scopo per cui fu imposto (stabilita la facoltà di perquisizione, a questa si può ricorrere con uso della forza); oppure che si renda necessaria per motivi di urgente tutela della sicurezza, dell'ordine e dell'igiene pubblici: queste circostanze legittimerebbero l'uso della coazione in forza dei principi generali di diritto (esempio: vaccinazione coattiva durante un'epidemia); oppure che la contravvenzione all'obbligo di non fare rappresenti anche la flagrante violazione di un ordine dell'autorità la cui disobbedienza autorizzi all'arresto (art. 434 dell'allora vigente c.p. e 303 dell'allora vigente c.p.p.): « l'arresto in tal caso fa cessare la violazione; e in ogni modo in luogo dell'arresto il modico uso della forza per impedire il perdurare dello stato di fatto illegittimo è *a fortiori* consentito » (F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 22-23).

Anche altri hanno affermato che questa forma di esecuzione, che ha degli effetti gravissimi sulla sfera giuridica dei privati, non può adattarsi fuori delle ipotesi previste dalla legge; il potere di coazione non è un potere proprio della pubblica amministrazione (A. DE VALLES, *La validità*, cit., 368). Così anche chi distingue l'ipotesi che l'esecuzione sia diretta su cose da quella che sia diretta su persone: nel primo caso l'azione amministrativa con uso della forza sarebbe conseguenza necessaria dell'inadempimento dell'obbligato per cui non v'è bisogno di una legge *ad hoc*; nel secondo caso, data l'esistenza di principi generali e di norme costituzionali sulla libertà personale, occorrono norme espresse per legittimare l'esecuzione con la forza (R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 203-205; id., *II Le prestazioni di cose*, Padova, 1935, 135).

(9) Vi è chi ammette la coercibilità con riguardo alle persone solo con riguardo alle restrizioni che consistono nel trovarsi in un determinato luogo, allo sgombero e chiusura di case insalubri, allo scioglimento di riunioni pericolose, all'obbligo di sopportare operazioni sul proprio corpo (C. VITTA, *Diritto*, cit., I, 447).

(10) Se a questo mezzo di esecuzione può ricorrersi solo nei casi previsti dalla legge con riferimento espresso all'immediata coazione, non si può dire che ad essa può farsi ricorso solo nell'ipotesi che altri mezzi siano risultati

anche della tutela esecutiva). Osservazione che non solo impone di considerare il mezzo di tutela di cui si parla come eccezionale e necessariamente regolato da leggi, ma fa sorgere anche qualche dubbio sulla legittimità costituzionale delle leggi che lo prevedono (11).

S'intende che tali dubbi non sorgono se gli ordini di cui qui si parla non si ritengono limitativi della libertà personale garantita dalla Costituzione. E ciò si è affermato per due vie. La prima ha riguardo al tipo di misura che con l'ordine si intende attuare: e in proposito si è detto che, trattandosi di un puro e semplice allontanamento da un luogo e non di una traduzione in luogo determinato, non si ricade sotto il divieto dell'art. 13 (12). Ma l'interpretazione della norma dell'art. 13 e dell'ambito della libertà personale non può essere tanto compiuta sulla base della quantità e della gravosità della restrizione,

infruttuosi (come la legge tedesca sull'esecuzione amministrativa, art. 12, dispone espressamente).

Affermava che vi è discrezionalità in ordine ai modi d'impiego della forza U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 159.

(11) Altro problema è quello del diritto di resistenza: è assolutamente escluso il potere di opporsi all'esecuzione con atti positivi e materiali di violenza (resistenza attiva) considerati come reato (art. 337 cod. pen.). La resistenza passiva sarebbe ammissibile solo contro gli atti nulli (G. ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 300). Il rifiuto di obbedienza o disobbedienza o resistenza passiva consisterebbe nel non fare ciò che è stato comandato o nel fare ciò che è stato vietato, ed è ritenuto ammissibile soltanto contro gli atti assolutamente nulli; rispetto agli atti annullabili, questo non ha conseguenze penali, non dà luogo a responsabilità civile (U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 112 e 157; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 243; ma specialmente G. ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 300).

Si è negato che sia ammissibile resistenza attiva nei confronti dell'atto esecutivo perchè questa è ammessa solo quando l'atto sia giuridicamente inesistente (così U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 112-117; *Le funzioni*, cit., 41). Altri spiega l'esclusione affermando che deriva dal divieto di farsi ragione da sè; il privato non ha (l'art. 337 ritiene la resistenza attiva reato) e l'amministrazione ha (E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 243; G. ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 300) possibilità di farsi ragione da sè.

F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 556. invece, ammette, senza spiegare, un diritto di resistenza del cittadino. Sull'argomento, si veda anche A. LONGHI, *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità*, Milano, s.d.; E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 220 ss. e L. GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, 1950, 189 ss.

(12) Si veda A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 845.

quanto sulla base del bene giuridico colpito. In più, è stato osservato che le traduzioni implicano pur sempre uno spostamento da un luogo ad un altro e niente esclude che l'allontanamento stesso possa avvenire nelle forme di una traduzione. Si evidenzia così la seconda via, quella che attiene alla considerazione dei valori personali che possono essere colpiti dal provvedimento: su questa base si afferma, sia pure in maniera dubitativa, che i valori intaccati col mezzo della coazione fisica nel caso qui esaminato non sono tali da far rientrare tali valori nella formula oggetto della garanzia dell'art. 13 (13). A questa seconda impostazione potrebbe peraltro opporsi che « fra le libertà civili ve n'è una che precede e condiziona tutte le altre rendendone possibile l'esplicazione: cioè quella che attiene all'integrità fisio-psichica della persona, e che si designa pertanto col nome di "libertà personale", ad esprimere la priorità ed essenzialità, la irriducibilità del suo contenuto... »; tant'è vero che la stessa Corte Costituzionale ha affermato che dall'art. 13 sono protette non solo le situazioni di assoggettamento che impediscono il libero movimento della persona fisica, ma anche qualsiasi accertamento o operazione che su di essa si eserciti coattivamente (14). E ciò anche a non voler osservare che l'art. 13 è norma strumentale e procedimentale ed essa stessa non identifica il contenuto del comportamento o dello stato garantito. E infatti, sotto questo profilo, l'affermazione che gli ordini di cui si parla incidano sulla libertà personale, può condurre, sulla base dell'art. 13, proprio e solo alla conclusione della attribuzione al giudice delle decisioni che incidano sulla libertà. Ciò che equivale ad ammetter che le misure limitative di maggior peso — per lo

(13) Si veda A. BARBERA, *I principii costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967, 119 ss. e 135-141; dello stesso autore, si veda anche *Pari dignità sociale e valore della persona umana nello studio del diritto di libertà personale*, « Iustitia », 1962, gennaio-giugno, spec. 144-145; *Note preliminari in tema di libertà di circolazione e di soggiorno*, « Rass. dir. pubbl. », 1962, fasc. II-III; *Aspetti della tutela della libertà personale nel processo civile*, « Giur. cost. », 1966, spec. 7 dell'estr.

(14) Il brano citato nel testo è di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1966, II, 840; a p. 844 indicazioni sugli orientamenti della Corte Costituzionale.

meno per quanto riguarda i beni — debbano essere decise dai giudici; conclusione non diversa da quella a cui si arriva affermando la necessità della amministrazione di sottostare al giudice e di non farsi ragione da sè. Insomma, quel che si vuol dire è che non vale cercare di affermare un potere di coazione della pubblica amministrazione escludendo che l'oggetto di esso sia diverso dalla libertà personale perchè l'affermazione della sottoposizione al giudice della amministrazione in questo — e in altri casi — si ricava da una osservazione fatta non da ora, che attiene alla circostanza che lo Stato agisce qui come un privato: sia pur per ipotesi diversa, ma non lontana, già dal Minghetti si affermava che «ogni volta che l'amministrazione pubblica agisce come qualunque cittadino o ente morale nell'interesse suo proprio, non nell'interesse generale, non v'è ragione perchè le sue controversie non vadano dinanzi a quelli (i tribunali ordinari). Poniamo che nasca una lite di servitù o di confine fra un potere demaniale e un potere di un privato: non v'è ragione perchè questa lite debba essere sottratta alla giurisdizione comune » (15).

B) Anche per l'esecuzione con uso della forza fisica *in personam* deve ripetersi ciò che si è prima detto, della irrilevanza della natura demaniale del bene. Può dirsi che è irrilevante la condizione giuridica del bene, se è possibile questa forma di tutela anche con riguardo all'uso di cose in uso comune a tutti (e quindi non in proprietà di privati, nè di collettività nè di enti pubblici). Così, ad esempio l'art. 36 l. 25 settembre 1940, n. 1424: «i militari della guardia di finanza

(15) M. MINGHETTI, *I partiti politici e l'ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione*, Roma, 1944, 137; come è evidente, il passo citato nel testo attiene più direttamente alle ipotesi di controversie che sono oggetto di esame in altra parte di questo scritto; tuttavia, è sembrato significativo menzionare qui tale brano poichè serviva a richiamare la possibilità che la pubblica amministrazione si comporti nel caso come un privato, che, evidentemente, non può farsi giustizia da sè, in caso di invasione di beni di sua proprietà da parte di altri privati, ma deve ricorrere al giudice e chiedere a questo di intervenire. Circa il rilievo del bene pubblico perchè destinato a funzione pubblica o perchè necessario all'esplicazione di un servizio, si vedano le osservazioni svolte per negare che la pubblica amministrazione abbia una potestà generale di autotutela.

nella zona di vigilanza possono recarsi a bordo delle navi di stazza netta non superiore a 200 tonnellate per farsi esibire dal capitano il manifesto e gli altri documenti di carico. Se il capitano non è munito del manifesto o si rifiuta di presentarlo, ed in qualunque caso in cui vi sia indizio di violazione di norme doganali, la nave è scortata alla più vicina dogana per i necessari accertamenti. Per le navi di stazza netta superiore a 200 tonnellate la vigilanza è esercitata nei movimenti delle navi medesime entro la zona di vigilanza, ma quando si tenta l'imbarco o lo sbarco ovvero il trasbordo, dove non sono uffici doganali, i militari suddetti hanno facoltà di salire a bordo, di richiedere i documenti del carico e di scortare le navi stesse alla più vicina dogana per i provvedimenti del caso » (16). Infatti, la tutela prevista da questa norma attiene all'uso di cosa comune a tutti (mare territoriale) da parte di privati (a norma della stessa legge art. 33, « la zona di mare sottoposta a vigilanza doganale agli effetti della presente legge è stabilita in 12 miglia marine dal lido »).

C) Circa l'attività oggetto di autotutela l'ipotesi che si riscontra per i beni pubblici è che alla coazione sulla persona si ricorre in caso di attività consistenti in un fare infungibile (17). Abbiamo visto che i casi di esecuzione di prestazioni infungibili sono allontanamento forzato dalle strade ferrate e potestà di fermare le navi e di scortarle alla più vicina dogana. Come è noto tali prestazioni incontrano limiti gravi nelle norme costituzionali sulle libertà (18) e, secondo altri, anche nella

(16) L'esempio è fatto anche da A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 845.

(17) In generale, l'uso materiale della forza per l'adempimento specifico può avere ad oggetto sia obblighi concernenti un dare cose determinate, di sopportare o di non fare, sia obblighi concernenti un fare infungibile e personale (F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 695-696; U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 156 e *Le funzioni*, cit., 247; A. DE VALLES, *La validità*, cit., 368; O. RANELLETTI, *La polizia*, cit., 395; H. VON ROSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 36; E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 631) e può riguardare sia persone sia cose (R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 201 ss.).

In passato si ammetteva come coercibile l'obbligo di trovarsi in un dato luogo o di allontanarsi da un dato luogo (traduzione forzata, piantonamento ecc.) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 10 e 17-18.

(18) Come sottolinea A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 843.

materiale impossibilità di vincere con la forza l'ostinata resistenza dell'obbligato (19). È vero, infatti, che l'efficacia pratica dell'esecuzione dell'adempimento specifico mediante uso della forza, quando si tratti di *obligatio omittendi* e questa debba permanere osservata per lungo tempo o per periodo di tempo illimitato, può esser, di fatto, limitata perchè con l'impiego della forza se ne può assicurare solo l'adempimento parziale o momentaneo (20) (21).

4. A) Di regola, una volta che vi sia stata riduzione in pristino d'ufficio, le spese vengono accollate al privato a mezzo di un procedimento amministrativo di ingiunzione (1). Dal momento in cui l'atto sia stato recato in esecuzione dall'autorità (2), l'obbligo del soggetto inadempiente si trasforma nell'obbligo ad una prestazione pecuniaria che rappresenta il rimborso delle spese incontrate dall'amministrazione per l'esecuzione (3); taluno ha parlato di « conversione dell'originario dovere » (4) ma ciò non sembra debba intendersi in senso tec-

(19) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 206-207.

(20) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 158; si veda, peraltro, *Le funzioni*, cit., 248, dove l'a. sembra presentare l'osservazione come riguardante l'efficacia dell'atto.

(21) Siccome della forza pubblica dispone in via generale il prefetto (art. 19 t.u. com. e prov. 1934), mentre le altre autorità di pubblica sicurezza ne dispongono soltanto nell'esercizio della rispettive funzioni (art. 1 e 5 t.u. p.s.), le rimanenti autorità amministrative che abbiano bisogno di impiegare la forza pubblica per una esecuzione amministrativa debbono farne richiesta al prefetto (A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 837, n. 30).

(1) Si dà, in generale, per scontato che, in caso di esecuzione d'ufficio, vi sia il conseguente rimborso delle spese a carico del trasgressore, se spese si sono fatte (O. RANELLETTI, *La polizia*, cit., 392).

(2) Ha l'ingiunzione della spesa riguardo solo alla esecuzione d'ufficio o può chiedersi il rimborso delle spese anche dell'esecuzione in forma specifica con coazione? Anche nell'ordinamento tedesco il problema è aperto: H. VON ROSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 41 dà risposta positiva; E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 631 affermano che, nel secondo caso, i costi ricadono sull'amministrazione che ha eseguito con la forza. Il problema, peraltro, è, in pratica, di scarsa importanza perchè le norme concedono all'amministrazione di ricorrere alla coazione immediata in pochi casi e quando si tratti di un fare infungibile.

(3) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 154.

(4) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 188.

nico, poichè si tratta di un diverso e distinto — ma non separato — procedimento ordinatorio (5).

L'art. 378 della l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F, sui lavori pubblici, prevede che, sentito il trasgressore per mezzo dell'autorità locale, il Prefetto o il Sindaco provvede al rimborso a di lui carico delle spese degli atti e dell'esecuzione d'ufficio, rendendone esecutoria la nota e facendone riscuotere l'importo nelle forme e coi privilegi delle pubbliche imposte.

L'art. 20 r.d. 8 dicembre 1933 n. 1740, t.u. per la tutela delle strade, prevede che il prefetto (o il sindaco se si tratti di strade nell'interno dell'abitato) udito il trasgressore per mezzo del sindaco del comune dove egli ha domicilio, provvede al rimborso a suo carico delle spese occorse per gli atti e l'esecuzione d'ufficio, rendendone esecutiva la nota e facendone riscuotere l'importo nelle forme e con i privilegi stabiliti per la riscossione delle imposte dirette (6).

L'art. 221 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, t.u. acque ed impianti elettrici, prevede che, sentito il trasgressore, eventualmente anche a mezzo del sindaco o di un ufficiale di polizia giudiziaria, l'ingegnere capo dell'ufficio del genio civile provvede a carico del trasgressore per il rimborso delle spese degli atti e dell'esecuzione d'ufficio, rendendone esecutoria la nota e facendone riscuotere l'importo con le norme e le forme stabilite per l'esazione delle imposte dirette.

Per l'art. 15 d.l.lgt. 1 settembre 1918, n. 1446, sulle strade vicinali, la nota delle spese incorse nell'esecuzione d'ufficio su strade soggette ad uso pubblico è resa esecutoria dal Prefetto, sentiti gli interessati, ed è riscossa nelle forme e con i privilegi fiscali.

Qualche dubbio apre l'interpretazione dell'art. 17 r.d. 11 dicembre 1933 n. 1775, t.u. sulle acque e sugli impianti elettrici, che prevede il rimborso delle spese di istruttoria e di esecuzione d'ufficio a carico dell'utente abusivo di derivazioni e utilizzazioni che non abbia presen-

(5) Si veda anche E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 629.

(6) Sugli artt. 19 e 20 t.u. 1933 che hanno interamente sostituito l'art. 36 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, C. S., V, 7 maggio 1960, 335, «C. S.», 1960, 922.

tato domanda di concessione in via di sanatoria o firmato il disciplinare di concessione, perchè non indica il modo in cui tale rimborso può esser preteso dalla pubblica amministrazione; se cioè possa provvedere nei modi previsti per le imposte o debba rivolgersi al giudice.

Non sempre l'ente munito di poteri di tutela amministrativa che abbia eseguito d'ufficio è tenuto a richiedere le spese all'interessato che non ha ottemperato. Per esempio, quando si sia provveduto alla rimozione di materiali, navi e aeromobili sommersi nel demanio marittimo o alla rimozione di relitti da aerodromi e alla loro vendita, se il ricavato della vendita è sufficiente a coprire le spese, l'amministrazione non può richiedere le spese (così si deduce dagli articoli 72 e 73 e 729 del cod. nav.). Può quindi darsi esecuzione da parte della pubblica amministrazione senza che questa debba successivamente accollare le spese al privato. L'iniziativa del procedimento di autotutela decisoria attinente alle spese non è quindi necessaria perchè, ad esecuzione compiuta, l'amministrazione dovrà valutare se è incorsa in maggiori spese. Solo in caso che tale accertamento si concluda positivamente, darà inizio al procedimento di ingiunzione della spesa (7).

B) Per l'ingiunzione di rimborso della spesa dovrebbe ripetersi tutto ciò che si è prima detto per l'ordine di eseguire o ripristinare. Infatti, se si prescinde dal collegamento funzionale per cui l'ingiunzione mira a porre a carico dell'obbligato le spese dell'esecuzione e, quindi, l'ingiunzione-esazione è in funzione servente dell'ordine-esecuzione (8), ben può dirsi che l'ordine-ingiunzione sta all'esazione come l'ordine-condanna di ripristino sta all'esecuzione d'ufficio. In altre parole, che l'ordine-ingiunzione è un atto di autotutela decisoria. Ciò che è anche dimostrato dal fatto che, nella maggior parte dei casi — che, come vedremo, non ci interessano qui — l'ingiunzione-esa-

(7) In questo senso vi è esecuzione in danno ed esecuzione non in danno, come dice C. CARBONE, *Esecuzione*, cit., 418.

(8) Anche se l'autorità che rende esecutiva la nota delle spese non è sempre la stessa che ha eseguito e che ha determinato la misura delle spese da rimborsare: per gli atti dei comuni, è il prefetto (U. BORSI, *Le funzioni*, cit., 246).

zione non è funzionalmente collegata con l'ordine inadempito seguito da esecuzione ma è connessa con un'obbligazione tributaria inadempita.

L'ingiunzione del pagamento della spesa non può compararsi al diritto al rimborso delle spese del *negotiorum gestor* perchè nell'esecuzione l'amministrazione agisce contro la volontà di colui che è poi tenuto a rimborsarle le spese (9) (quindi non si può dire che le spese non debbano oltrepassare i prezzi correnti delle opere svolte dall'amministrazione (10)), nè all'obbligo di pagare le spese di giustizia da parte di coloro che le hanno provocate perchè il pagamento delle spese di esecuzione ristabilisce l'equilibrio turbato là dove l'obbligo del pagamento delle spese di giustizia ha sempre un carattere accessorio (11).

L'ammontare della spesa alla quale i privati sono tenuti in seguito ad ingiunzione può essere maggiore « ma poichè è l'inerzia di questi che si pone a causa dell'aggravio, sono giustificati gli oneri derivanti per effetto della trasformazione del dovere di prestazione, che da dovere di eseguire una attività materiale fungibile si trasforma in dovere di dare la somma di denaro corrispondente alla spesa sostenuta dall'amministrazione per l'esecuzione d'ufficio » (12) (13).

C) Quando il privato non adempia l'ordine di rimborso della spesa (14), si provvede all'esecuzione dell'ordine. L'esecuzione dell'ingiunzione al pagamento è una forma di autotutela diretta (e non indiretta) perchè assicura direttamente la soddisfazione dell'interesse vio-

(9) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 153; *Le funzioni*, cit., 245-246; R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 188; la tesi criticata è di GIRIODI, *Il Comune nel diritto civile*, Torino, 1891, 380; in generale, sulla gestione di affari in diritto pubblico, M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, cit., 37-40.

(10) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 153-154; *Le funzioni*, cit., 246.

(11) Come afferma R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 187-188.

(12) C. CARBONE, *Esecuzione*, cit., 419; nello stesso senso H. VON ROSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 32.

(13) Se due sono i soggetti interessati, individuato l'interesse e la spesa dell'uno, resta precisata anche quella dell'altro (C. S., 7 maggio 1960, n. 335, « C. S. », 1960, 922).

(14) Non si discute qui il problema se si abbia la forma di esecuzione indicata solo nel caso di esecuzione d'ufficio o anche nei confronti di contravvenzioni multe.

lato: infatti, essa serve a reintegrare l'amministrazione di una spesa sopportata nel compiere direttamente l'esecuzione (15).

Non interessa la materia dei beni pubblici il caso in cui l'esecuzione coattiva patrimoniale si presenta in via autonoma in quanto mira a far realizzare un credito della pubblica amministrazione in seguito ad inadempimento dell'obbligazione da parte del privato (16) bensì quello in cui l'esecuzione coattiva patrimoniale si presenta in seguito all'esperimento di altri mezzi di autotutela esecutiva in quanto mira a rimborsare una spesa incontrata dalla pubblica amministrazione nell'esecuzione d'ufficio compiuta in seguito ad inadempimento di un obbligo da parte del privato: l'obbligazione di fare rimasta inadempita si è convertita in una obbligazione di dare inadempita a sua volta (17).

Bisogna distinguere due modi per esigere in via amministrativa le somme spese per l'esecuzione là dove la legge non dispone espressamente. In primo luogo, se si tratta di norme della legge del 1865 sui lavori pubblici o di leggi successive ma che a queste facciano richiamo, va seguito il sistema da quella indicato: procedimento amministrativo di ingiunzione proprio della esazione delle imposte dirette (18). L'esecuzione esattoriale, ritenuta generalmente procedimento amministrativo esecutivo, ha inizio con un atto di rappresentazione della situazione di inadempimento (avviso di mora). Titolo esecutivo — in generale — è il ruolo dei contribuenti che l'esattore ha in prece-

(15) F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 555-556.

(16) Su di esso, U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 171-178; *Le funzioni*, cit., 251-257; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 693; *L'esecuzione*, cit., 15-16; A. DE VALLES, *La validità*, cit., 363-367; R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 180-183; A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 834-836.

