

Lesione del possesso e forme di tutela nei rapporti tra concessionari di aree demaniali

Autore:

In: Diritto civile e commerciale

Con una recente ordinanza pubblicata in data 19 luglio 2010, la seconda sezione del Tribunale civile di Siracusa ha diffusamente affrontato la questione processuale concernente l'ammissibilità o meno, davanti al giudice ordinario, di una tutela possessoria nelle controversie tra concessionari di aree demaniali¹.

L'articolata pronunzia offre l'occasione per lo svolgimento di alcune rapide considerazioni dirette esclusivamente: 1) ad enucleare il criterio di riparto di giurisdizione che permette l'individuazione del giudice munito di potestas iudicandi con riferimento a quelle fattispecie in cui un concessionario (che, per facilitare il discorso, sarà chiamato "primo concessionario") di un'area appartenente al demanio lamenti la lesione, ad opera di altro concessionario ("secondo concessionario"), del proprio possesso su tale bene; 2) ad individuare il tipo di azione esperibile in tali ipotesi.

In piena sintonia con quanto evidenziato dal Tribunale di Siracusa (secondo cui: «il soggetto privato può adire il G.O. al fine di invocare la tutela, nei confronti di altro soggetto privato, di una propria situazione possessoria avente ad oggetto un bene demaniale o assimilato»), va immediatamente ricordato che, ai sensi dell'art. 1145 c.c., "nei rapporti tra privati è concessa l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico" (comma 2), e che, "se trattasi di esercizio di facoltà, le quali possono formare oggetto di concessione da parte della pubblica amministrazione, è data altresì l'azione di manutenzione" (comma 3). Il che significa che, dinanzi al giudice civile, un soggetto concessionario di un bene demaniale può certamente agire nei confronti di un privato invocando l'utilizzo degli strumenti propri della tutela possessoria ex artt. 1168 c.c. (azione di reintegrazione) e 1170 c.c. (azione di manutenzione).

In caso di attività lesiva del possesso svolta da un privato, il concessionario, che subisce lo spoglio o la molestia, può, dunque, accedere alle ordinarie forme di tutela possessoria.

Quale percorso deve, invece, intraprendere tale concessionario qualora l'attività lesiva del possesso provenga da altro soggetto privato titolare di una diversa concessione amministrativa sul medesimo³ o su altro bene demaniale limitrofo? Quale giudice adire, cioè, e quale tipo di tutela richiedere nel caso in cui lo spoglio o la molestia derivino dall'attività svolta da un secondo concessionario?

Per rispondere a tali interrogativi, occorre verificare se l'attività lesiva del possesso compiuta dal secondo concessionario risulti o meno giustificata alla luce del contenuto del secondo provvedimento concessorio.

A) La prima ipotesi da prendere in esame è quella in cui l'attività lesiva del possesso posta in essere dal secondo concessionario tenda all'attuazione di tale ultimo provvedimento concessorio.

Ebbene, a me pare che in questo caso l'unica strada percorribile dal primo concessionario sia quella che conduce dinanzi al giudice amministrativo.

Se la predetta attività lesiva del possesso è finalizzata alla realizzazione concreta del contenuto della seconda concessione, la reazione del primo concessionario deve necessariamente investire, in via principale e diretta, tale secondo provvedimento concessorio, che rappresenta la fonte dell'asserito pregiudizio nella misura in cui costituisce una modifica sostitutiva in senso sfavorevole della prima concessione.

In questa ipotesi, invero, lo spoglio o la molestia sono direttamente riconducibili al (e conseguenza del) potere esercitato dall'amministrazione concedente; potere che resta sempre sulla scena della vicenda, permeando di sé il comportamento tenuto dal secondo concessionario.

Ed allora, la richiesta di tutela da parte del primo concessionario non può che assumere le forme di un ricorso al giudice amministrativo con cui far valere i vizi (di nullità³ o di illegittimità-annullabilità) di tale seconda concessione⁴; e ciò, in ossequio a quanto disposto dall'art. 133, comma 1, lettera b), D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (codice del processo amministrativo), secondo cui "sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo...le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche" (norma che, sostanzialmente, ricalca il contenuto del vecchio art. 5 L. 6 dicembre 1971, n. 1034, abrogato con l'entrata in vigore del predetto D.lgs. n. 104/2010).

