Christian Longo

LA VALORIZZAZIONE DEI BENI DEMANIALI E IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Tra rilancio degli investimenti, contenimento del debito pubblico consolidato, partenariato pubblico-privato e partenariato "sociale"

"Orizzonti"
58

TANGRAM
EDIZIONI SCIENTIFICHE
TRENTO

Christian Longo
La valorizzazione dei beni demaniali e il Codice dei Contratti Pubblici
Copyright © 2020 Tangram Edizioni Scientifiche
Gruppo Editoriale Tangram Srl
Via dei Casai, 6 – 38122 Trento
www.edizioni-tangram.it
info@edizioni-tangram.it

Collana "Orizzonti" – NIC 58

Prima edizione: settembre 2020, *Printed in EU*

ISBN 978-88-6458-207-8

In copertina: *Basilica di Santa Croce, Lecce (particolare)*, Edoardo Winspeare

A mio Padre Cosimo; a mia madre Lucia.

L'uomo libero è come una nuvola bianca. Una nuvola bianca è un mistero; si lascia trasportare dal vento, non resiste, non lotta, e si libra al di sopra di ogni cosa. Tutte le dimensioni e tutte le direzioni le appartengono. Le nuvole bianche non hanno una provenienza precisa e non hanno una meta; il loro semplice essere in questo momento è perfezione.

Osho

Introduzione 13

I I beni pubblici 19
1. La codificazione dei beni pubblici nel Codice Civile 19
2. I beni pubblici secondo la Costituzione italiana e l'Unione Europea 36
3. Territorio e beni demaniali, tra pianificazione e intese 49
4. I «beni privatizzati» 59
5. I beni demaniali: "regime giuridico" e "uso" 82

II Il partenariato pubblico privato 91
1. Il Partenariato pubblico – privato e il nuovo Codice dei contratti pubblici 91
2. Il rischio imprenditoriale: spunti di riflessione attraverso una lettura congiunta con le Linee guida n. 9. 114
3. Il Baratto Amministrativo per la tutela e la valorizzazione dei beni pubblici. 119

III Le concessioni di beni pubblici 127
1. Il rapporto tra Pubblica Amministrazione e privato 127
2. Le concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative: Normativa Nazionale e Diritto dell'Unione Europea 134
3. Le concessioni di beni demaniali nel Codice dei Contratti Pubblici 149

IV La trasformazione edilizia e urbanistica del compendio di proprietà del demanio dello stato e la nuova frontiera del BIM 157
1. Il recupero degli *asset* pubblici 157
2. Il *Building Information Modeling* per il recupero di beni pubblici 163

Bibliografia 171
Nota descrittiva autore 177

LA VALORIZZAZIONE DEI BENI DEMANIALI E IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Tra rilancio degli investimenti, contenimento del debito pubblico consolidato, partenariato pubblico-privato e partenariato "sociale"

INTRODUZIONE

Delineare il percorso normativo utile per comprendere come valorizzare i beni demaniali per uno scopo politico ed economico di uno Stato non può non tener conto del tema della *mondialisation*, già diffuso ampiamente in Francia, poi concretizzato sin dagli anni Sessanta nel panorama internazionale con il concetto – un po' più comune – della globalizzazione.

John Williamson, nel suo saggio del 1990[1], esaminava compiutamente l'equilibrio fondante della politica economica internazionale, precisando che i punti alla base dei principi ispiratori della globalizzazione, vista dalle istituzioni strategiche del tempo (Banca Mondiale, Fondo Monetario internazionale, Tesoro degli Stati Uniti), fossero i seguenti:

– Disciplina fiscale;
– Priorità della spesa pubblica;
– Riforma fiscale;
– Liberalizzazione finanziaria;
– Tassi di cambio competitivi;
– Liberalizzazione degli scambi commerciali;
– Investimenti dei diritti esteri;
– Privatizzazione;
– Deregolamentazione;
– Diritti di proprietà.

[1] J. Williamson, *The Progress of Policy Reform in Latin America,* Washington, Institute for International Econonomics, 1990.

«Si tratta a ben vedere di nuove libertà (di commercio, investimento e disinvestimento internazionale e interno) per i privati e soprattutto per le imprese e di nuovi obblighi per i governi (di privatizzare, liberalizzare e ridurre il deficit pubblico), di regola, associati a un quadro dei diritti civili e politici e a sistemi istituzionali di tipo democratico occidentale[2].»