(17) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 171.

(18) La procedura per riscuotere le spese occorse per l'esecuzione di ufficio ex art. 378 della legge sui lavori pubblici è quella prevista per le imposte dirette (F. CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, « Giur. it. », 1929, III, 15-16, n. 27).

Sulla natura dell'esecuzione esattoriale, G. A. MICHELI, *Note esegetiche in tema di esecuzione esattoriale*, « Riv. dir. fin. », 1958, 202 ss.; L. MONTESANO, *La condanna*, cit., 192 ss.; *Sulla funzione della esecuzione esattoriale*, « RtDPC », 1958, 914; *Processo*, cit., 194 ss.; TARZIA, *Le nuove disposizioni sulla esecuzione esattoriale*, « Riv. dir. proc. », 1959, 109 ss.

denza ricevuto dagli uffici. Se l'obbligato non paga entro cinque giorni, si procede a pignoramento, stima e vendita all'asta o esecuzione immobiliare (19).

Là dove, invece, si sia fuori di tali ipotesi, bisognerà seguire le norme del codice di procedura civile. Ciò è confermato anche dalla circostanza che, in taluni casi, espressamente la legge prevede che si segua il sistema di diritto comune per la esazione delle somme spese per l'esecuzione compiuta in via amministrativa (ad esempio, codice della navigazione, art. 84) (20). Ciò significa che non necessariamente, se si è seguita nella fase di esecuzione la norma speciale (esecuzione d'ufficio in via amministrativa), si debba, nella fase successiva di esazione della somma spesa, seguire la stessa norma e non quella di diritto comune (21).

5. Si fanno rientrare nell'autotutela gli atti detti di allineamento o di delimitazione di confine, con i quali l'ente pubblico procede alla determinazione dei confini in luogo dell'autorità giudiziaria (1): con l'allineamento o delimitazione, l'amministrazione procede, sempre senza ricorrere all'autorità giudiziaria e senza contraddittorio

(19) M. S. GIANNINI, *Le obbligazioni*, cit., 83-84.

(20) L'art. 84 c. nav. induce a ritenere che il legislatore abbia riservato al giudice ordinario non soltanto la cognizione delle controversie con le quali il privato contesti l'esistenza del credito per motivi inerenti all'esecuzione delle spese nella sua proprietà, ma anche di quelle con le quali lo stesso contesti il credito per l'inesistenza del potere in concreto dell'autorità marittima ad eseguire le spese ovvero per l'inosservanza da parte di essa dei limiti posti dalla legge all'esercizio di tale potere (Cass., Sez. un., 7 aprile 1965, n. 592, « Giust. civ. », 1965, I, 1366-1368).

Sull'art. 84 cod. nav., C. Cost., 8 luglio 1967, n. 96, « Giur. cost. », 1967, 4, 1065 ss., che ha affermato la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale del terzo comma, in relazione al diritto di difesa sancito nella Costituzione.

(21) L'esecuzione mediante espropriazione forzata del patrimonio in ordine a crediti di diritto pubblico, per il rispetto dovuto alla proprietà e la nessuna urgenza di provvedere direttamente in materia puramente pecuniaria, è stata ritenuta ammissibile solo se espressamente prevista da legge (F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 710).

(1) Così, tra gli altri, P. VIRGA, *Beni pubblici e d'interesse pubblico*, Palermo, 1962, 30.

col privato (2), nei casi in cui la legge ammette questo provvedimento, alla determinazione dei confini tra la proprietà pubblica e quella privata. Tale rimedio sembrerebbe da considerare come un efficace succedaneo dell'« *actio finium regundorum* » (3).

Esaminiamo le principali norme legislative. L'art. 94 r.d.l. 25 luglio 1904, n. 523, t.u. sulle opere idrauliche, e 45 r.d.l. 11 luglio 1913, n. 959, t.u. sulla navigazione interna e fluitazione (già art. 166 l. 20 marzo 1865 all. F) dispone che il Prefetto determina, anche in caso di contestazione, sentiti gli interessati, la linea o le linee che delimitano l'alveo. La norma — va peraltro notato — è disposta in funzione

(2) Qualche dubbio può sorgere sul fatto che si possa — come è stato detto (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 423, e S. PUGLIATTI, *Istituzioni*, cit., nota seg.) — procedere anche « senza il contraddittorio col privato proprietario ».

(3) S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, 261. Non interessa discutere qui i profili che riguardano la possibilità di ricondurre gli atti di delimitazione al regolamento giudiziale del confine, anchè perchè — come è noto — mentre alcuni ritengono che quest'ultimo abbia per presupposto un dato di fatto che attiene all'oggetto, altri distinguono regolamento di confini in senso stretto, in cui l'incertezza del confine dipende dal possesso promiscuo della zona limitrofa, da rettificazione, in cui l'incertezza del confine dipende dalla contestazione della esattezza del confine esistente; in questo secondo senso, W. BIGIARI, *Il « regolamento di confini »*, « Scritti per Scialoja », III, Bologna, 1953, 37 ss.; in generale, A. MAGAZZÙ, *Confini (regolamento di) diritto vigente*, « Enc. dir. », 963-970 e spec. 967 e D. GAETA, *Il demanio marittimo*, cit., 63 ss. Sul tema della delimitazione in via amministrativa è da vedere altresì l'importante opera di E. RIVERO Y SERN, *El deslinde administrativo*, Sevilla, 1967. Per il Rivero, la delimitazione è « una de las facultades exorbitantes que integran la Potestad de Autotutela de la Propiedad y Posesión administrativas » (149), frutto della « administrativización de una institución de derecho privado » (165); da questa impostazione discende che « la Administración puede despojarse de las prerogativas » ed esercitare le comuni azioni petitorie e possessorie (181). Secondo l'autore citato « el deslinde administrativo no resuelve problemas de propiedad ni de posesión de derecho. El deslinde se limita a declarar la extensión de una propiedad administrativa, señalando la posesión de hecho de la Administración sobre la misma » (264; si vedano anche le pagine 188-195, dedicate ai rapporti tra delimitazione in via amministrativa e azione rivendicatoria e le pagine 266-271, dove critica l'orientamento del Trentin affermando che delimitazione in via amministrativa e delimitazione giudiziale non sono conciliabili). Vanno segnalate infine l'affermazione della irrinunciabilità del potere di delimitazione (229) e le osservazioni dedicate al procedimento di delimitazione in via amministrativa (239 ss.).

della proibizione di compiere opere nell'alveo dei corsi d'acqua e quindi la delimitazione dell'alveo ha rilievo a questi fini. Non sembra però che il prefetto possa disporre il divieto di opere lungo linee che non sono quelle del confine del bene pubblico: cioè, la delimitazione alla quale si estende la proibizione coincide con la delimitazione dei confini fisici del bene.

Gli art. 56 del cod. nav. e 5 d.p.r. 28 giugno 1949, n. 631, regolamento per la navigazione interna, attribuiscono potestà di disporre delimitazioni in via amministrativa con riguardo alle zone portuali. Per queste i limiti sono fissati con decreto del Ministro dei trasporti di concerto con quelli delle finanze e dei lavori pubblici e, quando si tratti di opere costruite dalle amministrazioni comunali e provinciali, col Ministro dell'interno.

Tale delimitazione non comporta — per espresso dettato di legge — la costituzione di servitù-limitazioni sui beni di privati che siano contigui o all'interno delle zone.

Per l'art. 32 c. nav., per la delimitazione dei confini fra i beni del demanio marittimo e le proprietà contigue, è previsto un particolare procedimento amministrativo, basato sopra accertamenti diretti, ordinati dal capo del compartimento, e sulle deduzioni presentate, in seguito a suo invito, dai proprietari interessati. Le contestazioni che sorgono nel corso del procedimento sono decise in via amministrativa dal direttore marittimo di concerto con l'intendente di finanza. Ove le parti non siano d'accordo, la decisione del direttore è comunicata al Ministro della marina mercantile che provvede definitivamente. Dopo il suo decreto la competenza spetta all'autorità giudiziaria; in tale giudizio lo Stato è rappresentato dal Ministro delle Finanze. Tale procedimento di delimitazione è disciplinato altresì dall'art. 58 d.p.r. 15 febbraio 1952, n. 328, reg. cod. nav., che detta norme sulla notifica agli interessati e sulla riunione, sulla composizione della commissione delimitatrice, sulla verbalizzazione della delimitazione e sulla ripartizione delle spese di delimitazione (4).

(4) La delimitazione di cui all'art. 32 cit. si esplica nei rapporti tra

Va ancora menzionato il potere che, in deroga alla competenza giudiziaria (art. 951 c.p.c.), ha il prefetto di apporre termini fra le proprietà demaniali e le private, lungo le spiagge lacuali, dopo aver sentito il genio civile, l'Intendenza di Finanza e gli interessati, salvo a questi ultimi il ricorso all'autorità giudiziaria qualora si credessero lesi nei loro diritti (art. 3 r.d. 1 dicembre 1895, n. 726, reg. per la vigilanza e la concessione delle spiagge dei laghi pubblici e delle relative pertinenze).

Dalle norme che disciplinano la delimitazione in via amministrativa sembra che si tratti di atto che mira alla determinazione dei confini e, quindi, di accertamento in caso di contrasto, dell'estensione delle proprietà contigue. Se così è, non può dirsi che gli atti di allineamento o delimitazione sono talvolta « impliciti in molte manifestazioni dell'attività con cui la proprietà pubblica viene conservata

demanio marittimo e proprietà privata (Relaz. del Guardasigilli sul cod. nav., par. 39).

Per procedere alla delimitazione *ex art. 32 cod. nav.* bisogna accertare l'oggetto di essa: non si spiegherebbe il contraddittorio con i privati e la previsione contenuta nella norma sulle controversie se il potere di delimitazione presupponesse già pacifica la questione della demanialità marittima. Quindi il potere attribuito alla pubblica amministrazione non può ridursi alla opposizione di termini ma implica un accertamento di natura petitoria analogo a quello oggetto dell'azione giudiziaria di regolamento di confini o di quella di rivendicazione (Trib. Roma, 25 maggio 1959, « Giust. civ. », 1959, I, 1617). Anche Cass. civ., Sez. un., 2 maggio 1962, n. 843, « Giur. it. », 1962, I, 1, 795 e « Giust. civ. », 1962, I, 1, 972, ha affermato che la delimitazione del demanio marittimo *ex art. 32 cod. nav.* è proiezione specifica dell'« *actio finium regundorum* » (950 c.c.). Si veda l'ulteriore giurisprudenza alla nota 15.

L'art. 32 citato sembra rimettere l'iniziativa al capo del compartimento perchè afferma che egli procede alla delimitazione quando sia necessario o se comunque lo ritenga opportuno. Ciò non esclude che egli operi, anche normalmente, su istanza dell'interessato, ciò che permette di comprendere perchè per la quota di spese (metà) a carico dei privati, sia previsto (dall'art. 58 cit.) che gli interessati effettuino un deposito; sia previsto, cioè, un procedimento che sembra simile a quello previsto per la concessione di uso di beni del demanio marittimo (deposito all'atto della presentazione della domanda di concessione).

Gli articoli 774 e 775 del reg. dell'abrogato cod. marina merc. attribuivano all'autorità amministrativa il potere di definire la questione di proprietà e quello di delimitazione dei confini (per l'interpretazione di queste norme, Cass., Sez. un., 24 aprile 1941, « Giur. it. », 1941, I, 610-614).

e difesa (funzioni di polizia, permessi di costruzioni private ecc.) » (5), e possono risultare dai provvedimenti che ordinano la riduzione in pristino (6) perchè — come abbiamo visto — l'attività cosiddetta di polizia della cosa e in particolare l'ordine di riduzione in pristino prescindono dalla proprietà del bene e sono semmai disposte a tutela del possesso.

Va inoltre escluso che possano farsi rientrare tra gli atti di cui si parla le delimitazioni che servono a determinare la estensione dei beni del c.d. demanio artificiale o per destinazione. Per i beni c.d. demaniali naturali non sorgono problemi di identificazione dell'estensione perchè questa appare da segni visibili e tangibili. Problemi potrebbero sorgere dalla dichiarazione dell'estensione del bene del c.d. demanio per destinazione. Ora, però, si vede chiaramente che altro è la delimitazione iniziale del bene pubblico, altro è la controversia che successivamente può darsi sui confini e quindi l'atto di autotutela di delimitazione o allineamento. Quest'ultimo è caratterizzato dall'esistenza di un conflitto su un confine incerto; mentre l'attività di identificazione della estensione dei beni demaniali artificiali o per destinazione attiene al loro sorgere e alla determinazione degli usi: esso può dar luogo al sorgere di un conflitto e non invece risolverlo.

Alcuni includono, tra i mezzi di difesa « indiretta » della c.d. proprietà pubblica, gli atti dichiarativi della demanialità: elenchi, inventari, delimitazioni (7). Ora, mentre gli elenchi sono atti di riconoscimento della natura dei beni e gli inventari hanno una efficacia puramente interna, le delimitazioni determinano l'estensione dei beni già riconosciuti « demaniali » (8). Quindi per gli elenchi e gli inventari vale ciò che si è detto a proposito degli atti di identificazione della

(5) S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 481.

(6) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 200.

(7) S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 485.

(8) Precisa il significato dei tre atti E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 201.

estensione dei beni: essi sono la base sulla quale sorge un conflitto, non lo risolvono (9).

Vanno esclusi dalla categoria degli atti di delimitazione dei confini quegli atti di c.d. allineamento che sono indicati nel r.d. 8 dicembre 1933, n. 1740, t.u. sulla tutela delle strade e della circolazione, art. 1 che possono vietare escavazioni e costruzioni lateralmente alle strade entro tre metri dal confine della strada (10); questi atti hanno ad oggetto beni privati, ai quali pongono vincoli (o che sottopongono ad espropriazione) e non svolgono invece la funzione di determinare confini (11).

Infine, altro è la delimitazione dei beni pubblici da quelli privati, altro è determinare i confini dei beni pubblici la cui gestione è affidata ad un organo per distinguerli da altri beni pubblici affidati in gestione ad altro organo (12). Due esempi della seconda ipotesi sono offerti dall'art. 31 cod. nav. che attribuisce al Ministro per i trasporti, di concerto con quelli per le finanze e per i lavori pubblici nonché con gli altri ministri interessati, il compito di fissare i limiti del demanio marittimo nei luoghi nei quali il mare comunica con canali o fiumi o altri corsi d'acqua; e dall'art. 35 per il quale il Ministro dei trasporti, di concerto con quello delle finanze, esclude dal demanio marittimo le zone demaniali che dal capo del compartimento non siano ritenute utilizzabili per pubblici usi del mare (13).

(9) Altro è la « polizia della cosa pubblica » altro l'accertamento della natura pubblica di una cosa e la sua delimitazione (T. MAUNZ, *Hauptprobleme*, cit., 292).

(10) Su cui, E. GUICCIARDI, *Il demanio*. Padova, 1934, 198-199.

(11) Il potere di delimitazione (del demanio marittimo) verte sui confini e non può incidere su un diritto di proprietà privata e trasformarlo in interesse legittimo (App. Roma, 11 aprile 1961, « Giust. civ. », 1961, I, 1475).

(12) L'ipotesi della delimitazione fra beni pubblici è presa in esame, per escludere l'« actio finium regundorum », da S. TRENTIN, *L'« Actio finium regundorum » in confronto del demanio pubblico*, « Riv. dir. pubbl. », 1910, 126.

(13) Vi è sostanziale differenza fra il procedimento di delimitazione del demanio marittimo di cui all'art. 31 cod. nav. (che prevede la determinazione dei limiti del demanio marittimo nei confronti della proprietà demaniale posta nella sfera di altra pubblica autorità) e quello di cui al successivo art. 32 (delimitazione di zona del demanio marittimo nei rapporti tra demanio ma-

Anche con i limiti che si sono visti, non può dirsi che le norme prima richiamate siano tutte sicuramente manifestazione di autotutela. Di alcune si è già detto; vanno ora ricordate quelle di cui all'art. 94 del t.u. sulle opere idrauliche 25 luglio 1904, n. 523 e all'art. 3 del regolamento del 1 dicembre 1895, n. 726. In proposito, infatti, si è detto che la funzione di polizia è puramente di polizia idraulica, attinente al buon regime delle acque, con effetti permissivi o proibitivi riguardo ad opere da eseguire da privati nelle zone di appartenenza dell'alveo; si tratta quindi di competenza strettamente amministrativa, estranea alla funzione « giurisdizionale » intesa a dirimere conflitti inerenti a diritti soggettivi; quindi, il decreto prefettizio di delimitazione ha efficacia puramente dichiarativa della demanialità del terreno e resta ferma la competenza del giudice ordinario specializzato a stabilire il limite tra la proprietà demaniale e la proprietà privata quando insorgano contestazioni al riguardo (14).

E ragionamento non diverso può farsi anche per il potere di cui all'art. 32 cod. nav. per il quale si è detto che la delimitazione attinente al demanio marittimo rappresenta « un tentativo di apporre, d'accordo tra i vari interessati, i confini per delimitare l'ambito della demanialità dalla proprietà privata ». Vi è sì una affinità formale con la norma dell'art. 950 del codice civile, ma non vi è affievolimento dei diritti dei privati, trattandosi di una funzione meramente ricognitoria che lascia impregiudicata la questione della proprietà. Sì che « ove gli interessati non intendano accettare il provvedimento di delimitazione e contro di esso insorgano in via giurisdizionale... la relativa controversia appartiene alla competenza del giudice ordinario, poichè viene in discussione il diritto soggettivo di proprietà di beni la cui demanialità è contestata » (15).

rittimo e proprietà privata) (Trib. Lecce, 1 marzo 1959, « Giust. civ. », 1959, I, 404).

(14) In questo senso Trib. sup. acque pubbl., 8 giugno 1965, n. 14, « C. S. », 1965, II, 308 che cita anche la sentenza della Cassazione del 17 ottobre 1959, n. 2920.

(15) La prima citazione è da C. RIBOLZI, *In tema di controversie circa la delimitazione delle zone del demanio marittimo*, « Foro pad. », 1963, I,

Insomma, quanto si è ora detto dovrebbe perlomeno revocare in dubbio la legittimità dell'affermazione per cui i mezzi indicati appartengono all'ambito della autotutela dell'amministrazione.

6. Le violazioni o contravvenzioni delle norme in tema di beni pubblici sono punite o con la detenzione (pene di polizia, arresto) o con pene pecuniarie (multa, ammenda) (1).

Ciò che ora bisogna discutere è la stessa riconducibilità delle c.d. sanzioni amministrative all'autotutela. Questo problema ha due aspetti: il primo — che è chiaro da quanto si è detto finora — attiene alla comprensione dei confini della nozione di autotutela, per accertare se

437-438, nota alla sentenza Cass., Sez. un., 2 maggio 1962, n. 849, ivi; la seconda è da C. S., VI, 9 novembre 1965, n. 788, « Foro it. », 1966, III, 431. Nel senso di quest'ultima decisione già R. LUCIFREDI, *Delimitazione di spiagge e competenza giudiziaria*, « Riv. dir. nav. », 1942, II, 236-254, sulla base sia degli artt. 774 e 775 del regolamento del codice della marina mercantile, sia dell'art. 32 cod. nav.; il Lucifredi afferma che tali articoli non ledono il principio della competenza dell'autorità giudiziaria e che, nella specie, non vi è degradazione di diritto in interesse legittimo perchè si è in presenza di atto puramente dichiarativo. Contro tale orientamento, B. CARAVITA DI TORITTO, *La delimitazione delle spiagge*, « Giur. it. », 1942, I, 1-10 (ma solo sulla base del vecchio codice). Sul punto, qualche cenno in F. A. QUERCI, *Demanio marittimo*, « Enc. dir. », *ad vocem*, 95-96; sul procedimento per la delimitazione, D. GAETA, *Il demanio marittimo*, cit., 65-69.

Si veda infine, molto di recente, Cons. St., Sez. III, parere 12 aprile 1967, n. 378, « Foro amm. », 1968, I, 2, 256, che afferma che il procedimento previsto dall'art. 32 non è costitutivo della demanialità di un bene, ma, vertendo sulla estensione dei fondi limitrofi e non già sulla validità dei titoli di proprietà, ha una funzione identica a quella del regolamento di confine e si realizza pertanto mediante un atto di natura dichiarativa.

(1) Per il coordinamento tra la vecchia e la nuova terminologia legislativa, disp. di attuaz. del c.p., artt. 1 e 5.

Norme in tema di arresto e ammenda per violazione di disposizioni riguardanti beni pubblici sono: Titolo III del libro primo, parte terza, del cod. nav. (dedicato alle contravvenzioni in materia di demanio marittimo): art. 219 ss. del t.u. sulle acque ed impianti elettrici citato e titolo IX del t.u. del 1959 sulla disciplina della circolazione stradale; art. 374 e 375 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, sui lavori pubblici (ai quali rinvia l'art. 52 r.d. 13 febbraio 1833, n. 215, sulla bonifica integrale). Ammende sono previste anche per i contravventori delle norme sull'uso di cose comuni a tutti quali il mare territoriale e l'etere (art. 33-41, r.d. 8 ottobre 1931, n. 1604, t.u. sulla pesca e l. 14 marzo 1952, n. 196, sugli apparecchi radiotrasmittenti).

essa sia oppur no limitata a una funzione satisfattiva; il secondo alla ricostruzione della nozione di sanzione e al possibile riconoscimento di una funzione non repressiva della sanzione (è evidente che, dopo la Costituzione del 1948, il problema della riconducibilità all'autotutela delle sanzioni amministrative si pone per le sole sanzioni pecuniarie poichè quelle limitative della libertà personale sono dall'art. 13 della Costituzione sottratte all'amministrazione e affidate al giudice). Il secondo degli aspetti menzionati sarà qui solo brevemente delibato non interessando in questa sede tanto la definizione di autotutela e l'elencazione dei mezzi che ne fanno parte quanto l'esame del rapporto in cui essa sta con la proprietà e la possibilità di dedurre dalla presenza costante di mezzi di tutela amministrativa il carattere pubblico di taluni diritti reali della pubblica amministrazione. In altre parole, al centro di questa indagine non sta tanto l'autotutela quando i rapporti di questa con la proprietà. Sul primo aspetto va ricordato che la tutela — perchè sia tale — deve aver natura satisfattiva e non repressiva. Va peraltro subito precisato che un esame a fondo del problema — che è ai margini del tema stesso dell'autotutela — non potrebbe prescindere da una discussione dell'affermazione della natura satisfattiva della tutela, proprio in relazione alla natura della sanzione e proprio in relazione a quella opinione che (forse ampliando il significato del termine sanzione) l'intende come elemento che assicura la necessarietà della norma e quindi la sua stessa giuridicità, per cui applicazione di sanzioni (e cioè giurisdizione) altro non significa se non dichiarazione della giuridicità nel caso concreto (2).