Opinare diversamente, ammettendo, in tale fattispecie, l'intervento, sotto le forme della tutela possessoria, del giudice ordinario, significherebbe non solo trascurare il predetto art. 133, comma 1, lettera b), D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (che prevede espressamente una ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), ma anche, qualora la seconda concessione non fosse radicalmente nulla ma "soltanto" annullabile, concedere a tale giudice ordinario il potere di incidere, in violazione dell'art. 4 L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, sugli effetti giuridici scaturenti dal provvedimento amministrativo.

Tale intervento del giudice civile, ripristinando la situazione modificata o turbata dall'attività denunciata, eliderebbe, invero, gli effetti dell'azione amministrativa⁵; il che sarebbe in contrasto con il divieto sancito, per il giudice ordinario, dal suddetto art. 4 L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E^{6 7}, come esattamente sottolineato, in punto di diritto, anche dal Tribunale di Siracusa («il principio di tutelabilità interprivatistica del possesso su beni del demanio trova, effettivamente, un limite intrinseco nel divieto, per il G.O., sancito dall'art. 4 della L. 20.3.1865 n. 2248 All. E, di "interferire" sull'atto amministrativo. Il che, tuttavia, può verificarsi unicamente allorché l'autore del lamentato attentato al possesso abbia agito in forza di poteri autoritativi delegatigli espressamente dalla P.A. e nella fedele esecuzione di disposizioni imperative da questa adottate. Solo in questo caso, infatti, egli deve obiettivamente considerarsi alla stregua di mera longa manus della P.A., alla quale rimangono riferibili le sue azioni, talché l'inibitoria del giudice finirebbe col porre nel nulla provvedimenti dell'autorità amministrativa»).

Nel caso, dunque, di attività lesiva del possesso posta in essere sulla base del contenuto del secondo provvedimento concessorio (nel caso, cioè, di un comportamento tendente alla realizzazione concreta della seconda concessione), il privato (primo concessionario) può, a tutela della propria sfera giuridica, contestare davanti al giudice amministrativo l'invalidità di tale provvedimento che fonda il comportamento, sfociato nello spoglio o nella molestia, del secondo concessionario; secondo concessionario che, nel relativo giudizio in cui è parte resistente l'ente concedente, assume, ovviamente, la qualità processuale di controinteressato.

Ovviamente, qualora il giudice amministrativo accogliesse il ricorso, la sua pronuncia (sia cautelare che di merito) dispiegherebbe (indirettamente) i propri effetti anche nei confronti dell'attività, lesiva del possesso, posta in essere sulla base del provvedimento concessorio impugnato. E ciò, considerato che, una volta che sia stata sospesa l'efficacia di tale provvedimento o che lo stesso sia stato annullato o dichiarato nullo, il comportamento sfociato nello spoglio o nella molestia dovrà necessariamente arrestarsi.

B) E se, successivamente a tale dictum del giudice amministrativo, il predetto comportamento lesivo venisse reiterato? Quale giudice potrebbe vagliare questa ulteriore vicenda? E quale categoria di azione andrebbe esperita?

Per poter rispondere a tali interrogativi, occorre indagare sul titolo su cui si fonda la successiva attività lesiva del possesso.

Mi spiego: se tale attività lesiva viene ricondotta da colui che la compie al provvedimento concessorio già oggetto della pronuncia cautelare o di merito del giudice amministrativo, appare chiaro che ci si trova dinanzi ad un caso di violazione o elusione di tale pronuncia; violazione o elusione sindacabili dallo stesso giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza (e, dunque, in sede di esecuzione della predetta pronuncia)⁸.

Se invece lo spoglio o la molestia non vengono ricollegati alla seconda concessione già oggetto di giudizio, ma attengono ad una nuova e diversa vicenda di stampo privatistico del tutto sganciata da tale secondo provvedimento concessorio e, dunque, dal giudizio (pendente o già sfociato in un giudicato), deve, a mio avviso, adottarsi una differente soluzione.

In questa ipotesi, invero, tenuto conto che non viene in rilievo alcuna forma di esercizio di potere amministrativo, l'attività lesiva del possesso svolta dal secondo concessionario può essere sindacata dal giudice civile in sede di procedimento possessorio.