Oggi, il linguaggio dei diritti non sublima più l'*humanum* poiché il dibattito in corso sui diritti di enti non umani presuppone un allargamento della "soggettività". Ampliata la "soggettività" oltre l'*humanum,* muta l'idea di "soggettività giuridica", nascono i nuovi diritti di soggetti non umani. Allargata la "soggettività", ancora, mutano senso e funzione dei diritti soggettivi. Se, infatti, oltre l'uomo esistono altri soggetti non c'è motivo di escludere che oltre ai diritti soggettivi umani ci possano essere diritti soggettivi non umani[3]. E, ancora. La visione individualistica dell'uomo che presupponeva la centralità ontologica dell'uomo stesso è oggi superata dalla considerazione che esso sia titolare di diritti soggettivi alla stessa stregua degli altri enti afferenti all'insieme "soggetto giuridico".

Il termine "diritto" (soggettivo) non ricorre soltanto nel linguaggio o nel gergo dei giuristi, ma è frequentemente impiegato anche nei discorsi della gente comune: si tratta insomma di un termine tanto del linguaggio comune come del linguaggio tecnico giuridico[4]. Utile, per esempio, è il ragionamento sul riconoscimento della soggettività morale degli animali che, nell'ultima parte del Novecento, ha riformato i rapporti di natura politica e sociale: la società che guarda gli animali come soggetti da tutela-

[2] V. Amato, *Global 2.0 Geografie della crisi e del mutamento,* Roma, Aracne Editrice, 2012, p. 65.

[3] A. Pisanò, *Diritti Deumanizzati, Animali, Ambiente, Generazioni future, Specie Umana*, Milano, Giuffrè Editore, 2012.

[4] M. La Torre, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, Giuffrè, 1996.

re e quindi le norme giuridiche che intervengono per proteggere gli animali, riconoscendo un diritto a essere e, quindi, ad avere una "soggettività giuridica".

Da un lato, il catalogo dei diritti sulla persona non si esaurisce alla definizione delle regole che provvedono alla tutela degli aspetti fisici ed esteriori dell'uomo. Una moderna considerazione dell'individuo attribuisce egual significato, se non maggiore, ai contenuti morali (integrità morale, onore, riservatezza, reputazione), comunque non di carattere fisico[5]. Mazzoni sottolinea che la scelta di trattare questi argomenti con riferimento alla persona fisica cioè all'uomo, e non anche agli altri soggetti del diritto, come le persone giuridiche e gli enti non riconosciuti, è motivata soprattutto dalla considerazione che solo una parte di questa tutela morale è riferibile ai soggetti diversi dall'uomo. Già la Carta costituzionale detta i principi in tema di svolgimento della personalità dell'uomo come individuo; la tutela di enti diversi dall'uomo è funzionale alla tutela che l'uomo come esponente di quel gruppo sociale può ricevere.

Henry Stephen Salt, in un suo scritto del 1892[6], evidenziava tuttavia che se i *diritti* esistono, essi non possono coerentemente essere riconosciuti agli uomini e negati agli animali, dal momento che lo stesso senso di giustizia e di compassione si applica in entrambi i casi.

Di maggiore apertura è inoltre il pensiero di Pier Luigi Portaluri[7]: "Il diritto, comunque, è costruzione sinora *antropocentrica*. Persino l'espressione "diritto naturale" non identifica sempre il

[5] C.M. Mazzoni, *Diritti della personalità*, in M. Bessone (a cura di), "Istituzioni di Diritto Privato", Torino, Giappichelli, 2013.

[6] H.S. Salt, *I diritti degli animali*, in Henry Stephen Salt Archive: www.henrysalto.co.uk.

[7] P.L. Portaluri, *Lupus lupo non homo. Diritto umano per l'ethos degli "animali"?*, in "Studi e contributi", https://www.giustizia-amministrativa.it, 21 aprile 2018.

corpus dei diritti che l'uomo si degna di attribuire alla natura, ma l'insieme dei diritti che l'uomo ha deciso che gli derivino dalla natura (vedi tuttavia la prospettiva ben più ampia di Ulpiano: «*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*» (D. 1.1.1.3); e, prima, di Seneca, *De clementia*, I, XVIII: «*cum in servum omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune ius animantium vetet*»). Sarebbero dunque *immutabilia* gli *iura* che all'occorrenza l'uomo – ancora lui – pretende di poter esercitare, se necessario, addirittura contro l'asserita fonte degli stessi, muovendo cioè *adversus naturam*. Le conseguenze di questa visione insieme *estrattiva* e distruttiva sono la separazione totale fra uomo e natura, e la connotazione della nostra era come plasmata – o sconvolta – dall'intervento umano, lanciato follemente verso la sesta estinzione di massa (riprendo il titolo dell'ormai celebre libro divulgativo di Elizabeth Kolbert). Sesta in assoluto, la prima però non dovuta a cause naturali, poiché interamente provocata dall'uomo: l'Antropocene, dove ogni parametro d'azione discende dalla specie umana, che esercita – egemone – un dominio pieno e incontrollato".