Un primo rilievo — che scaturisce dall'esame del diritto positivo — è quello che le sanzioni amministrative sono per lo più previste *congiuntamente* con mezzi di autotutela. Chi guardi il diritto positivo, non può non accorgersi che — quantomeno nella maggior parte dei casi — per le contravvenzioni alle disposizioni in ordine agli usi

(2) Così F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, « Jus » 1955, 222-253 e, riassuntivamente, *Autotutela*, cit., 540; non diversamente, sembra, S. SATTA, *Commentario al cod. proc. civ.*, libro terzo, Milano, 1965, 7: « la sanzione non è che il momento normativo concreto della realtà ».

dei beni pubblici è previsto che si faccia luogo all'irrogazione di una sanzione, congiuntamente con la promozione dell'azione di risarcimento del danno e con l'azione penale — se necessario ed opportuno — e anche con l'ordine di riduzione in pristino (3) (basti ricordare gli artt. 374-378 della legge sui lavori pubblici) (4).

E infatti ciò non è passato inosservato: si è notato, infatti, che l'imposizione di pena non solo è di incerta efficacia perchè forma indiretta di esecuzione ma anche che « non di rado essa è congiunta col l'impiego di altri mezzi esecutivi, ma allora non è destinata tanto allo scopo di far valere gli obblighi derivanti dagli atti per i quali vi si ricorre, quanto ai fini ordinari per cui in generale si stabiliscono le sanzioni penali » (5). Si può pensare che l'amministrazione si soddisfi due volte, una con l'ordine di riduzione in pristino, l'altra con la comminazione della sanzione? Ciò sarebbe veramente una grave deroga ai principi dell'ordinamento, per il quale ci si può far (o si può chiedere) ragione una volta sola.

Nè vale, contro un così rilevante motivo offerto dal diritto positivo per escludere la natura satisfattiva delle sanzioni amministrative e quindi per escludere queste dal novero dei mezzi di tutela amministrativa, l'affermazione che la sanzione opera come coazione psicologica intimidatrice ed agisce quindi pur sempre a tutela dei beni. È vero che la pena, indipendentemente dai fini che si propone — reintegrazione dell'ordine giuridico, difesa sociale, emenda del reo — ha sempre l'effetto di costituire un motivo inibitorio della violazione di obblighi giuridici (6) e che ha un effetto psicologico preventivo di intimidazione (7).

Questo effetto è importante ma non assume rilievo giuridico bensì attiene all'ordine delle funzioni — in senso sociologico e psicolo-

(3) Di solito l'esecuzione di cui parliamo si presenta nelle norme insieme alle contravvenzioni (U. BORSI, *Le funzioni*, cit., 248).

(4) Sul caso di esecuzione diretta e di comminazione della pena congiunti R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 199-200 e 207-208; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, cit., 116.

(5) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 168.

(6) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 6.

(7) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 167-173.

gico — che ogni norma svolge. Ciò che è provato dal fatto che ben può avere — al limite — un privato interesse a contravvenire alla legge e poi subire la sanzione e quindi non aversi esecuzione del precepto. Che cosa accadrebbe se ad una contravvenzione fosse comminata solo una pena (come si deve ritenere ammissibile da parte di chi ne ritiene la natura di mezzo di tutela)? Che il privato « con lo scontare la pena, che il più delle volte, nelle materie amministrative, è pecuniaria, si libererebbe da ogni ulteriore obbligazione e potrebbe spesso, contro un lieve pagamento, fruire del beneficio non lieve della violazione commessa. In tutti i casi, poi, nei quali il contravventore sia ignoto o penalmente non perseguibile per estinzione dell'azione penale od altre consimili cause, la violazione non avrebbe sanzione alcuna » (8).

D'altra parte, anche l'esecuzione forzata — se si guardi la funzione, in senso sociologico, che essa può svolgere — può considerarsi un male inflitto per il fatto che il soggetto non ha spontaneamente corrisposto all'obbligo; ma se si guardi ai soli effetti giuridicamente rilevanti, essa « non è un corrispettivo della violazione e della inosservanza della legge, non sostituisce quel *quid*, che per la legge doveva verificarsi, con qualche cosa di diverso, come avviene nell'applicazione di una sanzione, ma attua precisamente quel *quid* medesimo che il soggetto avrebbe dovuto spontaneamente attuare » (9), mentre l'inflizione di una pena rimane assolutamente estranea a quel fenomeno dell'adeguamento della realtà di fatto alla realtà giuridica che è essenziale momento di riconoscimento di ogni procedimento di esecuzione; ed, inoltre, non realizza la concreta costrizione a tenere il comportamento dovuto o a subire che gli effetti di questo si realizzino per altra via a proprio carico (10).

Insomma, è vero che l'intimidazione, di per sè, non è forma di esecuzione, giacchè la coazione esercitata sul disobbediente, col minacciare e l'infliggere una pena, rimane sempre una coazione morale,

(8) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 6.

(9) G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 2-3.

(10) A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 820 n. 2.

che solo mediatamente raggiunge lo scopo della attuazione della volontà della legge, quando il privato, per effetto della intimidazione, vi si sottometta (11) e cioè proprio quando la sanzione non viene irrogata perchè il privato ha ottemperato. Più precisamente le sanzioni corrispondono ad una finalità di reintegrazione dell'ordine giuridico violato e svolgono un ruolo di prevenzione ma proprio allo scopo di ottenere l'esecuzione spontanea dell'atto (12). E ciò è ulteriormente rafforzato da quanto si è detto prima: che normalmente la sanzione assume una funzione secondaria, accompagnandosi alla esecuzione d'ufficio in via di sostitutivo e con coazione fisica sulla persona e sulle cose. Se ciò è vero, infatti, non può negarsi che la sanzione non ha natura satisfattiva perchè non estingue l'obbligo o il dovere creato dalla norma primaria o precetto che sarà portato a realizzazione a mezzo degli strumenti di tutela previsti congiuntamente con la sanzione (13).

Questo criterio non può quindi porsi come elemento di distinzione tra sanzioni penali comuni e sanzioni cosiddette esecutive o a carattere coercitivo (14), queste ultime intese non già a far scontare la

(11) Così A. DE VALLES, *La validità*, cit., 361.

(12) C. CARBONE, *Esecuzione*, cit., 420.

(13) Si veda, sul punto, R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 191, 194.

(14) La distinzione è della dottrina tedesca (informazioni in R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 170-171) che ammetteva l'esistenza di « pene di polizia ». Va ricordata però l'opinione dell'austriaco R. KUKULA, *Der Verwaltungszwang. Eine kritische Studie des sogenannten Verwaltungsstrafrechts*, Wien, 1918. 53 che affermò che non esistono « delitti di polizia » e quindi non esistono pene di polizia o esecutive ma che vi è un solo diritto penale: anche sulla base del diritto allora vigente, una misura di un'autorità amministrativa non poteva dirsi pena: « der Streit um der Begriff des Polizeidelikts war einer der unfruchtbarsten, die jemals Rechtsphilosophie und Jurisprudenz beherrschten ». L'amministrazione, invece, può, quando autorizzata da legge, usare la coazione: R. KUKULA, *op. cit.*, spec. 1, 53 ss., 92 ss., 101.

Per un quadro dell'antico diritto tedesco, e un tentativo di costruzione unitaria delle Ordnungsstrafen, K. PREGER, *Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht*, « AöR », 1892, 365-426; più interessante, peraltro, il successivo lavoro di HOFACKER (senza indicazione di nome), *Verhältnis der Executiv - (Ungehorsams - Zwangs) Strafen zu den kriminal (allgemeinen) Strafen nach dem geltenden Rechte*, « Verw. Archiv », 1906, 447-494.

violazione del precetto bensì ad ottenere l'attuazione del precetto: *poena quia fecisti e mulcta ut, aut ne facias* (15).

La riprova dell'erroneità della distinzione sta in ciò che questo effetto preventivo che sarebbe caratteristico delle sole pene esecutive ben possono averlo anche le sanzioni penali comuni: il timore di una pena — irrogata dal giudice — ben può dirsi — dal punto di vista psicologico — mezzo per l'attuazione del precetto non uccidere o non rubare.

Se poi la distinzione è compiuta per i suoi soli aspetti formali — nel senso che le sanzioni esecutive sono irrogate dalla amministrazione e le altre dal giudice (16) — non si raggiunge lo scopo voluto, di distinguere sanzioni con scopo satisfattivo da sanzioni con scopo punitivo (17).

Alla luce di ciò che si è detto, si può affermare che le sanzioni non raggiungono lo scopo della amministrazione nè soddisfano l'interesse pubblico ma si pongono come forme strumentali rispetto ad essi, e che la irrogazione di una sanzione non esaurisce la pretesa dell'amministrazione, la quale rimane in attesa di soddisfazione anche se sia stata irrogata la sanzione. Ma non si può allo stesso tempo affermare (18) che il diritto amministrativo penale ha il compito di limitare la sfera di attività dei singoli soggetti in modo da impedire e reprimere ogni violazione degli interessi del corpo sociale e quindi ha una funzione repressiva. L'irrogazione di sanzioni è sempre in funzione repressiva e quindi non può trovare posto nell'autotutela (19).

(15) Come distinte secondo il criterio proposto dal GNEIST e accolto da U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 162 che tuttavia sottolinea le difficoltà della distinzione in pratica.

(16) Criterio adoperato congiuntamente o alternativamente all'altro: O. RANELLETTI, *La polizia*, cit., 390-391; R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 198; G. ZANOBINI, *Le sanzioni*, cit., 40 ss.

(17) Nè è vero che se il disobbediente si affretti a tornare alla osservanza dei propri obblighi, nonostante che la disobbedienza si sia già verificata, l'autorità amministrativa possa dispensarsi dal punirlo e dal farlo punire (come afferma U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 167).

(18) Come invece fa F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 550-551.

(19) Come invece sostiene F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 551.

Queste conclusioni non dovrebbero cambiare neppure quando si ammetta che una sanzione consistente nell'obbligo di dare danaro possa esser ripetutamente applicata al trasgressore dell'obbligo primario finchè questo non adempia tale obbligo. Ciò è quanto accade in Germania per lo « Zwangsgeld » che la legge sull'esecuzione amministrativa del 1953 include tra gli « Zwangsmittel ». Tale mezzo può trovare applicazione quando si tratti di un fare infungibile (nel senso di un comportamento che solo il trasgressore può tenere o che dipenda dalla sua volontà; l'ipotesi non si verifica quando il fare gli è impossibile o dipenda anche dalla volontà di un terzo) oppure quando si tratti di un fare fungibile ma l'esecuzione in danno « untunlich ist » (per esempio, il trasgressore non è in grado di sopportarne i costi) (20) oppure quando si tratti di un non fare o di un *pati*. L'ammontare della somma da pagare dipende dal valore degli oggetti, dall'importanza dello scopo che il trasgressore impedisce di raggiungere, dalla situazione finanziaria del trasgressore ecc. e non può superare un limite fissato legislativamente. Questo mezzo — si dice (21) — non ha carattere penale ma è diretto a uno scopo satisfattorio, e quindi ad esso non si applica il principio « ne bis in idem ».

Ora, il fatto della ripetibilità non toglie che giuridicamente viene in rilievo la struttura sanzionatoria e non satisfattiva di tale mezzo. Dal punto di vista psicologico, certo, la replicata messa in atto del mezzo in caso di perdurante trasgressione sarà un mezzo molto efficace al fine di indurre il trasgressore a cessare il comportamento inadempiente. Ma ciò non toglie che la struttura dello « Zwangsgeld » sia punitiva.

Sotto un altro profilo esso invece potrebbe apparire un mezzo satisfattivo. E cioè per il fatto che la sua comminazione è funzionalmente legata col cessare del comportamento di inadempimento. Nel caso che la sanzione sia comminata una volta per tutte, ciò non avviene, tant'è vero che il cessare della trasgressione non comporta alcun effetto sulla

(20) H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, cit., 283.

(21) H. VON ROSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 27 e 33-35; R. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 627 e 630.

sanzione: l'ammenda pagata non viene restituita nè può imporsi il pagamento più volte fino al cessare dell'inadempimento. Nel caso dello «Zwangsgeld», invece, la possibilità della imposizione di più ammende per la stessa trasgressione, quella di imporle per un ammontare sempre più alto (entro i limiti fissati dalla legge) e la necessità di cessare dall'imporle nel momento in cui termina la trasgressione, sembrano dar luogo ad una sanzione che, se non ha fini satisfattivi, è a questi molto strettamente funzionalizzata (22).

Detto ciò, sembra evidente che — essendo il tema delle sanzioni estraneo all'argomento della tutela — non interessano qui i problemi che in ordine alle sanzioni si sono posti. Quello della distinzione tra sanzioni penali e amministrative (23), quello della previsione legislativa delle sanzioni e della necessità o facoltà di irrogarle (24), quello della conciliazione e dell'oblazione (25), quello della distinzione tra

(22) Sullo «Zwangsgeld» come avente natura doppia, di *Beuge* o *Androhung* o *Zwangsmittel* da una parte e di *Verwaltungs-* o *Ordnungsstrafe*, W. STEIN, *Über das Wesen und die Bedeutung des Zwangsgeld*, «DVBl», 1956, 505-510; più interessante G. ANSCHÜTZ, *Das Recht*, cit., 404 ss. e 453 ss. e spec. 457-458 dove tratta del rilievo del principio «ne bis in idem», sia pure con riferimento alle «Executivstrafen» (su questo punto, anche G. ZANOBINI, *Le sanzioni*, cit., 153 ss.).

(23) Su cui, G. ZANOBINI, *Le sanzioni*, cit., 38-39 e *passim*; U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 159 ss.; R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 196 ss.; MANZINI, *Trattato di diritto penale*, I, cit., 117 ss. che distingue a seconda della natura del precetto penale sanzionato; e A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925 che sottolinea la natura afflittiva di ogni tipo di sanzione, distinguendo però a seconda che si riferisca a precetti di legge o ad attività amministrativa. Si vedano inoltre i cenni di P. NUVOLONE, *La confisca dei beni e la Costituzione*, «Giur. cost.», 1961, 3-4, 560-562 e le osservazioni di L. SCOTTI, *La rimozione di cose sommerse*, cit., circa la natura repressiva delle sanzioni amministrative e la tendenza di politica legislativa a sostituirle con sanzioni penali.

Sulla distinzione tra sanzioni amministrative e sanzioni disciplinari, D. PAPANICOLAIDIS, *Introduction générale à la théorie de la police administrative*, Paris, 1960, 72.

(24) Su cui U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 160 e 164-165; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 99-100 e 710, per il quale si ha pena esecutiva quando comminazione e applicazione della pena è lasciata all'arbitrio dell'amministrazione; G. ZANOBINI, *Corso*, cit., I, 299; O. RANELLETTI, *Teoria*, cit., 127; R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 195-198; V. OTTAVIANO, *Sulla nozione*, cit., 850.

(25) Su cui U. BORSI, *Le funzioni*, cit., 264 ss.; G. ZANOBINI, *Le san-*

sanzioni per violazione di doveri generali e sanzioni per violazione di doveri particolari e della tipologia delle sanzioni amministrative (26), quello della connessione tra sanzioni esecutive e rapporti di supremazia speciale (e quindi, fini disciplinari) (27), nè, infine, i rilievi sul fatto che pochissimi esempi (e con tendenza a diminuire) offra (o offrisse) il diritto positivo italiano di pene o sanzioni esecutive (28) (29).

7. Esaminati singolarmente i principali mezzi di autotutela che attengono a beni pubblici (1) (ed esclusa dall'autotutela la com-

zioni, cit., 60 ss.; A. DE VALLES, *La validità*, cit., 364 n. 6; F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 551-552.

(26) Su cui G. ZANOBINI, *Le sanzioni*, cit., 56 ss.; R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 194-196; F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 551.

(27) Su cui U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 169 ss., *Le funzioni*, cit., 250; G. ZANOBINI, *Le sanzioni*, cit., 111 ss.; A. DE VALLES, *La validità*, cit., 366-367; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1964, 124-125.

(28) U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 166; G. ZANOBINI, *Le sanzioni*, cit., 199-200; A. DE VALLES, *La validità*, cit., 364; F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 100 e 692.

(29) Va ricordato che l'esistenza di sanzioni amministrative è stata ritenuta espressione dell'esistenza di un ordinamento dell'amministrazione separato da quello generale: in questo senso le sanzioni amministrative sarebbero contraddistinte non solo dal fatto di essere irrogate dall'amministrazione, ma anche di esser disposte per curare un interesse dell'amministrazione (V. OTTAVIANO, *Sulla nozione*, cit., 848-850).

Nel fine delle sanzioni amministrative — che sarebbe quello di curare un interesse dell'amministrazione — è stata vista l'ammissibilità della concorrenza di sanzione generale e di sanzione amministrativa (V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1958, ottobre-dicembre, 848).

(1) Non si è discussa, invece, la riconducibilità all'autotutela della liquidazione del credito da risarcimento di un danno derivante da abusivo comportamento su bene demaniale e della potestà di annullare, revocare o modificare gli atti di concessione.

In ordine al primo problema la soluzione dovrebbe essere negativa perchè tale potere non è espressamente previsto dall'art. 823 nè da altra norma sì che l'amministrazione avrebbe discrezionalità nel fissare il credito da risarcimento (così nel caso di godimento abusivo di bene demaniale; si tenga peraltro presente il caso: se una concessione sia stata rilasciata e sia poi venuta a scadenza ed il concessionario abbia continuato a godere il bene, l'amministrazione può esigere il risarcimento del danno con la procedura ingiuntiva App. Bologna, 28 marzo 1961, « Foro Pad. », 1961, I, 1043).

Molti autori riconducono all'autotutela la potestà di annullare, revocare,

minazione di sanzioni amministrative), vediamo ora quali sono i rapporti tra essi. Dall'affermazione del principio di legalità in tema di autotutela (e in particolare di autotutela esecutiva) e dal rilievo della inesistenza di una legge generale sulla autotutela (esecutiva) discende che l'amministrazione non ha scelta tra più mezzi di esecuzione nè può ricorrere ad un mezzo di esecuzione quando un altro si sia rivelato improduttivo. È chiaro che a questa conclusione non si potrebbe giungere se si affermasse il principio che l'amministrazione può far ricorso ad autotutela esecutiva senza che una norma ve la autorizzi espressamente. Parlando dell'autotutela esecutiva e del suo fondamento, noi abbiamo esaminato le implicazioni del principio di legalità sotto un diverso profilo: in quella sede affermare che vi è autotutela esecutiva solo nei casi espressamente previsti da legge serviva a dimostrare che l'amministrazione non può sempre ricorrere alla esecuzione in deroga al principio di verifica ed esecuzione giudiziale delle pretese e quindi che, nei confronti di beni pubblici, essa non ha sempre autotutela esecutiva.

Ora dobbiamo fare un passo più avanti. Non solo è vero che vi è autotutela esecutiva solo nei casi previsti da legge, ma è vero anche che l'amministrazione — nei casi previsti da legge — può far ricorso solo agli specifici mezzi che la legge prevede. In altre parole, la legge prevede non solo le ipotesi nelle quali l'amministrazione può agire, ma anche i modi nei quali essa può eseguire.

Due sono le conseguenze del fatto che l'amministrazione è dotata di autotutela esecutiva solo con riguardo a mezzi specificamente designati. La prima, che essa non ha scelta tra più mezzi: può solo far ricorso a quello indicato da legge. La seconda, che non può ricorrere ad altro mezzo quando il primo si sia rivelato infruttuoso: dovrà

modificare gli atti di esecuzione (A. M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 463; R. RESTA, *Beni pubbl.*, cit., 92); nella giurisprudenza: l'autotutela si esplica, tra l'altro, mediante la facoltà di annullamento, revoca o modificazione, avente forza coattiva, degli atti con i quali siano stati creati particolari rapporti soggettivi sul bene demaniale (Cons. St., Sez. V, 31 maggio 1963, 349, « Foro amm. », 1963, I, 674; Cons. St., Sez. V, 24 gennaio 1964, n. 83, « Foro amm. », 1964, I, 2, 46 e Sez. V, 23 aprile 1965, n. 426, « Foro amm. », 1965, I, 2, 524).

essere sua cura che ciò non avvenga ed « imputet sibi » ogni eventuale improduttività dell'unico mezzo concessole. Dalla mancanza di scelta dell'amministrazione tra vari mezzi — alternativi e concorrenti — discende che non si pone neppure, in Italia — quantomeno con riguardo ai beni pubblici — il problema di una valutazione — nella scelta — della rispondenza del mezzo allo scopo che si vuol raggiungere e del minore pregiudizio da arrecare al privato (i due criteri sono posti invece dall'art. 9 della legge tedesca del 1953 più volte citata). Queste conclusioni non sono una conseguenza necessaria del principio di legalità perchè la legge stessa potrebbe disporre, in via generale, il ricorso — alternativo o successivo — a più mezzi. Ad esempio, la legge tedesca del 1953 sulla esecuzione amministrativa elenca tre mezzi di esecuzione, tra i quali l'amministrazione può scegliere, ma oltre i quali l'amministrazione non può andare (2). Ma una tale legge generale non c'è in Italia, nè leggi di specie così dispongono.

Escluso il ricorso — alternativo e successivo — ad altri mezzi, c'è da chiedersi se lo stesso mezzo possa essere ripetuto nel caso che il primo esperimento si sia rivelato improduttivo. Ora, in linea generale, trattandosi qui di misure che hanno un fine satisfattivo e non un carattere penale, dovrebbe dirsi che non vale in materia il prin-

(2) Questi poi sono gli stessi esistenti — ma non regolati legislativamente — prima di tale legge come dice H. VON ROSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 31 e come può vedersi esaminando le opere precedenti a tale legge, specialmente BUCH (senza indicazione di nome), *Das nichtkodifizierte Verwaltungszwangsrecht in Preussen*, « AöR », 1915, 326-437 e G. ANSCHÜTZ, *Das Recht des Verwaltungszwanges in Preussen*, « Verw. Archiv », 1899, 389-470; sul fatto che l'amministrazione non abbia mezzi oltre quelli indicati nella legge. E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 628; ma H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, III, München-Berlin, 1966, 285 afferma: « ausserdem gibt es noch einige sondergesetzliche (besondere) Zwangsmittel... ».