C) L'ipotesi è, peraltro, analoga al caso, che mi accingo ora ad esaminare brevemente, che si concretizza allorché l'attività lesiva del possesso posta in essere dal secondo concessionario non trovi, già dal principio, fondamento nel provvedimento concessorio; non costituisca, cioè, attuazione del contenuto dello stesso.

Ebbene, anche in quest'ultimo caso, posto che il potere amministrativo esercitato con il rilascio della seconda concessione risulta estraneo alla vicenda, e che, di conseguenza, il comportamento del secondo concessionario non riflette coloriture pubblicistiche, e che, infine, la fonte della lesione del possesso non discende dalla seconda concessione (la quale non incide sulla sfera giuridica del primo concessionario), a me pare che una eventuale controversia tra i due concessionari, presentando caratteri meramente privatistici, non possa che essere sottoposta alla cognizione del giudice ordinario, nulla ostando alla richiesta, da parte del primo concessionario, ed alla emanazione, da parte di tale giudice, di veri e propri provvedimenti a tutela del possesso governati dal regime previsto nel codice civile e nel codice di procedura civile.

Queste, dunque, in rapida sintesi, le soluzioni a mio avviso adottabili nella materia de qua. Soluzioni che, sostanzialmente, si inseriscono nel solco già tracciato dalla tradizionale e prevalente giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale, nel corso degli anni, ha negato l'esperibilità delle azioni possessorie nei confronti del privato che agisca quale *longa manus* dell'autorità amministrativa (in quanto, ad esempio, concessionario, appaltatore, etc.), purché tale soggetto non esorbitsi dai limiti dei poteri conferitigli con

apposito provvedimento⁹; e ciò, tenuto conto che, se il suddetto privato si discosta da tali limiti, l'attività svolta non può, in alcun modo, essere riferita all'autorità amministrativa ed è, dunque, ammissibile ogni forma di tutela possessoria¹⁰.

Zingales Ignazio

IL TRIBUNALE di SIRACUSA

- SEZIONE SECONDA CIVILE -

composto dai magistrati:

dott. **Filippo PENNISI** - Presidente;

dott. **Giuseppe ARTINO** - Giudice;

dott. **Salvatore LEUZZI** - Giudice rel./est;

esaminati gli atti del **proc. di reclamo n. 4249/2009 R.G.**;

sciogliendo la riserva formulata in esito all'udienza del 28.5.2010,

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA.

Con l'originario ricorso ENI s.p.a. asseriva di essere titolare di due distinte concessioni in area demaniale marittima (n. 73 e n. 74/2003), rilasciate allo scopo di mantenervi altrettanti impianti di rifornimento di carburante ai natanti; soggiungeva che Marina di Archimede s.p.a. aveva successivamente ottenuto, in data 19.10.2007, una concessione ulteriore, sostanzialmente comprensiva dell'intera area demaniale del c.d. porto "grande" di Siracusa, inclusiva, tra l'altro, delle aree nelle quali risultavano già dislocati gli impianti di cui sopra, funzionale alla realizzazione di un approdo turistico e di strutture ricettive connesse; deduceva che la menzionata resistente aveva intrapreso i lavori su compendati, provvedendo alla chiusura dell'intera area del demanio marittimo portuale, occupando interamente gli specchi acquei antistanti alle banchine, di fatto impedendo l'esercizio dell'attività di distribuzione di carburante da parte di ENI s.p.a. per il tramite degli impianti anzidetti.

ENI s.p.a. chiedeva, pertanto, di essere reintegrata nel possesso dei propri impianti nonché degli spazi acquei antistanti alle aree di pertinenza dei medesimi e strettamente funzionali all'esercizio dell'attività di rifornimento delle imbarcazioni.

Costituitasi in giudizio, Marina Archimede s.p.a. eccepiva il difetto di giurisdizione del G.O. nonché la carenza di legittimazione attiva della ricorrente; asseriva l'avvenuta revoca delle concessioni in favore dell'ENI s.p.a. ed insisteva nell'inammissibilità del ricorso e, comunque, nel suo rigetto.

Il giudice di prime cure, con ordinanza depositata il 14.8.2009, denegava i provvedimenti interinali

richiesti.