Da tali considerazioni, si comprende bene come i giuristi abbiano sempre approfondito le dinamiche generali tra «uomo» e «ambiente» nelle relazioni sociali, accentuando uno sguardo sullo studio del *diritto dell'ambiente*, visto come, semplicemente, *diritto dell'ambiente* o come *diritto all'ambiente*. Nella prima accezione, si ricomprendono tutte le norme che definiscono l'ambiente come oggetto meritevole di tutela; nella seconda accezione, si recupera il concetto di «ambiente», annoverandolo tra i diritti soggettivi e comprendendo, all'interno dell'oggetto di tutela, "non la natura, ma l'esigenza umana di natura, l'essenzialità della natura per l'umanità dell'uomo"[8]. Siamo in presenza di una terza

[8] M. Tallacchini, *Diritto per la natura. Ecologia e Filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1996.

generazione di diritti umani e come precisato da Pisanò[9], possiamo dire che la definizione di alcuni diritti ambientali, in sostanza, rappresenterebbe il tentativo della giusfilosofica contemporanea di risolvere la "questione ambientale", così come, nel Settecento, i diritti civili hanno rappresentato il tentativo di risolvere la "questione politica" (il passaggio dall'età del suddito a quella del cittadino) e, nell'Ottocento, i diritti sociali la "questione sociale" (che contrassegna l'emergere di una concezione più realistica e completa dell'uomo considerato non come astratto titolare di diritti di cittadinanza, ma altresì come portatore dei bisogni concreti che debbano essere in qualche modo soddisfatti)[10].

Ebbene, l'evoluzione della società verso – forse – una restituzione all'ambiente del suo diritto (appunto, «*diritto all'ambiente*») a essere un soggetto giuridico potrebbe rappresentare un superamento del passato e di quanto la dottrina abbia stigmatizzato negli anni, cioè che "I valori dell'autenticità e dell'autonomia [...] fanno riferimento, anche se non allo stesso modo, a una "antropologia individualistica", che pensa la persona come avente valore indipendente dalla società"[11].

In tale percorso, si inserisce anche la Corte Costituzionale con la nota sentenza n. 210/1987. La Corte osserva che "va riconosciuto lo sforzo in atto di dare un riconoscimento specifico alla salvaguardia dell'ambiente come diritto fondamentale della persona e interesse fondamentale della collettività e di creare istituti giuridici per la sua protezione. Si tende, cioè, a una concezione unitaria del bene ambientale, comprensiva di tutte le risorse naturali e culturali. Ne deriva la repressione del danno ambienta-

[9] A. Pisanò, *Diritti Deumanizzati, Animali, Ambiente, Generazioni future, Specie Umana*, Milano, Giuffrè Editore, 2012.
[10] L. Battaglia, *Per un umanesimo ecologico*, in C. Quarta (a cura di), "Una nuova etica per l'ambiente", Bari, Dedalo, 2006.
[11] F. Viola, *Antropologia e diritti*, voce dell'Enciclopedia di Bioetica e Scienza Giuridica, diretta da E. Sgreccia, A. Tarantino, Napoli, ESI, 2009.

le... che costituisce offesa al diritto che vanta ogni cittadino individualmente e collettivamente".

La simmetria del riconoscimento dei diritti per l'"uomo" e per l'"ambiente" deve però dar conto, anche degli attuali sistemi giuridici dedicati a tali soggetti giuridici.

È su tale prospettiva che si propende lo sguardo, proponendo il presente percorso sul presupposto che solo la Costituzione Italiana può essere eletta a sicura guida. Tracciare una definizione sulla valorizzazione dei "beni demaniali" non risulta agevole, sia perché la nozione di "bene", quale proprietà pubblica riconosciuta costituzionalmente, ha subìto col tempo una profonda trasformazione, sia perché per decenni il bene stesso ha risentito di una confusione terminologica che ha creato notevoli difficoltà nel riconoscimento dei suoi aspetti essenziali.

Si cerca di illustrare una visione antropocentrica del bene demaniale per poi rappresentare *l'asset* utile anche per fini economici oltreché per rendere una "tutela", una "conservazione" e quindi una "valorizzazione" del bene demaniale.