Diversa è l'ipotesi in cui l'amministrazione sia lasciata libera di scegliere; in questo caso, il giudice amministrativo italiano accerta soltanto che sia stata rispettata la regola della imparzialità, limitandosi ad esaminare se sia stata dall'amministrazione compiuta una comparazione tra le « sanzioni » previste dalla legge: così, tra le altre, Cons. St., Sez. IV, 1° marzo 1968, n. 126, « Foro amm. », 1968, I, 2, 279 in tema di ordine di demolizione di opere abusivamente costruite in pregiudizio delle bellezze panoramiche della zona tutelata.

cipio « ne bis in idem » (3); d'altra parte, non sembra che il principio di tipicità e quello di nominatività ostacolino la ripetizione. Ben s'intende, essa sembrerebbe ammissibile quanto siano simili i presupposti e i motivi e simile il mezzo, non dovendo ricorrere difformità, chè — altrimenti — vi sarebbe violazione della regola della specificità del mezzo perchè l'amministrazione ricorrerebbe — in fatto — ad altro mezzo di tutela amministrativa. Infatti, nel nostro ordinamento, non vi è una norma come il comma 6 dell'art. 13 della legge sull'esecuzione amministrativa tedesca, che dispone: « die Zwangsmittel können ... so oft wiederholt und hierbei jeweils erhöht oder gewechselt werden, bis die Verpflichtung erfüllt ist ». Invece, ammettendosi la ripetizione dello stesso mezzo, dovrebbe ritenersi valida la regola per cui « eine neue Androhung ist erst dann zulässig, wenn das zunächst angedrohte Zwangsmittel erfolglos ist » (stesso articolo e stesso comma della legge prima citata).

(3) Così, interpretando la legge tedesca, E. RASCH-W. PATZIG, *op. cit.*, 627 e 630 e H. VON ROSEL-VON HOEWEL, *op. cit.*, 27; si tenga peraltro presente che le sanzioni amministrative consistenti nel pagamento di somme di danaro (« Zwangsgeld ») sono ritenute in Germania mezzi di esecuzione e che principalmente nei loro confronti è ammessa la non validità del principio « ne bis in idem ».

IV

LA TUTELA ORDINARIA

1. *A)* I mezzi di tutela amministrativa spettano al solo ente pubblico; e ad esso spettano non perchè proprietario o possessore ma in qualità di ente dotato di autotutela. I mezzi di tutela ordinaria, non possono, al contrario, non seguire la regola per la quale il mezzo di difesa è attribuito al titolare della situazione di diritto sostanziale. Bisogna, quindi, considerare ora l'attribuzione dei mezzi ordinari di difesa all'ente pubblico e ai privati alla luce del profilo della titolarità della situazione o del potere sostanziale.

Va precisato che il tema della tutela ordinaria è stato prevalentemente studiato partendo dall'assunto che i beni pubblici siano di proprietà di enti e non possano essere in proprietà collettiva potendosi ammettere, al più, possesso della collettività o di singoli suoi membri (e secondo alcuni neppure questo ma mera detenzione). La prospettiva cambia se — almeno in ordine a taluni beni — si ammette che siano in proprietà di collettività, perchè saranno poi queste intitolate a esercitare i mezzi di difesa. Diciamo subito che ciò che accade (ma solo in taluni casi) è che l'attribuzione dei mezzi di difesa ai soggetti e alle collettività proprietari o possessori è doppiato da una eguale attribuzione al soggetto pubblico gestore, ove esso c'è.

B) Cominciamo con l'azione di accertamento. Come è noto, essa è ammessa per i diritti reali come per ogni rapporto giuridico ed ha funzione di mero accertamento e non restitutoria. Legittimato attivo è colui che si vanta di essere proprietario di una data cosa; legittimato passivo colui che vanta l'identico diritto. Non si vede motivo per escludere che l'ente pubblico proprietario (non l'ente gestore) sia legittimato attivo all'accertamento. La questione del diritto — appar-

tenenza del bene al privato o alla pubblica amministrazione — è di competenza esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria, a termini dell'art. 2 della l. 20 marzo 1865, n. 2248 all. E (1).

Nè può dirsi che la questione è di competenza del giudice amministrativo in quanto può sorgere come pregiudiziale o incidentale (2) perchè è irrilevante decidere pregiudizialmente sulla natura del bene per emanare una ordinanza sulla base del citato art. 378, per la cui legittimità basta la esistenza di una alterazione nello stato delle cose (3). In via pregiudiziale, basta che il giudice amministrativo accerti l'esistenza di un uso pubblico e la turbativa di questo stato di fatto (4) (5).

—

(1) C. S., V, 18 aprile 1931, « Foro it. », 1931, III, 180 e App. Roma, 11 aprile 1961, « Giust. civ. », 1961, I, 1475.

(2) In altri casi peraltro, la giurisprudenza, discutendosi dell'applicazione dell'art. 15 del r.d. 1° settembre 1918, n. 1446, ha affermato invece essere indispensabile, per giudicare della legittimità di un provvedimento dell'autorità comunale, decidere la questione pregiudiziale se la via in contestazione fosse pubblica o privata. Così anche Cons. Stato V, 18 ottobre 1963, n. 846, « Foro it. », Rep. 1963, *Strade*, 37-38; « Cons. St. », 1963, I, 1352 (m.): il giudice amministrativo può risolvere la contestazione sulla natura giuridica di una strada che implica una questione di diritto soggettivo qualora tale questione si ponga come incidentale per la soluzione di altra controversia.

È stato anche osservato che non si può escludere che la questione di proprietà rientri tra quelle di cui debba conoscere il giudice amministrativo, investito del ricorso contro l'ordinanza di riduzione in pristino: « la competenza del giudice ordinario è compatibile con l'esistenza di una questione *pregiudiziale* di diritto civile » (U. FORTI, in « Foro it. », 1931, III, 2).

(3) C. S., V, 18 aprile 1931, « Foro it. », 1931, IV, 180.

(4) C. S., V, 29 novembre 1930, « Foro it. », 1931, III, 4.

(5) Per ragioni di connessione conviene accennare qui al tema degli accertamenti compiuti in via amministrativa con elenchi, decreti ministeriali, atti di classificazione ecc., a proposito dei quali ci sarebbe da chiedersi se essi non rappresentino, almeno funzionalmente, esplicazione di una potestà amministrativa non dissimile da quella che il giudice svolge quando gli sia proposta azione di accertamento. In proposito va ricordato l'insegnamento di M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 102 ss. che afferma esser questi atti delle certazioni, dichiarative della natura giuridica dei beni ma costitutive della certezza legale pubblica dei beni. Da ciò lo stesso autore fa discendere che l'ordine delle qualificazioni concernenti la certezza prevale sempre sull'ordine delle qualificazioni concernenti il bene. Per una rassegna di opinioni sulla natura degli elenchi delle acque pubbliche, E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Torino, 1958, 47 ss.

C) Occorre ora esaminare l'ammissibilità dell'azione di rivendicazione che è stata variamente accettata e negata, sia pur con argomentazioni diverse.

Alcuni affermano — sia pure immotivatamente (1) — che i rimedi petitori debbono ritenersi ammessi in ordine ai beni pubblici (2).

Altri ha affermato che il problema dell'ammissibilità dell'azione di rivendicazione nei confronti dei beni c.d. demaniali non trova neppure modo di sorgere. Ammesso, infatti, che l'ente pubblico abbia la proprietà e il possesso di tali beni, esso non può perderne il possesso: quello che sembra perdita del possesso non è altro che cessazione della necessità del bene alla funzione a cui è destinato: « nel momento in cui il possesso da parte del privato si inizia, la demanialità del bene è già cessata, almeno nei confronti di questi, senza di che il suo possesso non potrebbe produrre effetti giuridicamente rilevanti » (3).

L'esistenza di azioni costitutive promosse dall'amministrazione è secondo altri eccezionale e deve derivare da espressa disposizione di legge. Dalla natura stessa del diritto pubblico deriverebbe infatti che appartenga all'autorità amministrativa, con unilaterale dichiarazione di volontà, di costituire, modificare o sciogliere rapporti giuridici. Ciò è vero solo se si ritiene che gli atti amministrativi siano in ogni caso

(1) S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 484 e S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, 260.

(2) A. BUTERA, *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, Milano, 1911, 101 l'ha affermata dicendo: « per quanto si attiene al diritto di proprietà e alla sua tutela petitoria, la qualità del soggetto titolare diviene... una circostanza irrilevante. Indi viene che la rivendicazione compete indubbiamente agli enti pubblici, quali lo Stato, la provincia, il comune, per la restituzione dei beni del demanio o di uso pubblico, oltre che dei beni patrimoniali indisponibili, della cui difesa giurisdizionale non si è mai dubitato. E per l'onere della prova si segue naturalmente il diritto comune. S'intende che se l'ente pubblico dimostra la qualità di demanio o di uso pubblico del bene, il convenuto non può farsi usbergo dell'usucapione, della quale quei beni non sono capaci ».

(3) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 416-417 e, successivamente al nuovo codice, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, Scritti per la Cedam, Padova, 1953, II, 530.

esecutori e che per essi non si presenterebbero quelle ragioni di rispetto della volontà dei contro-interessati, di tutela dei terzi e di ordine pubblico che giustificano in diritto privato l'esistenza di azioni costitutive (4).

A nostro parere bisogna distinguere tra beni di proprietà di enti pubblici non sottoposti a riserva e beni di proprietà sottoposti a mera riserva (cose in uso comune a tutti) e beni di proprietà di collettività sottoposti a riserva.

È fuori dubbio, nel caso di proprietà di ente pubblico senza riserva, l'applicabilità dell'azione di rivendicazione (5).

Con riguardo al secondo gruppo di beni, bisogna ricordare che carattere dell'oggetto dell'azione è che sia oggetto del diritto di proprietà (6): è escluso quindi che la rivendica, che mira all'accertamento del diritto di proprietà dell'attore prima ancora che ad ottenere per esso un ordine di restituzione della cosa, possa ammettersi là dove si dà mera riserva senza assunzione del diritto (cose in uso comune a tutti).

Infine, per i beni per i quali ricorra riserva e proprietà, non si dà azione di rivendicazione, ma per un motivo diverso da quello per il quale tali beni, al momento dell'esperimento dell'azione, non sarebbero più demaniali. Se è vero che, con l'azione di rivendicazione, si chiede, da parte di chi si reputa proprietario, di riottenere il possesso a mezzo dello spossessamento del convenuto, è pur vero che obiettivo dell'attore non è quello di difendere — e quindi riavere — il possesso ma quello di difendere il proprio diritto insidiato dalla possibilità del possessore di far valere contro di lui gli effetti del possesso (acquisto a mezzo di usucapione). È per questo che l'azione di rivendicazione è un'azione petitoria, a difesa del diritto di proprietà. Per questo carattere l'azione di rivendicazione si distingue, da una parte,

(4) E infatti così afferma F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 715-718.

(5) Le cose indisponibili immobili e anche quelle mobili, poichè inalienabili, sono rivendicabili dallo Stato se alienate per errore o per dolo (F. CAMMEO, *Demanio*, « Dig. it. », *ad vocem*, 940).

(6) Così, esplicitamente, F. DE MARTINO, *Della proprietà*, *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1962, 473.

da quella di mero accertamento che assicura l'accertamento del diritto dell'attore ma non ha funzione restitutoria, dall'altra da quella di spoglio che rimette nel possesso ma non accerta il diritto dell'attore. Però, tutto ciò non può accadere nei confronti dei beni c.d. demaniali o sottoposti a riserva, perchè, per effetto della riserva, essi non possono essere acquisiti a mezzo di usucapione. E ciò non discende solo dai principi che regolano la riserva e in particolare dal divieto di appropriarsi dei beni sottoposti a riserva ma anche dalla norma espressa che impedisce che il possesso possa essere fatto valere come titolo di acquisto del diritto. Quindi, il proprietario collettivo dei beni c.d. demaniali, non ha bisogno di difendersi nei confronti del possessore allo stesso modo che il proprietario di beni non sottoposti a riserva, cioè con la revindica, perchè, nei confronti dell'acquisizione, a mezzo del possesso, del diritto sul bene, è già difeso dalla riserva e dall'articolo 1145 cod. civ.

A tutto ciò non si può obiettare che in tal modo non si ottiene la restituzione della cosa. Infatti, il proprietario che voglia il recupero della cosa e la reimmissione nel possesso ben può ricorrere all'azione di reintegrazione (7). Quando non si tratti di beni sottoposti a riserva, poichè la reintegrazione ristabilisce solo il possesso, il proprietario dovrà poi agire in rivendicazione per riaffermare la proprietà. Ma ciò non è necessario per i beni sottoposti a riserva, in ordine ai quali, certo, la proprietà non può essere da altri acquistata in virtù della riserva. E quindi la loro difesa si esaurisce col mezzo possessorio (8) che vede, da una parte come legittimato attivo il titolare del

(7) La difesa possessoria « compete naturalmente, e anzi molto più, quando al fatto del possesso si associ, nel possessore, la titolarità del diritto. Il possessore-titolare, quando sia turbato o spogliato dell'esercizio del proprio diritto, ha quindi a propria disposizione due ordini di azioni: l'azione petitoria e quella possessoria (D. BARBERO, *Sistema*, cit., I, 302).

(8) In questo senso va intesa con cautela l'osservazione (S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, 239-240 e 243-250) che l'azione di rivindica non tutela il diritto di proprietà in se stesso, ma piuttosto « una proiezione del diritto di proprietà, qual'è lo *jus possidendi*. Può dirsi che l'azione di rivindica tuteli il collegamento tra la (il diritto di) proprietà e (il fatto del) possesso » (così anche D. BARBERO, *Sistema istituzionale*

diritto-possessore, dall'altra il successivo possessore o colui che impedisca l'esplicazione del possesso o compia atti di molestia.

È questo e non altro il significato dell'affermazione che oggetto dell'azione di rivendicazione deve essere una cosa in commercio (9).

Altro argomento nello stesso senso può ricavarsi dalla revindica di cui parleremo più avanti, riguardante gli usi civici, a proposito della quale non a caso la legge usa il termine di reintegra. Ciò che permette di sottolineare altresì che non è da escludere che, anche quando (e se) alla revindica si faccia ricorso in relazione a beni sottoposti a riserva e in proprietà, in realtà, della rivendicazione del codice civile non ricorra che il nome, come sembra possa dimostrarsi anche dai mezzi di prova che al mezzo di cui parliamo attengono e che sono ben diversi dalla « probatio diabolica », bastando secondo alcuni il possesso, secondo altri la destinazione (sia che venga intesa in senso di attuale destinazione sia che venga intesa come attitudine a servire la collettività). Ci sarebbe da chiedersi, insomma, se per i beni sottoposti a riserva, sia legittima la distinzione tra « jus possidendi » (di cui si chiede la riparazione con la rivendicazione) e il « factum possessionis » (di cui si chiede la ripristinazione con la reintegrazione).

D'altra parte, non bisogna dimenticare che, nel caso di cui si discute, la proprietà dei beni per i quali dovrebbe ammettersi la revindica spetta a una collettività. E poichè legittimato attivo alla revindica è il titolare della proprietà, la revindica — se ammissibile — dovrebbe spettare non all'ente pubblico — che è un mero gestore — bensì proprio alla collettività. Ora, a differenza dalle azioni possessorie per le quali, come vedremo, l'art. 1145 esplicitamente ammette che i membri della collettività siano attivamente legittimati, per la revindica il codice nulla dice. Ciò, d'altra parte, ha una giustificazione nel fatto che poco importa la riaffermazione del diritto di proprietà, spe-

del diritto privato, Torino, 1958, I, 770). Si veda quanto dice S. SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1963, 28: « la revindica non è che l'espressione dell'appartenenza ».

(9) F. DE MARTINO, *Della proprietà*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1962, 473; precedentemente, B. BRUGI, *Della proprietà*, II, Napoli-Torino, 1923, 619.

cialmente nel caso di beni — sottoposti a riserva — di collettività ampie e aperte, importando piuttosto la possibilità di usare il bene senza che nessuno disturbi tale uso.

La conclusione negativa raggiunta — sia pure in via di ipotesi — permette di escludere il problema — importante, come vedremo, per le azioni possessorie — del soggetto che possa esperire le azioni petitorie: se sia la sola collettività proprietaria o sia anche l'ente gestore.

Può però obiettarsi che se è vero che l'azione di rivendicazione è ammessa contro lo spossessamento (totale o parziale) è pur vero che essa è ammessa anche nei confronti di chi detiene senza titolo (art. 948 cod. civ.). In questo caso l'attore mira a riottenere la detenzione, non il possesso; legittimato passivo è il detentore, non il possessore. Ora, in questo caso, potrebbe ammettersi l'azione di rivendicazione con riguardo ai beni c.d. demaniali se non si disconosce — anche a voler restare nell'ambito di idee di coloro che li ritengono di proprietà statale — che, almeno su quelli di uso pubblico — o, come altri preferisce dire — destinati all'uso pubblico, si dia detenzione (10).

(10) Nei confronti dei beni c.d. demaniali sembrerebbe ammissibile l'azione negatoria sia come azione di mero accertamento negativo e quindi volta a contestare l'altrui diritto parziario sul bene, sia come azione di condanna o inibitoria e quindi volta contro immissioni o turbative ingiustificate, al fine di ottenere l'ordine di cessazione (con riferimento solo alla prima ammette l'azione nei confronti dei beni c.d. demaniali, E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 417). L'amministrazione — si è detto — deve provare il suo diritto di proprietà, il privato il suo diritto parziario sul bene. Se il privato riesce a provare ciò, l'amministrazione dovrà opporre la demanialità del bene. Questa deve presumersi se il bene è compreso in un elenco (presunzione relativa); se ciò non accade, l'amministrazione dovrà dichiarare in giudizio, con atto amministrativo discrezionale, l'attitudine e necessità del bene alla relativa funzione (E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 418-419).

Valgono però — a favore dell'esclusione della negatoria — le considerazioni svolte nel testo circa il soggetto legittimato attivo, che anche in questo caso è il proprietario.

In giurisprudenza è stato affermato che la semplice iscrizione di una strada poderal, libera da ogni servitù, nell'elenco delle vicinali soggette a servitù pubblica lede il diritto del proprietario e gli conferisce, oltre al reclamo diretto ad evitare che l'elenco sia definitivamente approvato, l'*actio negatoria servitutis* in sede ordinaria (C. S., V, 21 giugno 1946, n. 176, « Foro amm. », 1946, I, 2, 108-109).

D) Oltre che dalla norma del codice, un'azione di rivendicazione è disciplinata dalla l. 16 giugno 1927 n. 1766, art. 29. Nella pratica tale azione è ancora definita — per ragioni storiche poste in luce con molta chiarezza (11) — reintegra demaniale. Questa, in materia di usi civici, sta ad indicare una revindica e viene usata perchè tali diritti sono originari e per essi, normalmente, non si ha titolo diverso dal possesso; ragione per la quale il giudizio rivendicatorio è simile a quello possessorio in quanto il revindicante può limitarsi a provare un suo possesso anteriore (12).

L'art. 29 ha ad oggetto principalmente l'azione di rivendica. Ma esso, altresì, attribuisce al Commissario per gli usi civici giurisdizione in ordine alle azioni di accertamento, di ricognizione di confini e apposizione di termini e per i provvedimenti conservativi e la cognizione dei reclami avverso ad essi (art. 74 del regolam. del 1928) (13). Si ch'è può dirsi che il Commissario raggruppi più competenze *ratione materiae*.

I commissari procedono, su istanza degli interessati, od anche d'ufficio (14), all'accertamento, alla valutazione ed alla liquidazione dei diritti di uso civico e allo scioglimento delle promiscuità ed alla rivendica e ripartizione delle terre. I Commissari decidono tutte le controversie circa l'esistenza, la natura e l'estensione dei diritti suddetti, comprese quelle nelle quali sia contestata la qualità demaniale del suolo o l'appartenenza a titolo particolare dei beni delle associazioni,

(11) G. CERVATI, *Le varie « reintegre » di beni d'uso civico*, « GCCC », 1954, 347.

(12) Cass., sez. un., 15 gennaio 1954, n. 64, « GCCC », 1954, 341.

(13) Su questi ultimi, A. SINISCALCHI, *Del procedimento dinanzi alla sezione speciale della Corte di Appello in materia di usi civici*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1952, ottobre-dicembre, 890, nel senso che hanno natura amministrativa.

(14) L'iniziativa è o del Commissario o dei privati interessati. Di regola l'esame del Commissario in sede giurisdizionale ha inizio a seguito della opposizione degli occupatori dei beni, quando questi, dopo aver ricevuta la notifica degli accertamenti compiuti dal Commissario, ritengano di richiedere il riconoscimento di diritti subiettivi ad essi spettanti.

nonchè tutte le questioni a cui dia luogo lo svolgimento delle operazioni loro affidate (15).

Il commissario ha competenza esclusiva: sì chè è esso giudice se si contenda di un diritto che una parte assume essere di uso civico l'altra di ordine puramente privato; o quando la contestazione sorge in via di eccezione in un giudizio di esecuzione innanzi al magistrato ordinario, al fine di impugnare la legittimità del titolo esecutivo (16). Peraltro la giurisdizione del Commissario incontra dei limiti oppure si « esaurisce » (17): ma l'argomento non interessa qui. A noi preme mettere in luce non i limiti rispettivi di giurisdizione tra organi giurisdizionali ordinari e organi giurisdizionali speciali quanto quelli tra organi giurisdizionali (tutela ordinaria) e organi amministrativi (tutela amministrativa).

Qui l'attività giurisdizionale è contraddistinta dall'elemento del contraddittorio prescritto dall'art. 31 della legge. Il processo ha carattere inquisitorio, ma ciò non toglie che il Commissario non possa sottrarsi al principio del contraddittorio (18).

Il processo si chiude o con la decisione (appellabile alla sezione usi civici della Corte di appello di Roma) o con la rinuncia all'opposizione e domanda di legittimazione. Ma in questo secondo caso si apre un procedimento amministrativo e siamo fuori dal giudizio su azione di rivendicazione (19). Nel primo caso, l'atto che chiude il processo, in quanto pone fine ad una controversia sull'esistenza, na-

(15) Contro ogni usurpazione, a qualsiasi tempo risalga, alla stregua dell'esame dei titoli, il giudice decide sulla legittimità della pretesa del terzo o, al contrario, sulla *qualitas* demaniale del suolo, riconoscendo il diritto al Comune, frazione o Università Agraria.

(16) Così la giurisprudenza citata da G. CERVATI, *Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1951, luglio-settembre, 775-777.

(17) G. CERVATI, *Gli usi civici*, cit., 782-787.

(18) V. ANDRIOLI art. cit. da A. SINISCALCHI, *Del procedimento dinanzi alla sezione speciale della Corte di appello in materia di usi civici*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1952, ottobre-dicembre, 878-879.

(19) In questo senso la giurisprudenza è copiosa; v. spec. Cass., Sez. un., 22 agosto 1953, n. 2827, « GCCC », 1954, 393.

tura ed estensione dei diritti di uso civico, attiene alla sfera giurisdizionale.

2. A) Delle azioni possessorie nei riguardi dei beni demaniali (1) tratta in generale l'art. 1145 del cod. civ.: « il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto. Tuttavia nei rapporti tra privati è concessa l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle provincie e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico ». Delle azioni possessorie in tema di acque pubbliche parla la legge speciale sulle acque e sugli impianti elettrici (T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775, 141 e 207) (2). Poi, l'art. 30 della legge 16 giugno 1927 n. 1766 regola l'esercizio

(1) V. la giurisprudenza in A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, 485; F. S. GENTILE, *Il possesso*, Torino, 1965, 478 e in E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Torino, 1958, 260. Interpreta il primo co. dell'art. 1145 nel senso che non è ammesso l'esercizio di azioni possessorie nei confronti dell'ente pubblico B. BIONDI, *I beni*, Torino, 1956, 251.