ENI s.p.a. proponeva reclamo ribadendo l'ammissibilità e la fondatezza delle proprie domande. Marina di Archimede s.p.a. reiterava anche nella nuova fase le posizioni difensive già espresse dinanzi al giudice monocratico.

Tanto premesso in fatto, il collegio osserva.

Il reclamo è fondato nei limiti di cui si dirà e l'azione di reintegrazione avanzata da ENI s.p.a. deve accogliersi nei termini che seguono.

Preliminarmente, va affermata la giurisdizione di questo Tribunale sulle istanze possessorie avanzate da ENI s.p.a., dovendo andare disattesa l'eccezione sollevata sul punto dalla reclamata.

È pacifico che, in forza dei titoli concessori sopra menzionati e a decorrere dall'ottenimento degli stessi, ENI s.p.a. ha esercitato, sulle banchine ricadenti nel demanio marittimo e sugli specchi acquei immediatamente antistanti alle medesime, l'attività di distribuzione di carburante per imbarcazioni.

È, altresì, evidente, per quanto verrà approfondito oltre, che Marina di Archimede s.p.a., nell'intraprendere i lavori di realizzazione del porto turistico, ha di fatto interdetto l'utilizzo degli impianti da parte della reclamante odierna.

Ora, osserva il collegio che, se in generale, a norma dell'art. 1145, comma 1, c.c., il possesso delle cose di cui non si può acquistare la proprietà è senza effetto, con la conseguenza che il privato non può opporre alla P.A. il possesso di beni demaniali ed agire nei suoi confronti per la relativa tutela di cui all'art. 1168,

comma 1, c.c.; tuttavia, l'art. 1145, comma 2, c.c., riconosce espressamente, nei rapporti tra privati, l'esperibilità dell'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico.

Va, peraltro, evidenziato che, per giurisprudenza di legittimità risalente quanto consolidata, nei rapporti tra privati l'azione di reintegrazione é ammissibile alla sola condizione che il possesso inerisca all'esercizio di facoltà suscettibili di formare oggetto di concessione amministrativa, non occorrendo che le facoltà abbiano già formato oggetto di concessione (cfr. Cass. Civ., 2.7.1957, n. 2541; Cass. Civ. sez un., 28.10.1974, n. 3200).

Se ne ricava che, in linea di principio, il soggetto privato può adire il G.O. al fine di invocare la tutela, nei confronti di altro soggetto privato, di una propria situazione possessoria avente ad oggetto un bene demaniale o assimilato (cfr. Cass. Civ., sez. un., 28 maggio 1998, n. 5294).

Nelle controversie possessorie tra privati, in tal senso, la demanialità del bene rimane attributo, oltre che questione, sostanzialmente irrilevante.

Nel caso in esame va osservato come il ricorso possessorio de quo non sia stato svolto avverso ordini amministrativi di rilascio adottati in forza di norma attributiva del relativo potere, né consta che, nel caso di specie, la reclamata abbia fatto uso del potere di autotutela spettante alla pubblica amministrazione e disciplinato dall'art. 823 c.c., esercitatile solo con riguardo ai beni demaniali ed a quelli facenti parte del patrimonio indisponibile dell'ente, in quanto non suscettibili di essere sottratti alla loro destinazione (in giuris. amministrativa, Consiglio Stato, sez. IV, 25 novembre 1991, n. 969; da ultimo, T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 05 gennaio 2007, n. 67; Tar Valle d'Aosta, 17 marzo 2005, n. 34; in giuris. ordinaria Cassazione civile, sez. un., 05 luglio 2006, n. 15290; cfr. Cass. Civ. 6/5/2003 n. 6852; Cass. Civ. 18/10/1986 n. 6129; Cass. Civ. 23/11/1985 n. 5808).

Ora, mette conto rilevare che il principio di tutelabilità interprivatistica del possesso su beni del demanio, trova, effettivamente, un limite intrinseco nel divieto, per il G.O., sancito dall'art. 4 della L. 20.3.1865 n. 2248 All. E, di "interferire" sull'atto amministrativo. Il che, tuttavia, può verificarsi unicamente allorquando l'autore del lamentato attentato al possesso abbia agito in forza di poteri autoritativi delegatigli espressamente dalla P.A. e nella fedele esecuzione di disposizioni imperative da questa adottate. Solo in questo caso, infatti, egli deve obiettivamente considerarsi alla stregua di mera longa manus della P.A., alla quale rimangono riferibili le sue azioni, talché l'inibitoria del giudice finirebbe col porre nel nulla provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Nulla di tutto ciò è riscontrabile, ad avviso del collegio, nella concreta fattispecie.