La moderna dottrina del demanio ha soggettivizzato i beni pubblici, individuando apposite categorie tali da essere ottimizzate al fine di raggiungere una funzione di pubblico interesse. Ciò sulla base delle previsioni contenute nel Codice Civile, incitando poi la dottrina stessa a scomporre le varie categorie e proponendo una nuova definizione del bene demaniale, fino ad arrivare a creare una tassonomia dei beni pubblici rivolta verso la realtà in cui essi si trovano.

Per tale motivo, si volge lo sguardo al bene visto come oggetto, materiale o immateriale, e alla sua utilità statale, scoprendo una economizzazione da parte dello Stato e non una restituzione all'ambiente del suo diritto (appunto, *diritto all'ambiente*) a essere un soggetto giuridico.

Tricase Porto, luglio 2020.

I I BENI PUBBLICI

1. La codificazione dei beni pubblici nel Codice Civile

Affrontare il tema dei "beni pubblici" deve necessariamente tener conto del connesso regime giuridico definito dagli articoli 822 e ss. del Codice Civile, "imperniato sulla inalienabilità dei beni demaniali, sul divieto di sottrazione dei beni patrimoniali indisponibili alla loro destinazione, nonché sui poteri di autotutela, espressamente posti a presidio dei primi, ma, in via giurisdizionale, estesi anche ai secondi[12] ". Diversi autori, tra cui Esposito[13], propongono una ricognizione delle disposizioni civilistiche, esaminando compiutamente il percorso evolutivo della dottrina tradizionale.

L'art. 822 del Codice Civile recita: «Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico.»

Secondo la dottrina tradizionale, il demanio può essere distinto in "statale", "regionale", "locale", con ulteriori e differenti ripar-

[12] M. Esposito, *I fondamenti costituzionali del demanio. Basi per uno studio sulla disciplina legislativa dei beni pubblici,* Torino, Giappichelli Editore, 2018, p. 30.
[13] *Ibidem*.

tizioni interne, sulla base della tipologia dei beni elencati dal medesimo articolo. «Demanio naturale. Per i beni che rientrano nel demanio naturale necessario e per i quali, quindi, la legge prevede espressamente l'appartenenza pubblica, risulta pacificamente accolta in dottrina la tesi per cui la condizione di demanialità venga acquisita quando si verifica l'evento naturale che ne determina la venuta a esistenza. Per ciò che riguarda la cessazione della demanialità pare evidente che anche in questo caso rilevi esclusivamente l'evento che modifica o fa cessare l'esistenza fisica, materiale del bene stesso. Demanio accidentale. Più complesso risulta il problema inerente i beni del demanio artificiale sia necessario[14] che accidentale[15], in quanto non è solo con la loro realizzazione da parte dell'uomo che essi acquistano il regime di demanialità, essendo necessario che, per esempio, sia giuridicamente certo che una determinata opera sia destinata alla difesa nazionale, secondo quanto dispone il comma 1 dell'art. 822 c.c.[16].»

Nell'ambito del «demanio pubblico» (denominazione proposta, in linea con la rubrica dell'art. 822 c.c.), si vuole porre l'accento, in particolare, sugli immobili «riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le

[14] Costituisce demanio necessario: il *demanio marittimo*, cioè tutti i beni elencati dagli articoli 822 c.c. e 28 cod. nav.: il lido del mare, la spiaggia, i porti e le rade, le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra, le pertinenze dei beni demaniali marittimi, come dettagliati dall'art. 29 cod. nav.; il *demanio idrico*, cioè i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi di settore; il demanio militare.

[15] Costituisce demanio accidentale: il *demanio stradale*, cioè tutte le strade e autostrade di proprietà dello stato e degli altri enti territoriali; il *demanio ferroviario*, cioè quei beni ricompresi nel 2 comma dell'art. 822 c.c., le strade ferrate, i ponti, le gallerie, i viadotti; il *demanio aeronautico*, cioè gli aerodromi, i campi di volo, i campi di fortuna; il *demanio acquedottistico* e il *demanio storico, archeologico, artistico, culturale*.

[16] M.A. Cabiddu, N. Grasso, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, Giappichelli Editore, 2007, pag. 75.

raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche»; cioè sulle *res* di interesse culturale che hanno patito – negli anni – una difficile collocazione nel panorama generale di privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico[17].

Tale analisi è indispensabile per comprendere come, negli anni, il concetto della "inalienabilità dei beni demaniali" abbia subìto notevoli modifiche.