(2) In materia di acque, la presenza dell'art. 140 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, t.u. sulle acque ed impianti elettrici, pone il problema seguente: si deve intendere la giurisdizione del Tribunale superiore delle acque come esclusiva, principalmente nelle materie ad essa deferite che qui più interessano, accertamento del diritto, determinazione dei confini? (si veda E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, cit., 260 ss.).

L'art. 141 ribadisce il principio, fissato dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, dell'improponibilità delle azioni possessorie contro provvedimenti della pubblica amministrazione (bibliografia su questo punto in E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Torino, 1958, 282, 283). La menzione esplicita di questo principio fu giustificata dalla incertezza che in argomento regnava quando la disposizione ricordata fu emanata. L'ambito di applicazione delle azioni possessorie rimane circoscritto, quindi, contro gli atti e i fatti dei privati non coinvolgenti l'esame di un provvedimento della pubblica amministrazione.

Il divieto di proporre azioni possessorie, contenuto nell'art. 140-141 t.u. 11 dicembre 1933, n. 1775, è da intendersi riferito a tutti i soggetti pubblici; sono ammesse le azioni possessorie nei soli confronti dei privati: quindi se un consorzio è costituito in ente pubblico, dette azioni sono inibite (Cass., Sez. un., 7 aprile 1948, n. 518, « Foro pad. », 1948, I, 625 ss.). Questa interpretazione è eccessivamente lata perchè l'autorità amministrativa a cui si riferiscono gli articoli 140 e 141 ed i cui atti escludono l'azione possessoria, è l'ente « a cui è affidata dalla legge la titolarità e l'esercizio del diritto di demanialità, di cui le acque pubbliche sono oggetto, con i relativi poteri di impero e discrezionali di gestione e di polizia » (M. BUSCA, *Le azioni possessorie in materia di acque pubbliche e di consorzi irrigui*, « Foro pad. », 1948, I, 630).

delle azioni possessorie in tema di usi civici. Ma si deve ritenere che il Commissario abbia funzioni giurisdizionali — e quindi che si sia nell'ipotesi di azione possessoria e non di tutela possessoria amministrativa — solo nel caso che egli disponga quando vi sia stato attentato violento e clandestino al possesso (3): quando invece non sia stato commesso attentato violento o clandestino, il provvedimento del Commissario non potrà essere dato se non sia stata prima eseguita la reintegrazione in possesso (4) (5).

Il problema dell'esperibilità delle azioni possessorie a difesa dei beni pubblici va esaminato a seconda che si tratti di far agire in possessoria l'ente (pubblico) gestore o membri della collettività. È evidente che — non dandosi alcuna scissione interna di facoltà inerenti alla proprietà — nell'ipotesi di proprietà dell'ente pubblico il problema dell'esperibilità delle azioni possessorie non presenta gravi problemi (si veda quanto diremo più avanti sulla proprietà dei beni del cosiddetto demanio militare e la giurisprudenza citata in tema di legittimazione attiva all'azione di spoglio). Il primo aspetto — quello della ammissibilità per l'ente pubblico-gestore — è il meno studiato. Ciò accade per un motivo pratico: che l'ente gestore, essendo dotato di

(3) Così G. CERVATI, *Le varie «reintegre» di beni d'uso civico*, «GCCC», 1954, 348.

(4) A proposito di quest'ultima norma, va ricordato che — per la giurisprudenza — il Commissario, anche in una controversia riguardante inizialmente il solo possesso, ha facoltà di provvedere definitivamente, alla stregua dei diritti delle parti, e non del solo stato del possesso; non ha limiti, come il giudice ordinario, fra due distinti giudizi, possessorio e petitorio; la sua pronunzia può essere unica, anche senza istanza di parte (vedi la giurisprudenza riassunta in A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, 486-487).

(5) Infine, la legge 26 febbraio 1865, n. 2168, art. 10, prevede, per i tratturi, in caso di usurpazione, una speciale procedura di reintegrazione. Questa si compie con un'azione intentata dal demanio dinanzi ai Tribunali del contenzioso amministrativo (poi dinanzi ai Tribunali ordinari). Si tratta di un'azione possessoria bastando il fatto dell'usurpazione perchè si ordini la reintegra. Ma la competenza spetta ai tribunali. Per le trazzere la giurisprudenza attribuisce al prefetto la competenza ad ordinare la reintegra delle vie usurpate (F. CAMMEO, *Demanio*, cit., 877).

Andrebbe forse menzionato anche il ripristino tramite giudice *ex art. 8* della legge 20 dicembre 1932, n. 1894 sulle servitù militari.

autotutela, fa solitamente ricorso a questa anzichè al mezzo di difesa ordinaria.

Tuttavia, vi è concordanza, in dottrina, nel senso dell'ammissibilità. Ma con considerazioni che qui non possono essere condivise. Si dice, infatti, che le azioni possessorie possono essere esperite dalla pubblica amministrazione perchè questa è possessore delle cose demaniali. L'art. 690 (ora 1145 c.c.) sottrae le cose pubbliche al possesso giuridico dei privati e non a quello dello Stato e a questo, in quanto possessore, spetterebbero le azioni possessorie (6). Non diversamente altri (7) ha affermato — ma partendo dal presupposto che i beni c.d. demaniali siano di proprietà dell'ente pubblico — che l'ente pubblico ha il possesso dei beni dei quali è proprietario e quindi, in ordine a questi, può esperire le azioni possessorie. Ciò in generale; quanto alla esperibilità delle singole azioni, mentre non vi sarebbe alcun dubbio per quella di manutenzione, per quella invece di reintegrazione la soluzione sarebbe negativa poichè o il bene è ancora demaniale e allora non potrebbe essere posseduto da un terzo e quindi verrebbe meno il presupposto dell'azione, o invece esso è in possesso di un terzo e allora non sarebbe più demaniale e l'azione potrebbe sì essere esperita, ma nei riguardi di un bene che non è oggetto più di proprietà pubblica (8).

(6) F. CAMMEO, *Demanio*, cit., 901-902; F. ROVELLI, *I beni demaniali*, Milano, 1937, II, 19.

(7) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., 421-422. Si veda anche Cass., 30 luglio 1965, n. 1847, «Mass. Giur. it.», 1966, 674: «il comune può chiedere la tutela in via possessoria della situazione di fatto, corrispondente all'esercizio di una servitù di uso pubblico, consistente nell'uso di una strada per un tempo apprezzabile da parte di una generalità indiscriminata di cittadini per un interesse che trascende i bisogni di singole persone determinate».

(8) Si veda anche E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III, Padova, 1954, 330-331: l'esperibilità di azioni possessorie dell'amministrazione nei confronti del cittadino, non è esclusa per i beni demaniali dalla possibilità di autotutela perchè «non sembra che la concessione di mezzi di tutela speciali precluda l'esperibilità dei mezzi comuni, quali sono appunto le azioni possessorie, quando è l'amministrazione stessa che, intentandole, dimostra di preferire questa via, e il cittadino, da parte sua, risulta avvantaggiato per le migliori garanzie che il procedimento giurisdizionale può offrirgli in confronto all'esecuzione in via amministrativa...». «È però da rilevare che, per la tutela

Se è vero quanto si è prima cercato di dimostrare — e cioè che gran parte almeno dei beni c.d. demaniali è costituita di beni in proprietà di una collettività — e in gestione necessaria all'ente pubblico —; se è vero che l'art. 1145 c.c. — come cercheremo di dimostrare avanti — non solo non esclude ma esplicitamente ammette il possesso da parte dei proprietari collettivi; se è vero, infine, che lo stesso articolo del codice attribuisce alla collettività (ad ogni suo membro) l'esperibilità di azioni possessorie, dovrebbe concludersi che l'ente pubblico gestore non può agire in possessoria. Supplisce l'art. 823 che conferisce — in ogni caso — all'autorità amministrativa la facoltà di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal codice civile. Si comprende così la funzione dell'art. 823: esso non è dettato al fine di legittimare una capacità generale di autotutela (decisoria ed esecutiva) dell'amministrazione in ordine ai beni cosiddetti demaniali; bensì 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 — qui nella veste di ente di gestione necessario di beni della collettività — non avrebbe.

Per quanto il problema non abbia rilevanza pratica per la preminenza dei rimedi di tutela possessoria amministrativi, non si può non fare cenno al fatto che — una volta ammesso che dei beni di proprietà collettiva l'ente pubblico è mero gestore e non quindi possessore — la conclusione positiva dovrebbe far ritenere che legittimato attivo alla tutela possessoria è un soggetto non possessore. E infatti l'ente pubblico gestore non è nè possessore di fatto nè titolare del diritto-possessore nè detentore c.d. interessato (che abbia un potere sulla

«dei beni demaniali, pure potranno esperirsi quelle azioni che presuppongono la qualità di proprietari non possessori nella persona dell'attore e quella di possessore nel convenuto; poichè se di un bene demaniale l'amministrazione ha perduto il possesso, ed il cittadino l'ha acquistato, ciò significa che è cessata la destinazione pubblica del bene in questione, e che esso pertanto non è più demaniale. Non sarà quindi ammissibile l'*actio spoli*, mentre lo sarà l'azione di manutenzione, per la quale la qualità di possessore è presupposta nell'attore e non nel convenuto».

cosa in dipendenza di diritti di credito) nè possessore di diritti reali su cosa altrui.

B) Ma il problema veramente importante, in sede di interpretazione dell'art. 1145 cod. civ. è quello dell'ammissibilità della tutela possessoria per i membri della collettività e del suo fondamento.

L'art. 1145 — come abbiamo visto parlando della riserva nella prima parte di questa ricerca — è disposto al fine di impedire che — tramite usucapione — possano divenire di proprietà privata individuale beni sottoposti a riserva di proprietà collettiva. Esso, quindi, ha lo stesso significato dell'art. 2226 del codice napoleonico: non si può prescrivere il dominio delle cose che non sono in commercio.

Si è fatta, qui, una confusione tra effetti del possesso e possesso. Oggetto del divieto contenuto nell'articolo è l'usucapione in quanto modo di acquisto basato sul possesso prolungato nel tempo. Quindi — come è stato osservato (9) — l'articolo 1145 dispone che non possono rientrare nel dominio del privato, in base a nessuno dei modi di acquisto della proprietà previsti dalle norme di diritto privato, usucapione compresa, i beni cosiddetti demaniali (10). Quindi il significato della disposizione per la quale il possesso è senza effetto è quello di escludere l'applicabilità di norme che permettano l'acquisto a titolo individuale del bene: principalmente dell'art. 1153 (acquisto *a non domino mediante possesso*) (11).

(9) R. DE MAIO, *Azioni possessorie, nei rapporti tra privati, a tutela dell'uso ordinario generale dei beni demaniali e parificati*, « GCCC », 1955, III, 164.

(10) A favore della tesi del possesso di beni demaniali A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, 81 e *Nuovi scritti in materia di possesso*, Torino, 1958, 135 e N. BERNARDINI, *Ammissibilità di tutela del possesso senza titolo dei beni demaniali dallo spoglio dei privati*, « Foro pad. », 1955, I, 111; sugli aspetti storici dell'art. 1145, F. MAROI, *L'eccezione di demanialità nel giudizio di spoglio fra privati*, « Foro it. », 1930, I, 282-283.

(11) Cass., 14 luglio 1949, « Foro it. », Rep. 1949 (ined.): il possesso dei beni demaniali da parte di un privato è senza effetto ai fini dell'acquisto della proprietà del bene stesso per usucapione; si veda anche Cass., 19 gennaio 1963, n. 74, « Mass. Giur. it. », 1963, 22.

Il fondamento dell'inettitudine all'usucapione del possesso privato del bene demaniale disposta dall'art. 1145 c.c. deve ricercarsi nell'impossibilità che un privato si comporti nel rapporto diretto con tale bene in modo da realizzarne il godimento in conformità con la destinazione pubblica. Questa *diformità*

D'altra parte, anche chi sostiene che l'art. 1145 attribuisce l'azione di spoglio a difesa della detenzione e non del possesso, e nega quindi che, in ordine ai beni demaniali, si dia possesso, ammette che « la legge si limita a negare il « possesso » delle cose *extra commercium* solo per evitare che, attraverso questo, se ne acquisti il dominio » (12).

Nè può dirsi che « è senza effetti » vuol dire mancanza di azioni a difesa del possesso (13) perchè non può dirsi che l'azione — che ha un autonomo rilievo — è un mero effetto del diritto (14). D'altra

interna del possesso privato è apprezzabile però esclusivamente dal titolare del bene, cioè dall'ente pubblico territoriale soggetto di demanio, nei confronti del quale il possesso, in conseguenza, è inefficace. Nei confronti dei terzi, si verifica invece una *conformità esterna* del possesso tale da impedire loro il controllo circa la destinazione e le modalità di godimento (N. BERNARDINI, *Ammissibilità*, cit., 114-115).

App. Firenze, 19 maggio 1950, « Foro it. », 1951, I, 353; i beni di cui non si può acquistare la proprietà e nei cui riguardi il possesso non produce effetto, sono soltanto quelli demaniali (non le cose sacre).

Le conseguenze pratiche dell'art. 1153 sono visibili esaminandone l'applicazione nei confronti dei beni patrimoniali indisponibili, per i quali non vi è la stessa esclusione, ammettendosi che il possesso possa aver « effetto » (si veda G. AMORTH, *L'acquisto del patrimonio mobiliare indisponibile dello stato mediante possesso di buona fede*, « Riv. trim. dir. proc. civ. », 1953, 476 ss.).

App. Perugia, 10 febbraio 1956, « Giust. civ. », Mass., 6: agli autoveicoli militari, alienati dall'amministrazione della r.s.i., non si applicano i principii generali del possesso in buona fede e dell'usucapione, trattandosi di cose non idonee a divenire di dominio privato per prescrizione. I veicoli al servizio delle forze armate, fanno infatti parte, in genere, del patrimonio indisponibile dello Stato e la loro alienazione, e così l'usucapione su di essi non può avere un contenuto illimitato ad essere sempre consentita; deve, bensì, essere compatibile con la destinazione a pubblico servizio che hanno avuto. I veicoli stessi possono passare nel patrimonio disponibile soltanto a seguito di un provvedimento dell'autorità che faccia cessare la destinazione. « Non importando la " indisponibilità " dei beni anche la " inalienabilità " dei medesimi, si deve ritenere che, non essendo i beni patrimoniali dello Stato, neppure gli indisponibili, *extra commercium*, essi possono essere oggetto di possesso con tutti gli effetti giuridici che da ciò possono derivare fra cui per i beni mobili l'acquisto della proprietà ai sensi dell'art. 1153 » (Trib. Treviso, 21 aprile 1950, « Foro it. », 1950, I, 1455).

(12) G. BRANCA, *Sulla detenzione rispetto ai beni demaniali*, « Foro it. », 1958, I, 1149.

(13) Come sembra sostenere anche F. MAROI, *L'eccezione di demanialità nel giudizio di spoglio fra privati*, « Foro it. », 1930, 283-284.

(14) Così R. DE MAIO, *Azioni possessorie ecc.*, cit., 165.

parte che « effetto » del possesso non indichi le azioni è mostrato dalla rubrica del capo II « degli effetti del possesso » (articolo 1148 ss.) che non tratta delle azioni possessorie.

D'altra parte, se non si riconosce che i beni di proprietà collettiva sono in possesso della collettività e che esso è disposto per evitare che i beni collettivi siano appropriati a titolo individuale, l'art. 1145 cod. civ. avrebbe la per lo meno strana funzione di riconoscere il possesso dei beni cosiddetti demaniali fino al punto di concedere i mezzi di tutela del possesso senza tuttavia riconoscere uno degli effetti del possesso, che non può dirsi secondario: quello di condurre all'acquisto della proprietà. Questo appar chiaro nelle parole di chi afferma che l'art. 1145 c.c. esclude sì nel primo comma che al possesso privato dei beni demaniali segua l'effetto dell'usucapione o — se si vuole — qualunque altro che non sia l'effetto di tutela espressamente riconosciuto nel capoverso dello stesso articolo, ma aggiunge che con ciò stesso il legislatore ammette però che il possesso dei beni pubblici si possa acquistare originariamente dai privati ed anzi ne appresta la detta, sia pur limitata, tutela (15). La conclusione logica di questo ragionamento dovrebbe esser perlomeno quella di affermare l'esistenza di una specie particolare di possesso privo della capacità di divenire titolo di acquisto di proprietà. Laddove, invece, il fenomeno è diverso e più complesso, essendo l'art. 1145 una norma di difesa della proprietà, ma della proprietà collettiva che dall'acquisto a titolo individuale tramite usucapione potrebbe venir gravemente colpita.

Non essendovi nessun impedimento espresso, discendente dall'articolo 1145, al riconoscimento che i beni di proprietà collettiva sono in possesso della collettività proprietaria, vediamo se dalla disciplina stessa del possesso in generale non discenda un limite all'ammissione del possesso su beni cosiddetti demaniali (16). A ciò non osta nè la

(15) N. BERNARDINI, *Ammissibilità*, cit., 112-113.

(16) Vi è chi afferma che sui beni demaniali vi è mera detenzione perchè interpreta l'art. 1145 nel senso che le *res extra commercium* non possono essere oggetto di possesso, sono incapaci di divenire oggetto di possesso: F. MAROI, *L'eccezione di demanialità nel giudizio di spoglio fra privati*, « Foro it. », I, 1930, 281 ss. (ma con riferimento al cod. abrogato); altra bibliografia

temporaneità del contatto nè la spettanza del possesso al privato in quanto membro della collettività. In primo luogo, la messa a contatto — meglio, l'uso — del privato sul bene è solo apparentemente temporaneo perchè, occorre tener conto del fatto che, trattandosi di un uso generale, è alla collettività nel suo complesso che va fatto riferimento e non al singolo utilizzatore — membro della collettività. A maggior ragione ciò vale per i casi nei quali la collettività è aperta. Il primo rilievo introduce il secondo, a proposito del quale può osservarsi che la circostanza che il possesso compete al privato in proprio o in quanto membro di una collettività (eventualmente aperta) è indifferente perchè non si differenzia l'un tipo dall'altro nei rapporti tra privati (17). Infine certamente non manca l'*animus* che, nel caso di proprietà collettiva, è di proprietario-possessore.

Esaminiamo ora i beni che possono essere oggetto di tutela possessoria; l'art. 1145 indica solo i beni demaniali.

Qualche sentenza ha ritenuto necessario ricorrere all'equiparazione dei beni patrimoniali a quelli demaniali per ammettere che anche per quelli si dia tutela possessoria (18); ciò che è inutile, visto che per

relativa al codice precedente, in E. PROTETTÌ, *In tema di possesso di cose fuori commercio*, « Riv. dir. agr. », 1958, II, 378, nota 2; ID., *Le azioni possessorie*, Milano, 1961; G. PESCATORE, R. ALBANO, F. GRECO, *Della proprietà*, III, 3, Torino, 1958, 298-299; F. DE MARTINO, *Del possesso*, Comm. Scialoja-Branca; A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, Torino, 1950; G. BRANCA, *Sul possesso dei beni demaniali e sulla detenzione rispetto a beni demaniali*, « Foro it. », 1958, I, 575-577 e 1147-1149.

« Se la legge attribuisce (l'azione di spoglio) ad un soggetto, ciò non può a meno di significare che egli è detentore » (G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1946, IV, 31).

Si veda anche Cass. Roma, Sez. un., 22 marzo 1895, « Giur. it. », 1895, I, 1, 356-357: su di essi non può acquistarsi mai dominio e neanche possesso, « imperocchè può solo acquistarsi il possesso di una cosa quando della cosa stessa può acquistarsi la proprietà ». Si veda anche F. S. GENTILE, *Il possesso nel diritto civile*, Napoli, 1956, 430-431 e, dello stesso autore, *Effetti del possesso e azioni possessorie*, Napoli, 1958, 355 e 383. Non tratta il punto che qui interessa A. FEDELE, *Possesso ed esercizio del diritto*, cit.

(17) Nello stesso senso, ma partendo da un'impostazione diversa, R. DE MAIO, *Azioni possessorie ecc.*, cit., 163-164.

(18) Cass., 12 agosto 1952, n. 2666, « Giur. it. », Rep. 1952, *Possesso*, n. 29.

i beni patrimoniali il codice (art. 828) espressamente afferma che « sono soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del presente codice », rimandando così alle norme del codice che riguardano la difesa ordinaria dei beni.

Un problema particolare si era posto per il cosiddetto demanio minerario, per il quale, in mancanza di una norma espressa come quella del t.u. in materia di acque, si dubitava che fosse ammessa la tutela possessoria su azione del privato (19). Tuttavia, dopo il codice del 1942, il problema non sembra possa più porsi perchè le miniere sono espressamente indicate tra i beni del patrimonio (art. 826) e quindi esse seguono le regole del diritto privato. Chi, d'altra parte, avesse motivi per ritenere che, al di là della classificazione del codice, le miniere sono sottoposte al regime del c.d. demanio, dovrebbe a queste ritenere applicabile l'art. 1145 che abbiamo prima illustrato (20). Nell'una e nell'altra ipotesi si dà quindi luogo (nella seconda con qualche limite in ordine all'esperibilità dell'azione di manutenzione) alla tutela possessoria su azione di privati.

C'è una considerazione, infine, di maggior rilievo, riguardante i beni nei confronti dei quali è ammessa la tutela dell'art. 1145 cod. civ. Questo articolo concede i rimedi possessori ai privati — e nei rapporti tra privati — « rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio » nel presupposto che i privati ne siano possessori. Ora, però, mentre per i beni del cosiddetto demanio idrico, di quello marittimo, di quello stradale ecc. non sorge problema, per i beni del cosiddetto demanio militare come può dirsi vi sia possesso — e tutela possessoria — di privati? Le « opere destinate alla difesa nazionale », in realtà, consistono in gran parte di beni in uso esclusivo dell'ente Stato e in ordine a questi certamente non sorge possesso nè vi è luogo ad azioni possessorie « nei rapporti tra privati » per il semplice fatto che non vi è al-

(19) Un quadro delle opinioni in A. MONTEL, *Le azioni possessorie in materia mineraria*, « Foro it. », IV, 1937, 287 ss., che peraltro sosteneva l'ammissibilità da parte di chiunque, fosse o non concessionario, a esperire entrambe le azioni possessorie.