Emerge, infatti, che la reclamante odierna è, in effetti, a tutt'oggi destinataria di due distinte concessioni: la concessione n. 73/2003, che legittima l'attuale reclamante (ex AGIPFUEL s.p.a.) ad occupare mq 80 di suolo demaniale marittimo situato nel porto c.d. "grande" di Siracusa e, specificamente, presso la "banchina dei pescherecci", allo scopo di mantenere un deposito interrato di gasolio - denominato "impianto 9906" - della capacità di mc. 40, servito da un distributore automatico e da un chiosco adibito a protezione dell'impianto oltre che a magazzini di oli lubrificanti in fusti; la concessione n. 74/2003, che legittima la reclamante medesima a disporre di mq 67 di suolo demaniale marittimo presso la banchina sopra menzionata, al fine di mantenervi un serbatoio interrato - denominato "impianto 19911" - della capacità di mc 20 finalizzato al rifornimento dei natanti, nonché un chiosco prefabbricato per il deposito di lubrificanti.

I menzionati titoli concessori, obiettivamente strumentali all'esercizio dell'attività di distribuzione di carburante ai natanti, non sono ancora venuti a scadenza: gli stessi risultano, anzi, rinnovati, senza variazioni, con coeve note del 22.6.2007 (cfr. prot. 44775 e prot. 44756). Le concessioni de quibus appaiono, dunque, alla stregua del compendio documentale versato in atti dalle parti, pienamente efficaci. Nella specie, se con riferimento alla concessione n. 73/2003 non sussiste, almeno allo stato, alcun provvedimento finale di revoca, constando il mero avvio del procedimento funzionale a tale epilogo; con riguardo alla concessione n. 74/2003 il decreto di revoca del 25.9.2008, n. 952, emesso dal dirigente dell'Assessorato Territorio e Ambiente, risulta essere stato sospeso in forza di ordinanza emessa dal T.A.R.

Catania, in data 22.12.2008.

In definitiva, ENI s.p.a. si mostra a tutt'oggi titolare, anche nei confronti dei privati, di un diritto di godimento di suolo demaniale marittimo, finalizzato all'installazione e allo sfruttamento di impianti petroliferi in area portuale, venendo, altresì, a trovarsi in una speculare situazione di detenzione qualificata di beni demaniali, che le consente di negare ad ogni altro soggetto privato la possibilità di compiere su quei medesimi beni attività confliggenti con quella ad essa riservata (giustappunto la gestione degli impianti di distribuzione di carburante).

Né può dirsi, ove si ponga mente all'attualità persistente dell'efficacia delle originarie concessioni n. 73 e 74 del 2003, che ENI s.p.a. vanti una semplice situazione di interesse legittimo, da far valere davanti al G.A., dovendosi ribadire che le concessioni originarie sono ancora in vigore, l'una perché non ancora revocata, l'altra perché interessata dalla sospensiva del T.A.R. Catania, con riferimento proprio al decreto di revoca.

In definitiva, nel caso di specie, non è dato, allo stato, ravvisare l'adozione, nei confronti di ENI s.p.a., di un provvedimento amministrativo idoneo a spiegare effetto di degradazione sul diritto di godimento del concessionario originario. Solo in ipotesi in cui la posizione soggettiva dell'odierno reclamante fosse stata incisa da un atto suscettibile di segnare l'attuale degradazione da diritto soggettivo, scaturente dalla concessione e tutelabile per sua natura innanzi all'A.G.O., ad interesse legittimo, si sarebbe al cospetto di situazione soggettiva tutelabile innanzi all'A.G.A.

Ora, nella situazione consolidata rappresentata dall'esercizio, da parte della reclamante, dell'attività di rifornimento petrolifero ai natanti, è venuto ad incidere il comportamento della Marina di Archimede s.p.a., la quale, previa concessione rilasciata dal medesimo Comune di Siracusa, ha intrapreso, a ridosso di zone portuali già nella disponibilità qualificata di ENI s.p.a. e in parte all'interno di aree demaniali occupate dagli impianti di quest'ultima, opere cantieristiche volte alla realizzazione del nuovo porto turistico.