«La normativa originaria, contenuta nella l. 1 giugno 1939, n. 1089 (conosciuta come la Legge "Bottai", dal nome del suo relatore), prevedeva l'inalienabilità dei beni di interesse artistico, storico e archeologico, indicati negli articoli 1 e 2[18], qualora appartenenti allo stato o ad altro istituto pubblico. L'alienazione po-

[17] «Tali operazioni, assunte come ordinario strumento di risanamento della finanza, sembrano tutt'altro che in corso di esaurimento, ponendo, in definitiva, sul tappeto la più generale questione della sopravvivenza della proprietà pubblica. In questo contesto, si situa il dibattito sulla possibilità di configurare un *tertium genus* tra beni pubblici e privati, i "beni comuni". Il primo tentativo di offrire una definizione normativa di questa "categoria" è stato fatto nel corso dei lavori della Commissione c.d. "Rodotà" (nominata con decreto del Ministro della giustizia del 14 giugno 2007), cui era stato dato incarico di elaborare uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del Codice Civile relative ai beni pubblici. Il testo conteneva, tra i principi e i criteri direttivi della delega, la "previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona", e stabiliva che essi fossero "tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future". In base a tale progetto, tra i beni comuni, avrebbero dovuto essere collocati i beni archeologici e culturali. A questo *status* sarebbe conseguita, per i beni nella titolarità di una persona giuridica pubblica, la collocazione fuori commercio e in ogni caso, ovverosia anche quando nella titolarità di un privato, l'obbligo di garantirne la fruizione collettiva», come chiarisce in maniera attenta Mabellini in, S. Mabellini, *Tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, Torino, Giappichelli Editore, 2016, p. 160.

[18] «Art. 1. Sono soggette alla presente legge le cose, immobili e mobili, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnografico, compresi: a) le cose che interessano la paleontologia, la preistoria e le primitive civiltà; b) le cose d'interesse numismatico; c) i manoscritti, gli autografi, i carteggi, i do-

teva comunque essere autorizzata dal Ministro competente, purché non ne derivasse danno alla conservazione e menomazione al pubblico godimento (art. 24)[19]»[20].

Successivamente, con l'introduzione del richiamato art. 822 c.c., i beni elencati nel relativo comma 2 sono stati oggetto di un regime di inalienabilità "assoluta", sostituendosi quindi al previgente regime di inalienabilità "relativa" di cui alla Legge "Bottai". «Già al momento dell'entrata in vigore, la disciplina contenuta nel Codice Civile poneva il problema di una difficile convivenza con la legge "Bottai". Mentre, infatti, quest'ultima prevedeva, pure a determinate condizioni, l'alienabilità dei beni culturali (art. 24), la disciplina contenuta nell'art. 823 c.c. sembrava escluderla[21]. La prassi applicativa ha mostrato di preferire, in effetti, un'interpre-

cumenti notevoli, gli incunaboli, nonché i libri, le stampe e le incisioni aventi carattere di rarità e di pregio.
Vi sono pure compresi le ville, i parchi e i giardini che abbiano interesse artistico o storico. Non sono soggette alla disciplina della presente legge le opere di autori viventi o la cui esecuzione non risalga a oltre cinquant'anni.
Art. 2. Sono altresì sottoposte alla presente legge le cose immobili che, a causa del loro riferimento con la storia politica, militare, della letteratura, dell'arte e della cultura in genere, siano state riconosciute di interesse particolarmente importante e come tali abbiano formato oggetto di notificazione, in forma amministrativa, del Ministero per la educazione nazionale. La notifica, su richiesta del Ministro, è trascritta nei registri delle Conservatorie delle ipoteche e ha efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore della cosa a qualsiasi titolo.»

[19] «Art. 24. Il Ministro per l'educazione, sentito il Consiglio nazionale dell'educazione, delle scienze e delle arti, può autorizzare l'alienazione di cose di antichità e d'arte, di proprietà dello Stato o di altri enti o istituti pubblici, purché non ne derivi danno alla loro conservazione e non ne sia menomato il pubblico godimento.»

[20] M. Esposito, *I fondamenti costituzionali del demanio. Basi per uno studio sulla disciplina legislativa dei beni pubblici*, cit., pag. 37.

[21] A.L. Tarasco, *Beni, patrimonio e attività culturali. Attori privati e autonomie territoriali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2004, pag. 249.

tazione restrittiva, subordinando l'alienazione dei beni pubblici a una previa "sdemanializzazione" e, quindi, riconoscendola soltanto in relazione a beni *non più demaniali*»[22]. Eppure, l'art. 823 del Codice Civile prevedeva e prevede espressamente che «I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano. 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.»