(20) Così, sembra, A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, 487.

cuna relazione — se non di esclusione — tra i privati e questi beni. E lo stesso può dirsi per ciò che riguarda la detenzione perchè neanche una mera detenzione può configurarsi su questi beni. Quindi, anche a voler ammettere che la situazione per la quale l'art. 1145 concede tutela è la detenzione, non può negarsi che nei confronti del demanio militare non vi è luogo a tutela possessoria. Non tutti i beni demaniali, in realtà, sono tutelabili con azioni possessorie. L'aver messo in luce quella che, a prima vista, può apparire una contraddizione delle norme del codice, serve a mostrare che anche esso — lungi dall'aver configurato una categoria fortemente unitaria nella sua disciplina, il demanio — opera una distinzione tra beni cosiddetti demaniali. Questa distinzione non si può comprendere se non facendo ricorso alla diversa disciplina di beni in proprietà e uso collettivo, sottoposti a riserva, e beni in proprietà e uso individuale ed esclusivo dell'ente pubblico. Nei confronti dei beni appartenenti al primo gruppo l'ente pubblico è mero gestore e quindi le azioni a difesa del possesso sono attribuite ai membri della collettività; dei beni appartenenti al secondo gruppo l'ente pubblico è non solo il proprietario ma anche l'esclusivo utilizzatore e quindi ad esso spettano le azioni a difesa del possesso (21).

(21) Non interessa qui il problema — molto discusso (tra gli altri, U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 197 ss.) — della ammissibilità di azioni possessorie contro gli atti della pubblica amministrazione. Questa non va collegata al fatto che l'amministrazione abbia il diritto di farsi ragione da sè (A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 833-834) e secondo alcuni va connessa con i limiti che il giudice civile incontra nei confronti dell'amministrazione. L'aspetto che qui interesserebbe, peraltro, è quello dell'ammissibilità di azioni possessorie del privato contro atti di autotutela dell'amministrazione, come nel caso di cui Cass. civ., Sez. un., 23 marzo 1963, n. 739, « Foro it. », 1963, I, 906: la sorveglianza e la tutela delle strade site nell'abitato del comune e relative pertinenze ed accessori è funzione di esclusiva spettanza del Sindaco. Pertanto, la rimozione di un'opera o di un manufatto ordinata dal Sindaco nell'esercizio del potere a lui spettante in materia di strade comunali e di edilizia costituisce attività di diritto pubblico contro cui il priv. non può reagire con l'azione possessoria.

È indifferente, trattandosi di tutela possessoria, l'accertamento del diritto di proprietà sul bene; irrilevante, quindi, l'eccezione di demanialità sollevata dallo *spoliator* (Trib. Torino, 9 marzo 1949, « Foro pad. », 1949, I, 815). A meno che la eccezione non possa porre in luce un rapporto possessorio che vada tutelato e dimostri, al contrario, la non tutelabilità del possesso dell'attore (Trib. Parma, 15 maggio 1953, « Monit. trib. », 1951, 252).

C) Vediamo ora l'azione di spoglio in particolare. Essa spetta all'ente pubblico quando non reputi più conveniente avvalersi dell'esercizio del potere di polizia mediante provvedimenti amministrativi immediatamente esecutivi (22) oppure al privato (23).

Legittimato passivo è il privato (ad esempio un concessionario in un bene demaniale che abbia occupato il bene nel suo esclusivo interesse) ma mai la pubblica amministrazione: l'*actio spolii* è concessa soltanto nei rapporti tra privati (24).

È stato in giurisprudenza affermato che per la proponibilità dell'azione di spoglio si richiede l'esercizio di facoltà che possano costituire oggetto di concessione; cioè, si è posto il medesimo presupposto che l'art. 1145 c.c. espressamente detta per l'azione di manutenzione (25). Conformemente a questo principio, numerose sentenze (26) hanno dichiarato inammissibile l'azione possessoria da parte del frontista per la tutela del transito su strada demaniale, dell'utente di una strada pubblica contro privato che abbia aperto una porta in un suo edificio che dà sulla strada, del privato *uti civis* nei confronti dell'acquirente di un relitto sdemanializzato, ecc. (27). È invece da ritenere

(22) Cass., II, 7 febbraio 1955, n. 340, «GCCC», 1955, III, 158.

(23) La *ratio* sarebbe secondo alcuni che « lo spogliatore, in quanto deteneva cose fuori commercio, non meriterebbe protezione. Ma vale, contro, la considerazione che lo spogliatore non ha maggiore diritto di detenere la cosa di quanto ne abbia lo spogliato. Di qui la soluzione, che è data a tale conflitto, dall'art. 1145 (II comma): nel senso che l'azione di reintegrazione è concessa al già possessore di cosa fuori commercio (sempre che ne sussistano i presupposti di legge), senza che lo spogliatore possa eccepirgli la demanialità della cosa » (F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, 297). Noi abbiamo visto, invece, che il privato ha titolo all'azione in quanto membro di una collettività proprietaria e contente. Qui non importa se l'abbia in quanto singolo o in funzione della collettività anche se è chiaro che la sua azione permetterà il libero uso contemporaneamente di tutti gli altri membri che ne erano stati privati. Nè può affrontarsi il problema se l'azione di spoglio possa essere esercitata anche nei riguardi di beni sottoposti a riserva ma non in proprietà (ma la risposta dovrebbe essere positiva; su questi certamente il privato che l'usa come concessionario ha l'azione di manutenzione).

(24) Trib. Latina, 14 luglio 1955, «Acque, bonif. e costr.», 1955, 663.

(25) Cass., II, 7 febbraio 1955, n. 340, «GCCC», 1955, III, 158.

(26) Cit. da F. S. GENTILE, *Il possesso*, Torino, 1965, 503.

(27) Cass. civ., 29 luglio 1964, n. 2154, «Foro it.», 1964, I, 2112-2114: l'azione di spoglio è ammessa sia per la tutela degli usi speciali sia per quella

che l'azione di spoglio possa esercitarla anche quello che viene definito correntemente il titolare dell'uso comune ordinario (28) perchè, in primo luogo, un'interpretazione letterale dell'art. 1145 fa ritenere che ciò che non è espressamente escluso — come è esclusa invece l'ammissibilità di azione di manutenzione a difesa del c.d. uso ordinario comune — è ammesso. Se l'art. 1145 non conferisce l'azione di spoglio solo per la tutela delle facoltà che possono essere oggetto di concessione, l'azione di spoglio va ritenuta ammissibile anche a difesa del c.d. uso ordinario generale o comune (29). In secondo luogo, è stato posto in luce che, anche a voler ritenere il c.d. uso ordinario diretto reale *in re aliena* diritto di libertà, o mero vantaggio di fatto, tale uso dà luogo a possesso e quindi all'esercizio dell'azione di spoglio. Dà

degli usi eccezionali; l'azione di manutenzione è limitata solo agli usi eccezionali dato che soltanto le facoltà inerenti a questi ultimi possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione. In sede possessoria, le facoltà riconosciute ai frontisti, normalmente con autorizzazione (aprire accessi sulla strada), sono tutelabili, nei rapporti tra privati, solo con l'azione di spoglio e non anche con quella di manutenzione.

Non si può accampare la tutela possessoria verso chi si trovi in pari situazione ed espliciti gli stessi atti di godimento esercitati da chi si pretenda spogliato. La tutela possessoria rispetto ai beni demaniali è configurabile solo in quanto su di essi si esplicano atti di godimento analoghi a quelli che si eserciterebbero su cose di pertinenza esclusiva (Cass., II, 29 maggio 1957, n. 1981, « Foro it. », 1958, I, 1147 ss. con nota critica di G. BRANCA).

Non si possono acquistare diritti su *res extra commercium*; si ha possesso solo quando si abbiano « usi eccezionali », « servitù pubbliche » o « usi civici »: solo in tali casi è quindi concessa l'azione di spoglio (Trib. Bergamo, 16 luglio 1953, « Foro pad. », 1953, I, 111 ss.).

L'uso normale non concreta mai un rapporto tra il soggetto e la cosa pubblica tale da prestarsi alla forma di tutela prevista dall'art. 1145. L'uso normale è uno dei c.d. diritti civici: i singoli, come partecipi dell'interesse collettivo, non hanno alcun mezzo per la sua attuazione (Trib. Cremona, 24 gennaio 1946, « Foro it. », 1946, I, 340 ss. con nota adesiva di G. PESCATORE). Ciò non è vero. Anche chi ammette che, rispetto ai beni demaniali vi sia detenzione e non possesso, non distingue in relazione al contenuto di tale detenzione (a seconda che riguardi un uso comune o usi eccezionali) ed ammette che si dia detenzione e la tutela di cui all'art. 1145 c.c. anche nei riguardi del c.d. uso comune.

(28) Così Trib. Verona, 19 ottobre 1959, « Arch. ric. giur. », 1960, 287; Cass., 15 luglio 1960, n. 1945, « Giust. civ. », Rep. 1960, *Possesso*, n. 18.

(29) Così anche A. ALBERTACCI, nota in « Arch. ric. giur. », 1960, 289.

luogo a possesso se considerato come diritto reale *in re aliena* perchè il possesso è proprio l'esercizio di fatto del diritto di proprietà. Lo stesso accade se considerato diritto di libertà perchè il suo esercizio richiede un mezzo materiale su cui esplicarsi in ordine al quale non avrebbe rilievo neppure la distinzione tra possesso e detenzione poichè il problema è quello di un rapporto tra contenti, ciascuno dei quali è possessore del proprio diritto di libertà di circolazione nei confronti di ogni altro. Lo stesso dovrebbe dirsi per la terza teoria poichè il possesso è proprio una relazione di fatto (30). In terzo luogo, perchè nel caso di c.d. demanio con destinazione all'uso comune abbiamo visto che si è in presenza di proprietà collettiva che si esplica nel corso da parte della collettività proprietaria. E allora perchè la collettività non dovrebbe poter difendere l'uso che fa del bene con l'azione di spoglio? (31).

Con l'azione di manutenzione sono tutelate le facoltà che *possono* formare oggetto di concessione, non quelle che abbiano già formato oggetto di concessione, contrariamente a quanto affermavano la dottrina e la giurisprudenza formatesi sull'articolo 690 del codice civile abrogato (32). Nella relazione del Guardasigilli al libro della proprietà (n. 196) del codice civile si legge infatti: « non mi è sembrato confor-

(30) Dalla lettera dell'art. 1145 c.c. si evince che possesso e azione di spoglio non spettano solo per le facoltà che sono oggetto di concessione (N. BERNARDINI, *Ammissibilità*, cit., 115). Bisogna, naturalmente, dimostrare di aver esercitato l'« jus excludendi alios »: R. DE MAIO, *Azioni possessorie*, cit., 166-167.

(31) Cass. civ., 15 luglio 1960, n. 1945, « Mass. Giur. it. », 1960, 486: ai sensi degli artt. 1145 e 1168, II, il privato, utente di una strada pubblica, può ben promuovere l'azione possessoria di reintegrazione contro altro privato che gli abbia impedito l'uso della strada stessa.

Si veda anche Trib. sup. acque pubbl., 19 gennaio 1963, n. 1, « Mass. amm. », 1963, I, 171: l'utente abusivo, finchè non interviene l'atto di concessione in sanatoria, non ha alcuna protezione giuridica al di fuori dell'azione possessoria contro i privati e non può quindi chiedere il risarcimento dei danni derivati dalla mancata utilizzazione delle acque, da chiunque siano stati causati.

(32) Cass., II, 2 luglio 1957, n. 2541, « Riv. dir. agr. », 1958, II, 377 ss.; Cass., II, 2 luglio 1957, n. 2541, « Foro it. », 1958, I, 229; F. GRECO, *Della proprietà*; PESCATORE, ALBANO e GRECO, *Della proprietà*, Torino, 1958, 448; F. DE MARTINO, *Possesso*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1958, 542-543.

me alle esigenze dell'ordine giuridico negare a colui che del bene demaniale fa un uso che dalla pubblica amministrazione potrebbe essergli consentito, la possibilità di reagire alla turbativa che gli venga da un privato » (33).

3. Sembra che l'ente pubblico proprietario possa esercitare l'azione di regolamento di confini e quella di apposizione o stabilimento di termini (1). Nell'uno e nell'altro caso, non sembra che esista motivo per affermare che la difesa ordinaria non possa applicarsi anche ai beni pubblici (2) (3).

(33) Anche qui si pone il problema: se chi usa come se fosse concessionario è possessore o mero detentore.

Vi è chi afferma che chi si comporta come se avesse una concessione amministrativa è un vero possessore: se la concessione amministrativa fa sorgere un diritto che ha tutti i caratteri della realtà, chi si trova ad essere come se avesse quel diritto è evidentemente un possessore (v. art. 1140) (G. BRANCA, *Sul possesso*, cit., 575).

A favore della tesi che chi usa come se fosse concessionario è possessore Trib. Bergamo, 16 luglio 1953, « Foro pad. », 1963, I, 111 ss.; Trib. Latina, 14 luglio 1955, « Foro it. », 1956, I, 634; Cass., 7 febbraio 1955, « Foro it. », Rep. 1955, *Possesso*, n. 34; A. MONTEL, *Il possesso*, Torino, 1962, 81 e 105 sulla base dell'attribuzione dell'azione di manutenzione, che spetta al possessore e non al detentore. R. DE MAIO, *Azioni possessorie, nei rapporti tra privati, a tutela dell'uso generale di beni demaniali e parificati*, « GCCC », 1955, III, 158.

Vi è chi (E. PROTETTI, *In tema di possesso di cose fuori commercio*, « Riv. dir. agr. », 1958, II, 380) afferma che l'art. 1145 può anche interpretarsi « nel senso che l'azione di manutenzione, che normalmente spetta al solo possessore, per questa sola ipotesi, voluta dal legislatore per motivi di ordine pubblico, spetta anche al detentore ».

(1) L'azione di apposizione di termini è ritenuta ammissibile — sia se esercitata dal privato in confronto del demanio pubblico sia se esercitata dallo Stato in confronto della proprietà privata — perchè comporta un semplice apprezzamento di fatto che non importa alcun sindacato sull'autorità amministrativa e che non richiede criteri speciali che non si possano presumere a disposizione del giudice ordinario (S. TRENTIN, *L'« actio finium regundorum » in confronto del demanio pubblico*, « Riv. dir. pubbl. », 1910, spec. 124).

(2) E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, 420.

(3) Altro è il problema se le azioni vengono esercitate dal privato nei confronti dei beni pubblici: su questo problema S. TRENTIN, *L'« actio finium regundorum » in confronto del demanio pubblico*, « Riv. dir. pubbl. », 1910, spec. 128. In generale, sul regolamento di confini, il saggio di W. BIGIAVI, *Il*

Inoltre la maggiore rapidità dell'autotutela fa sì che non si pongano, in giurisprudenza (4), problemi che attengono al ricorso di procedimenti cautelari nei confronti di beni pubblici: si può pensare che a tali tipi di procedimenti — pur ammissibili in generale — l'amministrazione non ricorra di fatto.

Non può dirsi lo stesso per ciò che riguarda l'esecuzione giudiziale: l'amministrazione può ricorrere al giudice con l'azione per consegna di beni mobili o di rilascio di beni immobili o con quella per esecuzione di obblighi di fare o non fare sia nel caso che abbia esercitato autotutela decisoria, sia nel caso che vi sia stata cognizione giudiziale: ma deve ricorrere ad esecuzione tramite il giudice in tutti i casi nei quali la legge non l'autorizzi espressamente ad esercitare autotutela esecutiva (5).

Per ciò che riguarda l'esecuzione per il rimborso di spese il ricorso al giudice è esplicitamente previsto da talune norme. L'art. 84 cod. nav.

« *regolamento di confini* », Scritti per Scialoja, III, Bologna, 1963, 37 ss. e bibl. ivi cit.

(4) Nè si pensa possa ritenersi significativa qualche fattispecie che attiene ad usi civici, come quella Cass. civ., Sez. un., 27 luglio 1962, n. 2171, « Mass. giur. it. », 1962, 767 (solo massima): i commissari regionali liquidatori usi civici hanno — tra le competenze giurisdizionali — anche quella di disporre i provvedimenti conservativi (sequestro giudiziario di beni soggetti ad usi civici): art. 30 t.u. 27 luglio 1927, n. 1766.

I problemi che sorgono sono piuttosto quelli dell'esperibilità di azioni cautelari da parte di privati concessionari nei confronti di altri privati (Pret. Roma, 22 giugno 1959, « Temi rom. », 1960, 466-469 e Cass., 18 giugno 1956, n. 1255, « Foro it. », 1956, 2, 1427), e quello dell'ammissibilità delle azioni di nunciazione contro atti amministrativi (U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 221-225). Si veda anche art. 141 r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, t.u. sulle acque e sugli impianti elettrici, che prevede che le azioni di denuncia di nuova opera e di danno temuto in materia di acque e di opere idrauliche non siano proponibili avverso provvedimenti ed atti dell'autorità amministrativa.

(5) Il penultimo capoverso dell'art. 29 della legge del 1927 demanda ai Commissari di curare l'esecuzione delle proprie decisioni o di quelle anteriori non ancora eseguite. Non è chiaro se debbano provvedervi nell'esercizio di funzioni amministrative o giurisdizionali. La Cassazione pare sia di questa seconda opinione (G. CERVATI, *Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Cons. di Stato*, « Riv. trim. dir. pubbl. », 1951, luglio-ottobre, 795).

espressamente ammette un procedimento speciale d'ingiunzione operato ad iniziativa della pubblica amministrazione. Esso infatti afferma che per il rimborso di spese anticipate o comunque sostenute per conto di privati (e quindi anche per quelle per le riduzioni in pristino o rimozione o riparazione d'ufficio di cui agli artt. 49, 54, 64, 72, 73, 75, 76, 77) l'autorità marittima emette ingiunzione, resa esecutoria con decreto del Pretore competente. Decorsi venti giorni dalla notificazione dell'ingiunzione al debitore, sempre che questi abbia eseguito il pagamento, l'autorità marittima può procedere agli atti esecutivi. Entro il termine predetto il debitore può fare opposizione al decreto per motivi inerenti all'esistenza del credito o al suo ammontare, previo versamento della somma indicata nell'atto di ingiunzione. L'opposizione è proposta dinanzi al giudice competente per valore. L'art. 730 cod. nav., in materia di aerodromi, dispone che per il rimborso di spese anticipate o comunque sostenute per conto di privati, il direttore di aeroporto emette ingiunzione resa esecutoria con decreto del Pretore competente per territorio. Trascorsi venti giorni della notificazione dell'ingiunzione al debitore, senza che questi abbia eseguito il pagamento, il direttore di aeroporto può procedere agli atti esecutivi. Entro il termine predetto il debitore può fare opposizione al decreto per motivi inerenti all'esistenza del credito o al suo ammontare, previo versamento della somma fissata nell'atto di ingiunzione. L'opposizione è proposta dinanzi al giudice competente per valore. Non diversamente l'art. 206 r.d. 11 dicembre 1933 n. 1775, t.u. sulle acque e sugli impianti elettrici, per il quale è sottratta all'esecuzione in via amministrativa la parte della decisione del Tribunale superiore delle acque relativa alle spese, che va invece eseguita in via ordinaria: vi è qui un caso nel quale, solo per ciò che riguarda la spesa, alla difesa in via ordinaria in fase di cognizione deve far seguito, anche in fase di esecuzione, un processo ordinario.

Tra le forme di tutela è elencato — accanto alla riduzione in pristino e alla pena (6) — il risarcimento del danno, ritenuto da alcuni

(6) Peraltro la violazione della detenzione dà luogo alla sola azione di risarcimento dei danni, nei casi di cessazione della molestia o di impossi-

— genericamente — esplicazione di funzione di giustizia (7), da altri ricompreso tra le sanzioni (8). In tema di risarcimento del danno le norme espressamente fanno riferimento al diritto comune. Ciò è un'ulteriore prova del fatto che non necessariamente, una volta che la pubblica amministrazione abbia scelto la strada della tutela amministrativa, essa debba perseguirla sino in fondo, in ogni fase e momento della difesa dei propri interessi o degli interessi (alieni) che istituzionalmente cura. L'art. 376, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. *F*, sui lavori pubblici, dispone che, oltre le pene di polizia e le multe e il sequestro degli oggetti colti in contravvenzione, s'intenderà sempre riservato alle parti lese il risarcimento dei danni a termini della legge comune. La stessa legge, nella parte riguardante le strade ferrate, art. 310, ribadisce lo stesso principio (9). È danno risarcibile anche quello provocato dalla illecita occupazione, ostruzione, alterazione, guasto, ecc. per il quale si sia proceduto con l'ordine di riduzione in pristino, eventualmente seguito dall'esecuzione d'ufficio a spese del contravventore? La lettera delle norme del 1865 sembra quasi escludere questa ipotesi, che però non va tralasciata: si pensi, infatti, che le spese attribuite al privato in caso di esecuzione d'ufficio sono quelle degli atti e dell'esecuzione e non coprono il danno subito. Vero è che a questo sembrano far riferimento quelle disposizioni che fanno cenno a « maggiori spese »; ad esempio art. 310 legge sui lavori pubblici citata: « in mancanza di che sarà provveduto d'ufficio a loro maggiori spese ».

bilità del ripristino della precedente situazione di fatto (Cass., 13 ottobre 1960, n. 2692, « *Mass. Giur. it.* », 1960, 680).

(7) O. RANELLETTI, *La polizia*, cit., 380-381.

(8) F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 4.

(9) Diverso è il caso di risarcimento tra privati, come nell'art. 53 r.d. 11 luglio 1913 n. 959 (già art. 34 l. 2 gennaio 1910, n. 9), t.u. sulla navigazione interna e sulla fluitazione che prevede che il contravventore sia tenuto al risarcimento dei danni verso chi ha in legittimo esercizio le spese e gli impianti esistenti nella via navigabile.



CENNI CONCLUSIVI

1. *A)* Per comprendere bene i rapporti tra tutela ordinaria e tutela amministrativa, non sarà inutile premettere un breve quadro riassuntivo dei risultati sin qui raggiunti.

Per ciò che riguarda la tutela amministrativa abbiamo veduto che le leggi che la prevedono l'attribuiscono all'ente pubblico sia con riguardo a beni pubblici di proprietà individuale sia con riguardo a beni pubblici, sottoposti a riserva, di proprietà collettiva, sia, infine, con riguardo a beni pubblici, sottoposti a riserva in uso comune a tutti o in uso « esclusivo » a privati. In questo senso essa non è carattere distintivo di una categoria di beni pubblici di proprietà pubblica che si differenzi da una categoria di beni pubblici di proprietà privata dell'ente pubblico. Abbiamo visto, in secondo luogo, che non sempre l'autorità pubblica intitolata ad esercitare tutela amministrativa nei confronti di beni pubblici è l'ente proprietario di tali beni. In questo senso l'autotutela non è potere che necessariamente segue alla titolarità di diritti sul bene. In terzo luogo, abbiamo notato che i mezzi di tutela amministrativa hanno ad oggetto il possesso e non la proprietà e prescindono sempre dall'accertamento del diritto. In questo senso, è escluso che la proprietà beni pubblici possa ritenersi caratterizzata dal particolare mezzo di tutela, chè — semmai — ad esserne caratterizzato dovrebbe essere il possesso. Infine abbiamo visto che l'autotutela è prevista anche nei confronti di beni di privati e non solo in materia di diritti reali ma anche di rapporti obbligatori di cui sia parte l'amministrazione. Ciò che permette di concludere che l'ordine di attribuzione dell'autotutela è del tutto indipendente dall'ordine di pertinenza di beni: non vi è correlazione tra proprietà e autotutela. La

fonte dell'autotutela non va ricercata nella posizione di proprietario dell'ente pubblico; nè, al contrario, un preteso carattere pubblico della proprietà va ricercato nell'autotutela.