L'esistenza di una siffatta concessione successiva - poco importa, ai fini della questione che qui interessa, se rilasciata o meno legittimamente e sulla base di validi presupposti - non valeva certamente ad escludere il carattere privato della società odierna reclamata e dell'attività materiale da questa posta in essere, ossia non giovava certo a trasformare la Marina di Archimede s.p.a. in una longa manus dell'ente territoriale, portatrice di poteri autoritativi propri della P.A.

L'attività posta in essere dalla reclamata susseguentemente all'ottenimento della concessione consisteva pur sempre in un'attività di natura privata, da esplicarsi nel rispetto dei diritti soggettivi dei terzi. In particolare, se in forza dell'art. 1 della concessione n. 1645 del 19.10.2007, Marina di Archimede s.p.a. otteneva "l'uso di un'area demaniale marittima di mq. 148.674,00... all'interno del Porto Grande, di cui mq 98.880,00 (...) di specchio acqueo e mq. 49.794,00 (...) di suolo demaniale marittimo ... allo scopo di costruire e mantenere ... un porto turistico e relative strutture annesse destinate ad uso esclusivo della relativa struttura portuale, nella zona del demanio marittimo"; non è dato evincere, in base al contenuto della concessione, che in forza della stessa, la reclamata rimanesse attributaria di poteri autoritativi esercitabili nei confronti dei terzi ai fini del rilascio delle ampie aree oggetto del titolo e dell'ottenimento della disponibilità dei beni demaniali.

Ora, il delineato limite dell'"interferenza" di cui all'art. 4 L.A.C. su richiamato non può ontologicamente sussistere quando il soggetto privato, pur essendo - come Marina di Archimede nel caso che occupa - concessionario di bene demaniale, non è però delegato dalla P.A. all'esercizio di alcun potere discrezionale, anche soltanto ai fini attuativi del provvedimento di concessione.

Il divieto di "non interferenza" sopra delineato sarebbe venuto in risalto esclusivamente ove Marina di Archimede avesse agito nella fedele e puntuale esecuzione di precise disposizioni "imperative" emanate dalla P.A., pure ai fini dell'attuazione del titolo concessorio.

È del resto assodato in dottrina come in giurisprudenza che, in virtù di un atto concessorio il soggetto privato non mutua dalla P.A. una posizione "pubblicistica" che lo legittima all'esercizio di potestà, limitandosi piuttosto ad acquisire, in esito ad una valutazione discrezionale della P.A., il diritto al

godimento del bene (cfr. Cass. Civ., sez. un. 28.05.1998 n. 5294, Cass.civ. sez.un. 12.08.2002 n.12181).

Il concessionario, del resto, non esplica alcuna attività che possa dirsi oggettivamente e funzionalmente riconducibile all'attività amministrativa della P.A., di guisa da rendere non invocabile il divieto di cui all'art. 4 l. n. 20 marzo 1865, n. 2248. La sua è un'attività pur sempre privata, volta alla realizzazione di un interesse di marca individualistica, rispetto alla quale non rileva la compresenza, su altro livello, dell'interesse pubblico.

Proprio per tale ultima ragione, l'attività di godimento del bene e quella atta a conseguirlo non sono, come ovvio, riconducibili in alcun modo all'esercizio di pubbliche funzioni amministrative, sfuggendo all'alveo di riferimento del divieto di cui all'art. 4 su richiamato.

Va soggiunto che nel caso specifico, non si riscontra una P.A. che agisce per riottenere la disponibilità del bene demaniale adottando atti di natura provvedimentoale, rilevandosi, piuttosto, la presenza di un concessionario successivo che pone in essere un comportamento materiale che mira ad acquisire quella stessa disponibilità per le vie di fatto.

L'iniziativa della reclamante si concreta e si risolve rispetto ai terzi privati titolari di diritti soggettivi o di situazioni lato sensu possessorie (rectius di detenzione qualificata) in una mera attività concreta, disancorata e non sorretta dall'esercizio del potere pubblicistico.