Oggi[23], il D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 "Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137" «dopo aver ribadito che i beni elencati nell'art. 822 c.c. costituiscono il demani culturale (art. 53), ripropone un duplice regime giuridico: di inalienabilità assoluta per alcuni beni (immobili e aree di interesse archeologico, monumenti

[22] S. Mabellini, *Tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello*, cit., pag. 162. Tale previsione era anche retta da una puntuale disamina da parte della giurisprudenza amministrativa sui beni qualificati "inalienabili" che riteneva applicabile il regime dell'inalienabilità relativa di cui alla legge "Bottai" (Cons. St., sez. VI, 7 maggio 1988, n 568), permettendo "il trasferimento a privati, purché a giudizio del Ministro non ne derivi danno alla loro conservazione e non ne sia menomato il pubblico godimento". La giurisprudenza ha riconosciuto, pertanto, «sussistente tra le due norme in questione (Codice Civile del '42 e Legge "Bottai") il rapporto di specialità/generalità, con la conseguenza, già vista, della vigenza del regime di inalienabilità, salvo autorizzazione del ministro», come spiega Alterio in, M.A. Cabiddu, N. Grasso, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, cit., pag. 73.

[23] Tralasciando la ricostruzione normativa del "tempo di mezzo", e precisamente: il D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 che ha previsto un regime di assoluta inalienabilità per i beni del demanio storico-artistico, di cui all'art. 822, 2 comma del Codice Civile; il D.P.R. 7 settembre 2000, n. 283 (in attuazione alla Legge finanziaria per il 1999) che ha previsto il regime della inalienabilità relativa per tutti i beni culturali.

nazionali riconosciuti con legge, raccolte dei musei, pinacoteche, gallerie, biblioteche e archivi), indicati dall'art. 54; di inalienabilità per i rimanenti, previa autorizzazione ministeriale, che ne assicuri la tutela, la fruizione pubblica e la valorizzazione (art. 55)»[24].

Sul punto, risulta interessante anche richiamare – nello specifico – la normativa in esame. In particolare, l'art. 2 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio definisce il patrimonio culturale come "costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici". Tuttavia, per il medesimo articolo, sono «beni culturali» "le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze[25] aventi valore di civiltà".

[24] M. Esposito, *I fondamenti costituzionali del demanio. Basi per uno studio sulla disciplina legislativa dei beni pubblici*, cit., pag. 37.

[25] Sul concetto di "testimonianze aventi valore di civiltà", risulta immediato un collegamento alla nozione di patrimonio culturale, visto sia dal punto di vista "materiale", sia dal punto di vista «immateriale.» In particolare, da una prima lettura del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, si scorge una predilezione alla nozione di patrimonio culturale materiale, anche attraverso una breve lettura dell'art. 10 del medesimo Codice (oltre che al citato art. 2, comma 2), che definisce beni culturali "le cose immobili e mobili (...)". A tale definizione, accostiamo l'art. 131, comma 2 del Codice, rubricato "paesaggio", che prevede: "Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali". Ancora una volta, si propone una tutela del patrimonio culturale dal punto di vista materiale. Tuttavia, sempre nell'ambito delle disposizioni generali del T.U. dei Beni Culturali e del Paesaggio, è stato introdotto, dall'art. 1 del D.Lgs. n. 62 del 2008, l'art. 7-bis, rubricato "Espressioni di identità culturale collettiva". Tale articolo prevede che "Le espressioni di identità culturale collettiva contemplate dalle Convenzioni UNESCO per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e la promozione delle diversità culturali, adottate a Parigi, rispettivamente, il 3 novembre 2003 e il 20 ottobre 2005, sono assoggettabili alle disposizioni del presente codice qualora siano rappresentate da testimonianze materiali e sussi-

«Sotto il profilo *definitorio* si registra un'anomalia: la nozione di *patrimonio culturale*, per esempio, esplicitata nell'art. 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, se riunisce sia il concetto di bene culturale che di paesaggio, viene attentamente distinta da