L'ente pubblico non agisce con autotutela in quanto proprietario perchè tale sua qualità è indipendente dall'azione di tutela amministrativa. Correlativamente, i beni pubblici non sono circondati da tutela amministrativa sempre e necessariamente, bensì nei loro confronti la pubblica amministrazione è intitolata alla tutela amministrativa come nei confronti di beni o attività di privati, come in relazione a rapporti obbligatori con privati, ecc.

Questo ordine di conclusioni è dimostrato persino dalla lettera dell'art. 823 cod. civ. che tante volte è stato invocato a favore della tesi di una correlazione necessaria tra proprietà e autotutela e per dimostrare che la proprietà che si può tutelare in via amministrativa è pubblica: esso infatti afferma che « spetta all'autorità amministrativa » la tutela amministrativa, ma non dice che spetta alla stessa autorità amministrativa che è proprietaria (1).

(1) Ammesso che non esistono, per tutti i beni, regole generali ma solo regole di specie con riguardo all'autotutela si può dire che quest'ultima non inerisce al diritto reale ma è piuttosto una capacità (ben s'intende, speciale) della pubblica amministrazione. Da quanto finora si è detto, è facilmente comprensibile che l'autotutela non è altro che un attributo o capacità strumentale che la pubblica amministrazione ha nello svolgimento della sua attività e non inerisce a singoli diritti di cui essa diviene titolare. È stato già osservato che l'esecutorietà è un attributo che deriva all'atto « di riflesso, per effetto della capacità che è riconosciuta alla pubblica amministrazione di realizzare il precetto che essa ha reso concreto nel proprio atto, senza una previa premessa sanzionatoria ». Non si può quindi affermare che l'autotutela è un elemento del regime pubblicistico che caratterizza la proprietà pubblica perchè essa è una capacità del soggetto. Ancora una volta, come nel caso della riserva, si tratta quindi di chiarire il livello al quale operano le qualificazioni giuridiche. La proprietà dei beni demaniali e la proprietà in generale non è caratterizzata dalla cosiddetta autotutela poichè questa non è elemento della struttura del diritto reale nè di alcun altro diritto ma è una capacità del soggetto. Si comprende quindi meglio quello che si è detto prima. La pubblica amministrazione può essere dotata di autotutela, quantomeno nel nostro ordinamento. Ma l'autotutela è un carattere del soggetto, non della situazione soggettiva di proprietà o di altre singole situazioni soggettive della pubblica amministrazione. Si è creduto che fosse così perchè in realtà l'autotutela è attribuita in ordine a fattispecie specifiche. Ma la ragione di ciò va rintracciata — come si è visto —

La ragione dell'errore di ritenere l'autotutela attribuita all'ente in conseguenza del diritto di proprietà che questo ha sui beni che può tutelare in via amministrativa è proprio nella teoria della proprietà pubblica. Questa ha confuso più posizioni dell'ente pubblico (come proprietario, come gestore di beni collettivi, come ente dotato di eccezionale potere di autotutela) mettendole insieme là dove esse debbono essere distinte.

Infatti nei paesi — come in Germania —, dove la teoria della proprietà pubblica dei beni pubblici, pur vigorosamente e ripetutamente sostenuta da O. Mayer, non ha avuto successo, è elementare e diffusa l'osservazione che bisogna distinguere diverse posizioni quali: Eigentümer, Herr, Träger, Polizeibehörde, Träger der Wegebau und Unterhaltungslast (2). Una volta fatta la distinzione, era semplice riconoscere che il Träger del bene pubblico svolge funzioni di tutela « nicht etwa in der Form der Geltendmachung eines subjektiven Rechts an der Sache, sondern im Einsatz hoheitlicher Machtmittel. Nicht die *actio negatoria*, sondern der befehlsförmige Verwaltungsakt wehrt den Störer ab » (3).

nella limitazione che essa concreta del principio di esclusione di altri soggetti dall'esercizio della funzione giurisdizionale. Ora, di autotutela la pubblica amministrazione non è fornita solo con riguardo ai beni: ciò basta ad escludere che essa costituisca un elemento caratterizzante del regime dei beni — e di certi beni —. Più in generale, l'autotutela non può essere addotta come elemento caratterizzante di situazioni soggettive perchè essa non è elemento della struttura di un diritto ma a questo preesiste in quanto qualità del soggetto — sia pure riferita solo a certe categorie di rapporti —.

Se l'ente pubblico non è titolare di autotutela in quanto proprietario, bisogna stare attenti come osservato all'inizio, a intendere bene anche il termine di autotutela. Questo non può certo esser inteso come capacità di curare propri interessi perchè l'ente pubblico non è proprietario e non può assumersi (anche se lo si fa spesso) che cura *ogni* interesse della collettività. Bensì va inteso come capacità di curare interessi (propri o alieni, non importa) da sè e cioè non ricorrendo al giudice.

(2) T. MAUNZ, *Hauptprobleme*, cit., 179-181; dello stesso autore si veda anche lo scritto, senza data ma successivo, *Das Recht der öffentlichen Sachen und Anstalten*, Die Verwaltung, III, b, 5, Braunschweig, 14 ss.; H. J. WOLFF, *Verwaltungsrecht*, I, III ed., München-Berlin, 1965, 340.

(3) A. KÖTTGEN, *Öffentliches Sachenrecht*, cit., 443; ma vedi anche 436, dove si esprime quasi negli stessi termini; non diversamente distingue dai mezzi

Che l'origine della confusione stia nell'assimilare nell'ente pubblico qualità e posizioni che questo ha a titoli e per ragioni diverse, è dimostrato da una polemica di O. Mayer col Friedrichs, là dove, avendo quest'ultimo affermato che *Polizei, Eigentum e Wegebaupflicht* sono compiti che spettano a persone diverse, il Mayer rispondeva esser questo « *der steifinen Formalismus des wissenschaftlich wertlosen Preussischen Wegeverwaltungsschemas* » e affermava non significar niente che la *Polizei* fosse attribuita ad organi diversi dai proprietari perchè « *die verschiedenen öffentlichen Verwaltungen arbeiten hier zusammen* » (4). Il Mayer peraltro offriva anche qualche esempio di ipotesi nelle quali la tutela spettava al proprietario, però senza spiegare se gli spettasse in quanto proprietario o ad altro titolo; e là dove il Friedrichs sosteneva che « *der polizeiliche Schutz gilt nicht dem Eigentum, sondern dem öffentlichen Verkehr* » (operando quindi quella distinzione tra « *police de voirie* » e « *police du roulage* » che era tradizionale nella dottrina francese, come il Mayer ben doveva sapere), il Mayer esclamava « *das sind Worte!* » e aggiungeva che il traffico è tutelato tramite la protezione della cosa che si usa e per mezzo di ciò sono tutelati anche i diritti del *Wegeherrn* (5). Il Friedrichs rispondeva l'anno successivo al Mayer (6) obiettandogli che il *Wegeherr*, come il Mayer lo concepiva, poteva essere inteso solo come « *abstrahierende Zusammenfassung aus der Wegepolizei, dem Unterhaltungspflichten und dem Eigentümer des Bodens* ». E aggiungeva che le tre posizioni in Prussia erano separate: « *in Preussen haben der Baupflichtige und der Eigentümer nur Pflichten und keine Rechte; die Polizeibehörde hat nur Zuständigkeit und Befugnisse, aber auch kein Rechte, denn sie ist kein Rechtssubjekt* » e che la tesi del Mayer

del diritto di proprietà la tutela amministrativa dei beni pubblici, K. STERN, *Die öffentliche Sache*, cit., 205.

(4) O. MAYER, *Neues vom öffentlichen Eigentum*, « *AöR* », 1920, 81-82.

(5) Si veda anche O. MAYER, *Öffentliche Sachen*, Stengel-Fleischman « *WbdStVR* », Bd. 3, II Aufl., 1914, 10, dove afferma che nel « *Polizeistaat* » lo Stato domina le cose pubbliche con la « *Polizeigewalt* ».

(6) K. FRIEDRICHS, *Bürgerliches und öffentliches Sachenrecht*, « *AöR* », 1921, 309-312.

poteva esser giusta solo quando « den Trägern der öffentlichen Verwaltung die Handhabung des polizeilichen Schutzes regelmässig übertragen sei ».

I mezzi di tutela amministrativi non costituiscono quindi esercizio del diritto nè sono in altro modo connessi col diritto di proprietà dell'ente pubblico ma sono legati alla determinazione degli usi dei beni, sia pubblici sia privati: se un edificio privato non è conforme alle norme urbanistiche esso può esser demolito così come un chiosco costruito dal privato su suolo di proprietà collettiva (strada). L'esercizio di questa tutela è del tutto indipendente dalla proprietà del bene perchè l'uno è privato e l'altro pubblico (per ciò che riguarda il bene chiosco) ma pubblico per ciò che riguarda il suolo. Ma, se si guarda bene questo esempio e i molti altri fatti prima, un tratto comune c'è: la tutela è disposta indipendentemente dall'appartenenza ma in relazione a attività di utilizzazione di beni non libere ma regolate. Infatti in ambedue i casi si è in presenza di un bene — suolo urbano privato, strada pubblica — le utilizzazioni del quale sono legislativamente disciplinate: proprietà-funzione. E allora può dirsi che la tutela non ha tanto rapporto all'un termine quanto all'altro (6-bis).

L'affermazione che l'ordine di attribuzione di autotutela è diverso dall'ordine di titolarità di diritti reali, non esclude che, in particolari casi, e con particolari effetti, l'uno non possa reagire sull'altro. E infatti, abbiamo visto che il fatto che l'ente pubblico sia gestore necessario di beni della collettività influisce sull'*an* dell'autotutela rendendo

(6-bis) Affermata l'indifferenza di proprietà e autotutela, resterebbe da accertare se l'autotutela si colleghi alla determinazione degli usi; questo profilo andrebbe accertato sulla base del diritto positivo e non in sede di teoria generale, se è vero quanto abbiamo sopra detto circa il fondamento strettamente legale dell'autotutela. È da escludere, dopo quanto sopra detto, che l'autotutela si accompagni al dominio che si esprime con la riserva: potrebbe dirsi forse che, fermo restando che autotutela e riserva ricorrono in ipotesi diverse, esse sono manifestazione di un medesimo potere o « dominio » della legge o creato dalla legge.

La stessa Cassazione sembra adombrare il collegamento tra autotutela e uso (pubblico) quando afferma che l'autotutela e il potere di polizia sulle strade private è legato all'uso pubblico di queste: si veda Cass. II, 14 gennaio 1966, n. 214, « Foro amm. », 1966, I, 1, 119 e la sentenza ivi cit.

da discrezionale doverosa l'iniziativa del procedimento di autotutela decisoria. Questo fenomeno si spiega con la circostanza che è unico l'ente cui sono attribuiti da una parte autotutela e dall'altra la gestione di beni della collettività (7). Ciò che si verifica, quindi, per i beni di collettività primarie (nazione, comunisti) di rilievo pubblico in cui l'ente esponenziale svolge sia funzioni per la gestione di beni e interessi della collettività sia potestà cosiddetta di *imperium*. Il fenomeno rilevato, invece, non si verifica più quando l'ente gestore non è lo stesso che ha « imperium » perchè in questo caso non si ha solo un diverso ordine di attribuzioni ma anche — e corrispondentemente — un diverso ordine di soggetti. E può anche dirsi che il fenomeno tende sempre meno a verificarsi nella misura in cui si fa luce la tendenza a creare enti specializzati per la gestione di tipi particolari di beni della collettività; enti quindi che, per essere istituiti allo scopo di curare fini particolari e quindi per il fatto di non essere enti politici per la cura di fini indeterminati, non sono dotati di autotutela.

Detto ciò, in generale, bisogna poi distinguere autotutela decisoria (ordine di riduzione in pristino, ingiunzione della spesa) da autotutela esecutiva (esecuzione d'ufficio della riduzione in pristino, esecuzione con la forza dell'ordine di rimborsare la spesa) poichè se l'una può supporre generale (nel senso che possa spettare all'ente pubblico indipendentemente da espressa autorizzazione legislativa), l'altra certamente non lo è. E questo significa che in ogni caso l'ente pubblico può esercitare autotutela decisoria: quindi, questa può esserci sempre nei confronti di tutti i beni pubblici. Mentre all'esecuzione d'ufficio l'ente

(7) In questo senso va intesa l'affermazione che « l'ente territoriale provvede alla tutela del bene collettivo: anche qui, per la sua qualità di ente pubblico, i provvedimenti che emana sono strutturalmente dei provvedimenti di autotutela; funzionalmente, però essi hanno duplice fine, in quanto tutelano sia la collettività proprietaria sia la qualità di gestore del bene che la norma ha affidato all'ente. Si spiega così come l'autotutela possa essere qui esercitata tanto da eseguire provvedimenti che l'ente territoriale ha già emanato nell'esercizio dei suoi poteri, quanto direttamente a reprimere gli abusi che i membri dell'università compiano ai danni altrui... Non esiste quindi contrasto tra il fatto che vi siano sui beni demaniali diritti degli appartenenti all'università e poteri autoritativi dell'ente territoriale gestore » (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 57-58).

può ricorrere solo nei casi espressamente preveduti da legge: quindi non sempre c'è esecuzione amministrativa con riguardo a beni pubblici.

Dato che l'autotutela esecutiva è sempre e solo quella prevista da leggi ed escluso, da un esame delle leggi, che essa sia di natura petitoria, resta aperto il problema dell'ammissibilità di autotutela decisoria di natura petitoria. Ora, innanzi tutto, da quello che si è prima detto sul fatto che autotutela e proprietà seguono un ordine diverso di attribuzioni (anche se l'una può in taluni casi reagire sull'altra), sembra debba dedursi la non ammissibilità di una distinzione rigorosa tra autotutela possessoria e autotutela petitoria. Ciò non esclude che, per via di comparazione, possano riscontrarsi — come abbiamo fatto — alcune similarità tra l'autotutela e la tutela possessoria ordinaria ma rende inammissibile una distinzione tra i tipi di autotutela che abbia lo stesso rilievo giuridico di quella tra tutela ordinaria petitoria e tutela ordinaria possessoria. Tant'è vero che l'autotutela cosiddetta possessoria spetta all'ente pubblico che certamente non è possessore di beni di proprietà collettiva, nè è possessore dei beni privati nei confronti dei quali, come abbiamo visto, è concessa autotutela esecutiva. Ma, anche a voler ammettere la distinzione, bisogna riconoscere l'inutilità di una tutela decisoria amministrativa di natura petitoria (e cioè che accerti a chi spetti la titolarità del diritto e ordini la restituzione della cosa) nei confronti di beni sottoposti a riserva, per la presenza, da una parte, dell'art. 1145 e per la possibilità di ricorrere, dall'altra, alla tutela possessoria.

Tra i mezzi di tutela amministrativa di beni demaniali hanno un posto a sè l'apposizione di termini e la delimitazione di confini compiute dall'ente pubblico. Va notato, principalmente, che solo in questo caso e precisamente con la delimitazione amministrativa di confini, la tutela amministrativa ha ad oggetto non più il possesso ma la proprietà poichè non può prescindere dall'accertamento dei titoli che sono controversi (accertamento di natura petitoria) e può avere ad effetto il distacco di una parte di un bene oltre che l'accertamento della linea di demarcazione. Non v'è dubbio che la potestà di delimi-

tare in via amministrativa sia consentita solo là dove prevista espressamente dalla legge, per la deroga che essa comporta alla competenza dell'autorità giudiziaria. Nè, in questo caso, vi è necessariamente una correlazione tra proprietà e attribuzione del mezzo di tutela nel senso che l'ente pubblico cui è attribuita la potestà di delimitazione non è necessariamente l'ente proprietario. Tutto ciò vale, naturalmente, per le ipotesi in cui vi sia delimitazione che davvero rappresenti autotutela; ciò che si può mettere in dubbio, come abbiamo visto, per quasi tutti i casi in cui le leggi conferiscono alla pubblica amministrazione questa facoltà di porre in essere atti di delimitazione.

Passiamo ora alla tutela ordinaria. Ora, per questa, vale — innanzitutto — il contrario di ciò che si è detto per la tutela amministrativa: qui l'ordine dell'attribuzione della tutela segue l'ordine dell'attribuzione dei diritti reali. In altre parole, saranno legittimati attivi ai vari mezzi di tutela i soggetti indicati dal codice, e, negativamente, non saranno intitolati a tali mezzi soggetti diversi da quelli ai quali il codice civile attribuisce i diversi modi di tutela; e, conseguentemente, potranno essere difesi i beni e solo i beni che si trovino con un soggetto nelle relazioni indicate dal codice. Proprio a causa di ciò bisogna qui escludere da una parte i beni che siano in proprietà privata e distinguere, dall'altra, per tipi di beni e per tipi di rapporti intercorrenti in ordine a questi beni (beni di proprietà individuale dell'ente pubblico, beni di proprietà collettiva sottoposti a riserva, beni sottoposti a riserva in uso comune a tutti, beni sottoposti a riserva in uso esclusivo di privati). In più c'è l'art. 823 del codice civile che sembra attribuire alla pubblica amministrazione, indipendentemente dalla sua relazione col bene, l'esercizio dei mezzi di tutela ordinaria. Quindi, i mezzi di tutela ordinaria dovrebbero considerarsi attribuiti, contemporaneamente, secondo il diritto comune, ai soggetti legittimati, e, secondo l'art. 823, alla pubblica amministrazione. Una diversità non sorge quando la stessa amministrazione sia proprietaria; ma sorge quando essa abbia solo la gestione dei beni. Ad esempio, per i beni in proprietà collettiva, possono ricorrere alla tutela possessoria sia i membri della collettività proprietaria, sia l'ente pubblico. Questa du-

plice attribuzione — e la deroga che comporta alle norme di diritto comune sui soggetti legittimati ad agire — ha in realtà minor rilievo pratico di quanto sembri perchè si riferisce prevalentemente alle azioni possessorie. Per quelle petitorie, infatti, non sorge il problema perchè, in ordine ai beni di proprietà collettiva e sottoposti a riserva, esse non si applicano perchè inutili. Questa interpretazione dell'art. 823, comunque, dimostra che, in ordine ai beni pubblici, non sempre all'ordine di attribuzione della titolarità segue l'ordine di attribuzione di tutti i poteri che alla proprietà conseguono esclusivamente in capo al soggetto titolare: in altre parole, che v'è una distribuzione delle facoltà del proprietario su più soggetti o l'attribuzione della medesima facoltà a soggetti diversi (7-bis).

Prima di passare all'esame dell'ammissibilità dei singoli mezzi petitori e possessori in relazione ai singoli beni e ai singoli legittimati attivi, è bene però rilevare una importante differenza strutturale tra mezzi di tutela ordinaria e mezzi di tutela amministrativa. Indubbiamente la tutela della proprietà, sia essa ordinaria sia essa amministrativa, è specifica. Ma tra le due vi è una differenza: mentre è lasciato alla decisione del proprietario — e poi del giudice — nell'ipotesi di difesa ordinaria, lo stabilire se la determinata, concreta offesa

(7-bis) Ciò è stato detto, ma in senso opposto, da chi afferma che « dalla possibilità di esercitare i “ mezzi ordinari a difesa della proprietà ” non si può dedurre trattarsi di proprietà, sia pure di diritto pubblico o *sui generis*, a meno che proprietà si intenda nel senso generico di titolarità od appartenenza, poichè la legge ammette che l'ente pubblico possa procedere in via amministrativa, il che è incompatibile con la configurazione del rapporto come proprietà. Ciò è confermato dalla osservazione che la legge, adoperando la parola “ mezzi ” piuttosto che “ azioni ”, dimostra che non si tratta delle comuni azioni a difesa della proprietà, disciplinate sotto tale qualifica nel capo IV. I mezzi ordinari alludono certo alla rivendica ed alla negatoria, in cui però l'ente pubblico è tenuto solo a provare la demanialità del bene. Pertanto l'art. 823 null'altro importa che semplice estensione di carattere processuale al demanio dei mezzi a difesa della proprietà privata; tale estensione, che sarebbe del tutto oziosa se si trattasse di proprietà comunque qualificata, mentre lascia impregiudicata la questione della precisazione del rapporto, mette in evidenza per il demanio quel carattere di assolutezza e pienezza, che è caratteristico della proprietà e che per il demanio si presenta più preciso e rigoroso » (B. BIONDI, *I beni*, Torino, 1956, 250).

possa oppur no farsi rientrare tra gli schemi astratti ai quali il codice civile riferisce la tutela (8); nell'ipotesi di tutela amministrativa, è la legge stessa che, insieme con gli usi ammessi sul bene, indica partitamente e singolarmente le offese per le quali può farsi ricorso alla tutela. In altre parole, le offese della proprietà e del possesso che danno luogo ai mezzi di tutela ordinaria sono indicate dal codice per schemi astratti (ad esempio, turbativa), mentre quelle che danno luogo ai mezzi di tutela amministrativa sono indicate dalle cosiddette leggi speciali per comportamenti concreti. La conseguenza è che le norme del codice lasciano una certa ampiezza di giudizio sulla corrispondenza del fatto lesivo concreto allo schema astratto mentre le norme delle leggi speciali non possono applicarsi se non vi sia stato il concreto fatto lesivo specificamente descritto dalla legge (ad esempio, abbandono di aeromobile su un aerodromo). Per ciò, mentre per la tutela ordinaria sono indifferenti, se non in casi-limite, i diversi comportamenti che il giudice può imporre al privato in seguito alla lesione compiuta, nei singoli mezzi di autotutela le leggi evidenziano tale comportamento, che può consistere in un *facere*, in un *non facere*, in un *dare* o in un *patis*. Ciò che non è senza effetto sui problemi della alternatività e della precedenza dei vari mezzi, di cui parleremo tra poco perchè, se i rimedi amministrativi sono disposti per comportamenti concreti mentre quelli ordinari lo sono per schemi astratti, è da pensarsi — anche se l'ipotesi non trova conferma nella prassi — che l'amministrazione possa ricorrere ai rimedi ordinari ogni qualvolta il contenuto vincolato degli atti di autotutela non le permetta di raggiungere lo scopo che si prefigge.