Né a giustificare l'iniziativa di Marina di Archimede s.p.a. vale formalmente la concessione rep. n. 1645, che rileva, almeno nei rapporti tra privati alla stregua di circostanza di per sé stessa inidonea, per un verso, come detto sopra, a "delegittimare" il privato titolare delle concessioni anteriori rispetto all'esercizio della detenzione qualificata sui beni demaniali; per altro verso a rendere la concessionaria successiva destinataria di poteri autoritativi-discrezionali, spendibili nella fase di attuazione del titolo concessorio in atti.

In definitiva, va escluso che la reclamata potesse dirsi titolare, nel caso di specie, di poteri propri dell'ente territoriale, svolgendo, essa, pur sempre un'attività di natura privata da esplicarsi nel rispetto dei diritti dei terzi. In tal senso, il denunciato spoglio non può farsi derivare dall'esercizio di poteri pubblicistici in quanto supportato e "veicolato" da atti amministrativi. Rispetto alla posizione dell'odierna reclamante, l'attività della reclamata si è risolta in una mera attività materiale, non sorretta dallo svolgimento di una pubblica funzione.

Del resto, osserva il Collegio, deve escludersi che la genesi di un diritto di detenzione qualificata di beni demaniali in capo ad un soggetto - a prescindere dai profili di legittimità o meno del provvedimento concessorio - oltre a legittimare all'esercizio del diritto stesso, abiliti alla violazione di un già radicato possesso in capo ad altro privato.

In tal caso - evidenzia il Tribunale - resta inconfigurabile, anche solo in linea puramente astratta, un'ipotesi di giurisdizione riservata al G.A., ove si consideri che la controversia insorge e si circoscrive tra soggetti comunque privati, senza coinvolgere, neppure di riflesso la P.A.

Il caso che occupa non si iscrive, in tal senso, neanche nell'alveo applicativo di cui all'art. 5 della L. 20.3.1865 n. 2248 All. E, che evoca la disapplicazione incidentale di un atto amministrativo che non è oggetto del giudizio, pur costituendo antecedente logico della decisione. Nel caso di specie, non v'è necessità di operare d'ufficio alcuna disapplicazione con riferimento alla concessione in favore di Marina Archimede s.r.l., anche ai soli fini del decum. Quel che rileva, con riferimento alla controversia possessoria, non è infatti, neppure mediamente, la legittimità o meno dell'atto amministrativo, ma un comportamento fattuale della reclamata che non appare formalmente pedissequo alle modalità di attuazione prefissate dalla P.A. con l'atto medesimo, bensì attuativo, per le vie brevi, del contenuto complessivo di quest'ultimo, quindi sganciato da specifiche prescrizioni dell'ente territoriale in ordine all'ottenimento della disponibilità delle aree ed all'eventuale rilascio forzoso delle stesse. Del resto, dal tenore letterale del verbale di consegna in favore di Marina di Archimede s.p.a. delle aree demaniali datele in concessione si evince come dalla consegna rimanessero escluse proprio le aree e gli specchi d'acqua detenuti da terzi a vario titolo, individuati all'uopo quali "oggetto di resistenze giuridiche". Inoltre, dal punto 5 del titolo concessorio in favore di Marina di Archimede s.p.a. è dato ricavare come

quest'ultima venisse impegnata dall'ente territoriale concedente ad adoperare ogni accorgimento tecnico necessario per evitare che dalle opere potesse derivare pregiudizio al normale uso dell'antistante specchio acqueo o delle concessioni limitrofe e delle restanti opere ed aree portuali. Il successivo punto 6 del titolo concessorio impegnava Marina di Archimede a concordare l'individuazione delle aree e degli specchi acquei, esterni a quelli dati in concessione che, di volta in volta, fossero interessati da interventi per la realizzazione delle opere in progetto, al fine di garantire la persistente "operatività" del porto grande di Siracusa.

Nel caso di specie, i presupposti per l'accoglimento della tutela possessoria invocata, ricorrono all'evidenza.

Va, in primis, osservata la sussistenza del presupposto cronologico di cui al primo comma dell'art. 1168 c.c.: invero, tra la messa in opera del cantiere da parte della reclamata e l'esercizio dell'azione di manutenzione è intercorso meno di un anno.