---

stano i presupposti e le condizioni per l'applicabilità dell'articolo 10". Si evince, pertanto, un rinvio al patrimonio culturale immateriale ma sempre quale "rappresentazione di testimonianze materiali". «La dottrina più sensibile, partendo dalla distinzione di teoria generale tra "cosa "e "bene giuridico", ha rilevato come "la cosa di per sé non sarebbe che un'entità extra giuridica, che si qualifica giuridicamente in quanto presenta un interesse che può essere tutelato dal diritto. In altri termini, il bene giuridico tutelato dalle norme in questione può inerire a uno o più supporti materiali ma non si confonde con essi, giacché non attiene alla "patrimonialità" ma piuttosto all'utilità spirituale, che si può trarre da quel bene in quanto avente valore culturale e che ne giustifica l'assoggettamento ai conseguenti vincoli pubblicistici. In proposito, il giurista Giannini sottolineava che "il quadro del grande pittore è una cosa, che è supporto insieme di uno o più beni patrimoniali, e di un altro bene che è il bene culturale. Come bene patrimoniale, la cosa (il quadro) è oggetto di diritti di proprietà, e può esserlo di altri diritti (per es. usufrutto, pegno); come bene culturale è oggetto di situazioni soggettive attive del potere pubblico volte a salvaguardare l'effettiva, non astratta, relazione di godimento che può costituirsi tra i soggetti e la realtà esteriore. Tuttavia, rilevare l'essenza immateriale del bene culturale, non significa estendere meccanicamente l'oggetto della tutela in questione a beni privi di "materia", quali invenzioni, opere dell'ingegno, lingue e dialetti ecc. e financo ad attività culturali e di spettacolo, tutte manifestazioni rientranti nel più ampio concetto di "patrimonio culturale" ma che sono e restano giuridicamente distinte dai beni», M.A. Cabiddu, Diritto dei beni culturali e del paesaggio, in M.A. Cabiddu, N. Grasso, Diritto dei beni culturali e del paesaggio, cit., pag. 9 e ss. Si comprende bene, pertanto, che la dottrina, come anche il legislatore, abbiano percorso un cammino in cui, se da una parte è stato riconosciuto il ruolo dello Stato per una tutela del bene culturale volto a conservarlo e a garantirne la protezione, dall'altro si prevedono interventi di valorizzazione utili per "promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso", come recita lo stesso Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio. In tale prospettiva, si supera la nozione del "bene culturale" e del "bene paesaggistico" nella radicata impostazione estetizzante, volgendo lo sguardo anche ai valori che tali beni possono esprimere.

quella di *attività culturali,* disciplinate a parte in distinti e specifici provvedimenti normativi»[26].

«La nuova disciplina introdotta dal Codice dei Beni Culturali ha in parte rimescolato le carte, attingendo con un criterio un po' particolare dalle precedenti discipline dettate dalla legge del '39 e dal Codice Civile. All'art. 53, infatti, si richiama espressamente il criterio di ripartizione dei beni culturali pubblici previsto nel Codice Civile, precisando che l'inalienabilità dei beni del demanio culturale è derogabile nei soli casi previsti dallo stesso Codice dei Beni Culturali»[27],[28].

«La disciplina dell'art. 822 nel nuovo Codice – in continuità con l'ispirazione di fondo presente in quello abrogato – rappresenta l'ulteriore tassello del rafforzamento dell'idea, sorta con l'avvento dello Stato moderno e presente già nel Codice del 1865, secondo la quale l'inviolabilità di "tutte le proprietà, senza alcuna

[26] A.L. Tarasco, *La gestione del patrimonio culturale: profili giuridici, economici e contabili, in I beni pubblici: Tutela, valorizzazione e gestione*, A. Police (a cura di), Milano, Giuffrè Editore, 2008, pag. 341.

[27] M. Alterio, *Individuazione e regime giuridico dei beni culturali*, in M.A. Cabiddu, N. Grasso, "Diritto dei beni culturali e del paesaggio", cit., pag. 73.

[28] Sul tema, è interessante anche veicolare il discorso sul vincolo posto dal Codice, attraverso la verifica dell'interesse culturale sui beni, esercitato ai sensi dell'art. 12 del Codice stesso. In particolare, il TAR Liguria, Sez. I, 19 maggio 2014, n. 787, ha chiarito che: «La disposizione di cui all'art. 12 D.lgs. 42 del 2004 ha introdotto – cautelarmente – un vincolo culturale in forza di una presunzione di legge, superabile soltanto a seguito di una verifica negativa, in quanto finalizzata all'esclusione dell'interesse culturale e – conseguentemente – al definitivo esonero dall'applicazione delle disposizioni di tutela dei beni culturali (art. 12 comma 4), anche in vista di una loro eventuale sdemanializzazione (art. 12 commi 5 e 6). Diversamente, in caso di conferma dell'interesse culturale presunto, le cose di cui all'art. 10 del medesimo D.lgs. 42/2004 restano definitivamente sottoposte alle disposizioni di tutela del codice dei beni culturali (art. 12 comma 7). Dunque, fino alla verifica effettiva dell'interesse culturale, i beni di cui all'art. 10 rimangono comunque soggetti alle disposizioni di tutela.»

eccezione" (secondo l'indirizzo di cui all'art. 29 dello Statuto Albertino) rappresentava – su quelle basi giuridico-costituzionali – il superamento dell'assetto che si richiamava ad "un diritto interno di dominio (specie poi essenzialmente pubblico) dello Stato sul territorio" per mezzo del contestuale riconoscimento "in via di massima a ogni soggetto giuridico di un diritto all'utilizzazione del territorio come aspetto del diritto di libertà»[29].