Le azioni a difesa della proprietà (di accertamento, revindica) sono certamente date all'ente pubblico proprietario (individuale) di beni. Ma tali azioni sembra debbano intendersi escluse quando si tratti di beni sottoposti a riserva e in proprietà collettiva (lo sono sen-

(8) Per il codice « la tutela della proprietà si attua in rapporto a lesioni tipiche, predeterminate come schemi astratti, a mezzo di azioni riferite specificamente a questi schemi » (S. PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, 239).

za possibilità di discussione quando vi sia una mera riserva perchè in tal caso non c'è proprietà e queste azioni spettano al proprietario). Esse, infatti, sono inutili perchè, da una parte, la riserva e l'art. 1145 ne impediscono l'usucapione; dall'altra, il proprietario-possessore che voglia il recupero della cosa e la reimmissione nel possesso o la cessazione delle turbative del possesso può ricorrere alle azioni possessorie; e a queste può, infine, ricorrere anche il mero possessore di beni sottoposti a riserva.

Le azioni possessorie sono certamente esperibili dall'ente pubblico a difesa del possesso di beni in sua proprietà; e sono esperibili da membri della collettività proprietaria o da soggetti che usino beni sottoposti a riserva o in via esclusiva o in comune, nei confronti di beni sottoposti a riserva e di proprietà collettiva o in uso esclusivo o in uso comune. Va però precisato che l'azione di manutenzione è concessa solo in ordine a facoltà che possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione. L'art. 1145 cod. civ. limita poi le azioni possessorie esperibili dai privati nei riguardi dei beni sottoposti a riserva ai soli rapporti tra privati. Questa norma può essere spiegata come riflesso di una concezione autoritaria della pubblica amministrazione o può essere spiegata col fatto che — quando sono ammesse le azioni possessorie — si è in presenza di beni sottoposti a riserva e quindi l'ente pubblico è un mero gestore e come tale vincolato dalle leggi che ne predeterminano la condotta al fine della cura di interessi della collettività (9).

(9) A conclusioni non dissimili, sia pur in termini diversi e da una diversa impostazione, pervengono, per ciò che riguarda i rapporti tra autotutela e proprietà, coloro che affermano che le facoltà di rimuovere turbative con atto proprio « non sono obbiettive, e quindi non costituiscono un carattere intrinseco di un qualsiasi diritto reale; esse esistono in vista ed a solo vantaggio della funzione amministrativa, e costituiscono dei poteri subbiettivi della persona pubblica titolare dei diritti reali. Esse hanno per fondamento il diritto generale d'impero dello Stato, nell'esercizio delle funzioni pubbliche, e si manifestano anche nei casi in cui di un diritto reale preesistente non v'è neppure traccia » (A. DE VALLES, *Demianialità e diritti reali*, « Riv. dir. pubbl. », 1913, 1-2, I, 14) e coloro che affermano che i poteri di amministrazione e di polizia del bene « appartengono alla persona dello Stato non in quanto titolare e quindi tutore di una proprietà ma in quanto tutore dell'ordine nell'uso dei beni: poteri

B) Da ciò che si è detto, si evince che tra mezzi ordinari e mezzi amministrativi di tutela non v'è alternatività o concorrenza in senso stretto. Può dirsi che il problema della alternatività o della concorrenza tra i due tipi di tutela, in generale, non si pone neppure, per le ragioni già esposte, che la tutela amministrativa spetta all'ente pubblico in dipendenza (non necessaria ma connessa al diritto positivo) dell'esser esso dotato di un privilegio e non in quanto proprietario o gestore di beni collettivi (10).

Non è si può dire quindi, che, quando è possibile, è obbligatorio ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria, ma piuttosto che, nei casi in cui non sia espressamente concesso dalla legge, è impossibile ricorrere alla tutela amministrativa, e che tutte le volte che non ricorrano le condizioni perchè l'amministrazione possa avvalersi dello speciale procedimento di tutela amministrativa, soccorrerà la comune azione a difesa del possesso o della proprietà (11).

D'altra parte, davanti al giudice ordinario, con un regolare giudizio petitorio, potranno farsi valere tutte le questioni rimaste impregiudicate in sede possessoria (ordinaria o amministrativa); più pre-

che perciò non possono considerarsi come estrinsecazione di un diritto reale ma anche essi come espressione dello stesso *dominium* e cioè della sovranità » (F. BENVENUTI, *Il demanio fluviale*, « Il dir. marittimo », 1961, luglio-dicembre, 479-480). Dopo quanto si è detto, dovrebbe essere chiara la diversità tra le argomentazioni di tali due autori e quelle qui svolte per sostenere che autotutela e proprietà sono attribuite secondo regole diverse alla pubblica amministrazione.

(10) In altro senso, vi è chi ha affermato che l'art. 823 del codice civile non prevede una scelta dell'amministrazione tra la « esecutorietà » e il mezzo processuale civile ma la coesistenza di una normale azione civile e di una normale autosoddisfazione coattiva dell'amministrazione fondata sulla « imperatività ». L'esperimento della prima via, non influisce, quindi, sulla seconda, nè la preclude. Non vi è equivalenza giuridica di scopi poichè i presupposti delle due tutele, anche se sono praticamente connessi o interferenti e possono quindi inerire ai medesimi fatti materiali, sono giuridicamente diversi (L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, 175-176 e 186-188). Mentre può accogliersi la tesi del diverso presupposto delle due tutele, non può condividersi — per i motivi indicati parlando della autotutela esecutiva — la opinione che la esecutorietà sia « una normale autosoddisfazione coattiva della amministrazione fondata sulla "imperatività" ».

(11) Cons. St., Sez. V, 24 novembre 1937, n. 1356, « Foro amm. », 1937, I, 108.

cisamente, quelle relative alla sussistenza di un diritto — da parte di privati — sul bene.

Infine può darsi il caso che l'amministrazione fosse legittimata ad esercitare tutela amministrativa ma non abbia fatto uso — in concreto — di tale potere; in questa ipotesi, il privato ben può ricorrere a mezzi di tutela ordinaria (12). Ma ciò si verifica solo per i beni sottoposti a riserva di proprietà collettiva. Anzi, in tal caso, il privato potrebbe sia ricorrere all'azione normale di difesa sia impugnare l'inerzia dell'ente pubblico tenuto a difendere in via amministrativa.

La tutela amministrativa e quella ordinaria si intrecciano piuttosto che alternarsi, se si tien conto della possibilità di ricorrere alla tutela amministrativa in via decisoria e a quella ordinaria in via esecutiva e, al contrario, alla tutela ordinaria in via di cognizione e a quella amministrativa in via esecutiva (e ciò — come si è visto — vale sia per la autotutela che ha riguardo al comportamento principale del privato, sia alla autotutela che riguarda il rimborso della spesa nel caso di esecuzione in danno da parte della pubblica amministrazione).

Da quanto si è detto, insomma, pare chiaro che la questione dell'alternarsi di tutela ordinaria e tutela amministrativa non può essere risolta in astratto ma con riferimento al diritto positivo.

AmMESSO che l'alternatività è problema che non deve risolversi secondo regole generali ma secondo il diritto positivo e secondo la diversa natura ed ammissibilità di diversi mezzi, vi sono regole generali che disciplinano il previo esperimento dell'uno o dell'altro mezzo?

Si è cercato di affermare una precedenza dell'un mezzo sull'altro dicendo che la tutela amministrativa dell'ente pubblico è quella *normale* mentre sarebbe *eccezionale* quella ordinaria (13). La tutela am-

(12) Così si afferma che l'inerzia dell'ente gestore (secondo altri, proprietario) legittima l'azione di spoglio di un privato nei confronti di un altro privato (Trib. Verona, 19 ottobre 1959, « Arch. ric. giur. », 1960, 287).

(13) « I beni demaniali sono oggetto di pubblica amministrazione, nel senso che anche la funzione della loro difesa da ogni arbitraria invasione o lesione da parte di terzi, è compito normalmente riservato all'ente pubblico cui la cosa demaniale appartiene » (Cass., Sez. II, 7 febbraio 1955, n. 340, « G.C.C.C. », 1955, III, 158). Altre volte (App. Bologna, 25 maggio 1956, « Riv. trib. », 1957, 362) la giurisprudenza afferma che, scelta una via, giudiziaria o amministra-

ministrativa avrebbe quindi di regola la precedenza, salvo che l'amministrazione non rinunci alla tutela privilegiata o la legge non riservi espressamente l'intervento all'autorità giudiziaria (14).

Noi abbiamo già visto che il procedimento di tutela amministrativa con riguardo a beni di proprietà collettiva in gestione di ente pubblico è ad iniziativa necessaria e quindi non può darsi rinuncia (15) ed abbiamo visto le contraddizioni in cui si imbattono coloro che ritengono normale il privilegio dell'autotutela ed ammissibile che ad esso l'ente pubblico possa rinunciare. Ma ora bisogna aggiungere — parlando più da vicino delle regole di precedenza tra i vari mezzi — che sembra inammissibile ritenere l'uno (quello amministrativo) normale e l'altro eccezionale (e quindi esperibile solo in seguito a rinuncia al primo o quando espressamente attribuito da legge). L'art. 823, infatti, li considera alla stessa stregua ed, anzi, è stato proprio disposto per permettere all'amministrazione di ricorrere *normalmente* al giudice per la tutela dei beni. Ma anche messa nei suoi termini corretti,

tiva, la pubblica amministrazione resta sempre libera, successivamente, di ricorrere all'altra.

(14) Il ricorso ai rimedi ordinari si giustificava o con la rinuncia dell'amministrazione ad avvalersi del privilegio concesso (F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 13 e 14 n. 23); o col fatto che la legge stessa riservi all'autorità giudiziaria l'intervento (per ambedue i casi, R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 168 nota). Il problema dell'ammissibilità del ricorso ai mezzi ordinari, naturalmente, si poneva in presenza di forme di tutela privilegiata o di ufficio; chè, altrimenti, non v'era dubbio alcuno che l'amministrazione potesse far valere i propri diritti — in via di cognizione e d'esecuzione — dinanzi ai tribunali ordinari (F. CAMMEO, *L'esecuzione*, cit., 13-14; U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 142).

Nel caso che l'amministrazione agisca in giudizio per ottenere la condanna del privato dove avrebbe potuto far ricorso ad autotutela esecutiva (ed abbiamo visto in quali limitate ipotesi esso possa verificarsi) « la " esecutorietà " viene meno, non perchè " sostituita " dalla tutela giurisdizionale, ma perchè è stato realizzato per altra via (che potrebbe essere quella dello spontaneo adempimento) lo scopo cui era coordinata quella potestà » (L. MONTESANO, *Processo*, cit., 187).

(15) La potestà di esecuzione non può esser rinunciata nè si prescrive per non esercizio nè è ammissibile che la pubblica amministrazione la limiti unilateralmente o d'intesa col privato (M. S. GIANNINI, *Lezioni*, 1950, cit., 423); se il privato non ottempera l'impegno assunto di restituire in pristino l'amministrazione può sempre agire in tutela (Cons. St., Sez. V, 21 aprile 1950, n. 471, « Cons. Stato », 1950, 517).

la soluzione appare insoddisfacente perchè astratta. In concreto, le possibilità di scelta tra due tipi di mezzi sono limitate e quindi solo in pochi casi sorge il problema: a quale mezzo dare la precedenza. E i casi sono: beni di proprietà individuale dell'ente pubblico per i rimedi petitori e possessori ordinari e quelli amministrativi a questi comparabili; beni di proprietà collettiva per i rimedi possessori o ad essi equiparabili esperibili rispettivamente dall'ente gestore in sede di autotutela e dai membri della collettività proprietaria o da privati utilizzatori in via esclusiva in sede ordinaria.

Ora, in ambedue i casi, la giurisprudenza, in base al criterio della *normalità* della tutela amministrativa, tende a ritenere necessario il previo esperimento di questa. Ma se, come abbiamo visto, tale criterio non è ammissibile, non può affermarsi nessuna regola di precedenza.

Si è poi cercato di trarre una regola di precedenza dalla necessità di un preliminare ricorso ai mezzi di esecuzione meno gravosi (16). Ma ciò non è possibile, perchè, come abbiamo visto, il principio di predeterminazione legislativa dell'autotutela opera anche nel senso di indicare i presupposti verificandosi i quali si può (e si deve) far ricorso ad autotutela. Non vi è posto, quindi, per una scelta circa la gravosità del mezzo; questa scelta è, in realtà, possibile in quegli ordinamenti che regolano legislativamente il procedimento di autotutela ma non i presupposti e i motivi, verificandosi i quali v'è luogo ad autotutela.

Un'altra regola di precedenza dei mezzi di tutela amministrativa nei confronti di quelli ordinari si è cercato di trarla dall'urgenza che giustificerebbe i primi. In proposito è stato detto che il ricorso all'art. 378 deve essere sempre giustificato da una certa urgenza perchè si spieghi la scelta della tutela in via amministrativa e provvisoria in

(16) R. LUCIFREDI, *Le prestazioni*, cit., 201 n. 2; A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 856, parlano di una vera e propria gradualità nell'impiego dei mezzi coercitivi da parte dell'amministrazione, sì che quelli di coazione diretta, specialmente sulle persone, sono concessi all'amministrazione solo quando lo scopo da conseguire non sia assolutamente raggiungibile per altra via. Che la scelta tra i diversi mezzi amministrativi debba essere ispirata a criteri di convenienza e di equità afferma anche U. BORSI, *L'esecutorietà*, cit., 151-152.

luogo degli ordinari mezzi giurisdizionali offerti dal codice civile (17). Ma l'urgenza nelle norme che legittimano l'esercizio di tutela amministrativa (e anche nell'art. 378) è un fatto (discrezionalmente valutabile dalla pubblica amministrazione) che serve solo a legittimare l'esperimento dell'esecuzione senza previo ordine di riduzione in pristino e non quindi a spiegare la scelta e la precedenza del mezzo di tutela amministrativa nei confronti di quello ordinario.

C'è, infine, da chiedersi se l'esercizio dei mezzi di tutela amministrativa comporta rinuncia, prescrizione o limite della potestà di utilizzare i mezzi di tutela ordinaria (da parte del privato). Questo è stato affermato — con riguardo ai provvedimenti cautelari — quando si è detto che, verificatosi l'intervento della pubblica amministrazione, il potere giurisdizionale dell'autorità giudiziaria rimane escluso. Infatti, gli effetti del provvedimento dell'amministrazione sarebbero messi nel nulla dall'accoglimento dell'azione da parte dell'autorità giudiziaria (18). Ma bisogna considerare che le attribuzioni amministrative e quelle della giurisdizione ordinaria sono operanti su piani diversi (19) e principalmente che la pubblica amministrazione ha poteri circoscritti alle ipotesi formulate dalla legge. Il caso quindi è di non frequentissima verifica. Ora, in proposito non si può dire che la pubblica amministrazione agisce per la cura di interessi generali (20): mentre le contestazioni tra privati non involgono necessariamente interessi generali, perchè quando il privato richiede l'intervento del giudice per eliminare, ad esempio, un impedimento su strada pubblica, opera in modo da assicurare l'uso suo, e contemporaneamente di tutti, sulla strada. Si può dire che il privato agisce per fini generali — ad esempio, in quanto agisce in tutela possessoria come membro della collettività proprietaria e utilizzatrice — oppure che il

(17) Cons. St., Sez. V, 31 gennaio 1964, n. 147, « Foro it. », 1964, III, 164. Ma, in questo caso, non si pensava ad una precedenza di procedimento possessorio della pubblica amministrazione nei confronti di un processo petitorio dinanzi all'A.G.?

(18) Cass., Sez. un., 18 giugno 1965, n. 1255, « Foro it. », 1965, I, 1427.

(19) Cass., Sez. un., 18 giugno 1965, n. 1255, « Foro it. », 1965, I, 1427.

(20) Cass., Sez. un., 18 giugno 1965, n. 1255, « Foro it. », 1965, I, 1427.

privato svolge un'azione a fini non generali che hanno tuttavia strutturalmente (ma per caso) un effetto coincidente con quello dell'azione amministrativa. Quindi, nulla esclude che — se l'esercizio di autotutela non abbia ancora raggiunto il suo effetto e fatto quindi cessare l'interesse del privato a ricorrere — questo possa utilizzare i mezzi ordinari.

C) Un problema particolare è quello della connessione tra autotutela ed esercizio dell'azione penale contro il trasgressore (21). Questa — così come le c.d. sanzioni amministrative — non è mezzo di natura satisfattiva e non può quindi, a rigore, farsi rientrare tra i mezzi di tutela.

Le norme che prevedono l'esercizio dell'azione penale contro il trasgressore sono numerose. Qui basti ricordare l'art. 378 della legge del 1865 sui lavori pubblici che prevede che il prefetto (o il sindaco) promuova l'azione penale contro il trasgressore, allorchè lo giudichi necessario ed opportuno, ed il d.l. 22 gennaio 1948, n. 66 che dispone: chiunque, al fine di impedire o ostacolare la libera circolazione, depone o abbandona congegni o altri oggetti di qualsiasi specie in una strada ferrata od ordinaria o comunque ostruisce o ingombra, allo stesso fine, la strada stessa è punito con la reclusione da uno a sei anni (22).

Ciò che qui interessa sono però i rapporti tra azione penale ed esecuzione amministrativa. Ora non può certo dirsi che i due rimedi siano tra loro incompatibili e che quindi vi sia alternatività tra esecuzione in via amministrativa e giudizio penale. Ciò è stato sostenuto in passato affermandosi che l'esecuzione in via amministrativa è incompatibile con quella giudiziaria nello stesso caso e, poichè la seconda non può aver luogo che quando la legge espressamente l'autorizza con lo stabilire una pena, così la prima può aver luogo unicamente

(21) « Die Zwangsmittel können auch neben einer Strafe oder Geldbusse angedroht » (art. 13 della legge tedesca del 1953 sull'esecuzione amministrativa).

(22) Si veda anche Cass. pen. 16 luglio 1960, « Giust. pen. », 1961, II, 152 (solo massima) e Pret. Salerno 28 aprile 1961, « Nuovo dir. », 1961, 568 (con nota di F. PONTORIERI) (estrazione di ghiaia dalla zona demaniale marittima senza autorizzazione).

quando la legge non detti nessuna sanzione punitiva contro la violazione degli obblighi portati da atti amministrativi (23). Lo stesso autore ha però altra volta affermato l'incompatibilità dell'esecuzione forzata in via amministrativa e di quella in via giudiziaria « mentre invece l'applicazione in via giudiziaria della pena non esclude, almeno di solito, la prima forma di esecuzione forzata » (24).

Ma, a parte il rilievo della contraddittorietà tra l'una e l'altra affermazione dello stesso autore, a prova della non alternatività tra i due rimedi c'è il fatto che essi hanno natura giuridica diversa: satisfattiva l'una e punitiva l'altra.

Una volta ammesso che possano concorrere, bisogna vedere se vi siano regole circa il previo esperimento dell'un rimedio nei confronti dell'altro. A questo proposito sembra che la soluzione sia di diritto positivo. Vi sono casi nei quali l'amministrazione deve previamente espletare l'azione penale per poi porre in essere la procedura di esecuzione d'ufficio (25): l'art. 310 della legge sui lavori pubblici, ad esempio, prevede che gli ufficiali addetti al servizio delle ferrovie possano far togliere ogni opera od oggetto dannoso al servizio dopo la sentenza del giudice penale, eccetto che nei casi d'urgenza in cui potranno procedere anche prima della sentenza. In tal modo esso condiziona l'esercizio della tutela amministrativa alla irrogazione della sanzione penale (si badi che la lettera dell'art. 310 si presta a qualche equivoco perchè parla separatamente della riduzione delle cose in pristino e dell'ordine di togliere ogni opera od oggetto dannoso al servizio). In altri casi, l'amministrazione non è tenuta a far precedere all'esecuzione coattiva in via amministrativa l'esaurimento del processo penale: i due rimedi sono pienamente indipendenti, come mostra il diritto positivo (art. 378 citato, ad esempio, che rende meramente facoltativa la denuncia penale) (26).

(23) U. BORSI, *Fondamento*, cit., 121.

(24) U. BORSI, *Le funzioni*, cit., 240.

(25) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 711; A. M. SANDULLI, *Note*, cit., 831.

(26) La pendenza di un giudizio civile e penale non può arrestare l'esecuzione dell'atto amministrativo avente efficacia esecutoria (Cons. St., Sez. V, 21 aprile 1950, 471, « Cons. Stato », 1950, 517).

Seconda opera monografica di Cassese, è il testo che ha ridefinito compiutamente la teoria dei beni pubblici nel nuovo quadro costituzionale, segnando il definitivo superamento della teoria della proprietà pubblica e inaugurando un nuovo modo di intendere il carattere pubblico dei beni. Infatti, la pubblicità dei beni non viene più ricondotta alla loro strumentalità rispetto ai fini statali, ma al divieto di appropriazione individuale che la legge può introdurre allo scopo costituzionale di rendere accessibili a tutti beni di cui ci si può appropriare solo collettivamente. Liberata dai residui di statalismo, la proprietà dei beni pubblici viene ricondotta al diritto privato, ma non alla figura della proprietà individuale dell'ente pubblico, bensì a quella della proprietà collettiva, con il risultato di assegnare all'ente pubblico il ruolo di mero gestore e regolatore dell'uso dei beni nell'interesse della comunità nazionale.

SABINO CASSESE nato nel 1935, si è laureato in giurisprudenza e diplomato presso la Scuola Normale Superiore nel 1956. Ha vinto la cattedra di diritto amministrativo nel 1970. Ha insegnato a Urbino e Napoli. Nel 1985 è stato chiamato all'Università di Roma La Sapienza. Ha insegnato in numerose altre università, fra cui l'Istituto Universitario Europeo, l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, la New York University e l'Università Católica Global School of Law di Lisbona, dove insegna ancora oggi. È dottore *Honoris causa* in diverse università italiane e straniere. Ha svolto numerose attività di consulenza per il Parlamento e vari ministeri ed è stato membro e presidente di numerosi comitati di studio di enti di ricerca pubblici e privati, nazionali e internazionali. È stato Ministro per la funzione pubblica dal 29 aprile 1993 all'11 maggio 1994. Il 4 novembre 2005 è stato nominato Giudice della Corte Costituzionale dal Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi. Grande Ufficiale della Repubblica italiana e Cavaliere di Gran Croce dell'Ordine al merito della Repubblica Italiana, ha vinto due volte il Premio per la cultura della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tra i suoi libri più recenti, *Miseria e nobiltà d'Italia. Dialoghi sullo stato della nazione* (2024), *Le strutture del potere* (2023), *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi* (2022), *Il governo dei giudici* (2022).

BRUNO TONOLETTI è professore ordinario di diritto amministrativo dell'Università di Pavia. I beni pubblici rientrano tra i suoi principali interessi di ricerca, cui ha dedicato la monografia *Beni pubblici e concessioni* (2008) e altri lavori, fra i quali *Costituzione giuridica delle cose e rigenerazione del legame sociale* (2019), *Il governo dei beni pubblici tra proprietà e funzione amministrativa* (2016), *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete* (2003), *La disciplina del demanio idrico e l'acquisizione della risorsa per il consumo umano* (2017).