In questa costruzione della "dottrina della proprietà pubblica", si inseriva la storica distinzione tra beni demaniali e patrimonio indisponibile, dove veniva attribuito grande risalto al soggetto titolare del bene stesso. Con il Codice del 1942, «il passaggio, da una impostazione esclusivamente "soggettiva" della materia a una concezione per la quale il bene, positivamente individuato, diventa il baricentro della disciplina giuridica che lo riguarda direttamente (e non solo in quanto oggetto di titolarità pubblica), segna il crinale su cui il vigente Codice ha sancito i tratti peculiari della proprietà pubblica. A quest'ultima è congeniale la predisposizione di un differente regime di tutela rispetto al modello proprietario generale (artt. 823 ss. cc.), tanto che una parte della dottrina conclude, anche alla luce dell'esperienza più recente, nel senso che proprietà privata e proprietà pubblica sono istituti giuridici fondamentalmente diversi (la prima esplicantesi in varie forme, ma pur sempre attraverso l'esercizio di un diritto; la seconda, invece, espressione comunque di un dovere e la sua gestione l'esercizio di una funzione) piuttosto che "versanti" di un fenomeno unitario. (...) I commentatori più autorevoli sostennero che la disciplina dedicata ai beni pubblici (e demaniali, in particolare) avesse la propria ragion d'essere "nella diversa funzione che di regola è propria di tali beni in confronto di quella dei beni appartenenti ai privati", adibiti, per lo più, alla produzione di altri beni e comun-

[29] E. Castorina, G. Chiara, *Il Codice Civile. Commentario. Beni pubblici Artt. 822-830*, Milano, Giuffrè Editore, 2008, pag. 8.

que espressione di un vero e proprio diritto soggettivo: di contro, "i beni degli enti pubblici, salvo limitate eccezioni, sono applicati in modo immediato alla soddisfazione dei bisogni generali[30].» In particolare, il baricentro si sposta sulla tutela dell'interesse cui è ricondotto il relativo bene: «la trasposizione, per così dire, dell'interesse pubblico all'interno della struttura del diritto soggettivo (esercitato sul bene) segna la peculiarità del proposito, che largo successo ha avuto nella sistematica della materia, di pervenire alla definizione della categoria dei beni pubblici in senso stretto coniugando il criterio soggettivo (appartenenza-proprietà del bene a un ente pubblico: art. 1 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, che, nel dettare disposizioni in materia di amministrazione del patrimonio e contabilità generale dello Stato, distingueva, per altro, tra proprietà pubblica e beni posseduti a titolo di proprietà privata) con quello oggettivo, attinente alla natura del bene e, quindi, alla sua destinazione verso la soddisfazione diretta di interessi della collettività»[31].

Tale precisazione è importante per chiarire come l'angolo di visuale proposto dalla succitata "teoria dell'interesse" esalta la crisi dell'"interesse generale", fondato, quest'ultimo, sul principio secondo il quale il bene deve necessariamente appartenere a un ente pubblico. In teoria, anche un bene appartenente a un soggetto pri-

[30] *Ivi*, pag. 11. Tra l'altro, secondo Nigro, *Trasferimento di beni pubblici e successione nella funzione,* in Giur. Cost., 1977, I, pag. 300 e ss., vi è una definizione della c.d. proprietà demaniale: «è una espressione abbreviata per indicare un complesso regime, in cui entra sì il nesso di "appropriazione" della cosa da parte dell'ente pubblico, ma entrano, anche e soprattutto, la particolare destinazione della cosa alla soddisfazione di certi interessi pubblici e tutti i poteri, diritti e facoltà che l'ordinamento appresta in funzione della destinazione stessa.» Interessante è anche la ricostruzione proposta da Zanobini, in Zanobini, *Dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in "Commentario del Codice Civile. Libro della Proprietà", diretto da M. D'Amelio, Firenze, 1942, pag. 82.

[31] *Ivi*, pag. 20.