Sussiste, in secundis l'elemento coesistente dello spoglio. Ed invero, la reclamata, nell'avviare i lavori di realizzazione del porto turistico, ha intenzionalmente privato ENI s.p.a., nei termini che seguono, della detenzione delle aree demaniali oggetto delle preesistenti concessioni ovvero occupate proprio in funzione della gestione anche commerciale degli impianti di distribuzione ubicate sul demanio marittimo.

Mette punto osservare che lo spoglio può consistere nella privazione, sia totale che parziale, del godimento della cosa posseduta. Orbene, dall'esame del compendio documentale, fotografico e planimetrico, versato in atti può, infatti, evincersi quanto segue.

Innanzitutto che, a seguito della realizzazione di apposita recinzione funzionale alla delimitazione del cantiere, l'impianto n. 19911 facente capo alla reclamante odierna è stato interamente intercluso nella zona recintata che delinea il cantiere, tanto da divenire oggettivamente inaccessibile e inservibile.

In secondo luogo che l'impianto n. 9906 è stato reso parimenti ingestibile. Ed infatti, sebbene il fabbricato e i serbatoi che lo compongono non risultino acclusi entro la zona da ultimo recintata, appare unilateralmente occupato da Marina di Archimede s.p.a., sempre in funzione della realizzazione del cantiere, lo specchio d'acqua antistante all'impianto, con il conseguente impedimento sia dell'attracco di imbarcazioni che dell'erogazione alle stesse di carburante.

Nel caso di specie il possesso degli impianti non è stato semplicemente reso più difficoltoso, ma sostanzialmente interdetto dalla posa in opera della recinzione funzionale delimitante l'area del cantiere del porto turistico e dall'arbitraria totale occupazione dello specchio acqueo antistante gli impianti medesimi, con l'esclusione di qualsivoglia opportunità di accesso da parte delle imbarcazioni. In definitiva, ENI s.p.a. è stata privata dalla reclamata del potere di fatto sui beni demaniali detenuti, o in quanto oggetto immediato delle concessioni sopra menzionate (le aree situate all'interno delle "banchine") ovvero in quanto imprescindibilmente funzionali all'esercizio dell'attività correlata alla concessione (gli specchi acquee immediatamente antistanti agli impianti di distribuzione). Dai registri di carico e scarico si evince il sostanziale blocco dell'attività di erogazione del carburante.

Il tenore articolato delle questioni investite dal giudizio, anche con riferimento alla complessità dell'accertamento in fatto, integra il presupposto dei giusti motivi ai fini dell'integrale compensazione delle spese della presente fase di reclamo.

P.T.M.

revoca l'ordinanza emessa dal giudice cautelare in data 13-14.8.2009;

ritiene la propria giurisdizione;

dispone la reintegrazione di ENI s.p.a., da parte della reclamata Marina di Archimede s.p.a., nella detenzione qualificata dell'impianto di distribuzione n. 1991 e dell'impianto n. 9906 nonché delle superfici demaniali marittime su cui i medesimi risultano dislocati;

ordina che la reintegrazione nella detenzione qualificata avvenga, ad opera della reclamata, secondo le seguenti prescrizioni:

1.

mediante la rimozione della recinzione messa in opera dalla reclamata all'interno del porto "grande" di Siracusa nella parte in cui interclude gli impianti anzidetti ovvero impedisce od ostacola l'accesso anche carrabile ai medesimi, sia dalle aree interne che dalle zone esterne al demanio marittimo, escludendo la piena fruizione degli impianti e delle relative superfici di pertinenza;

2.

mediante la rimozione, dagli specchi acquei immediatamente antistanti le banchine di pertinenza degli impianti suddetti, di attrezzature, oggetti, strumenti, imbarcazioni, cose in genere che, appartenendosi alla reclamata, impediscano l'accesso e l'attracco da parte dei natanti alle banchine medesime e l'esercizio dell'attività di distribuzione e di rifornimento di carburante;

compensa interamente le spese della presente fase di reclamo.

Siracusa, 15.7.2010

Il Presidente Il Giudice est./rel.

Numero di ruolo: 4249/2009 R.G. Data di deposito: 19.7.2010 Numero "cronologico": 15679/2009 Registro cronologico

1 Sull'ambito della tutela possessoria in caso di attività lesiva compiuta da concessionari di beni, cfr., in dottrina, LEVONI A. - CONSOLO C., Possesso. III) Azioni a tutela del possesso: in generale - Dir. proc. civ., in Enc. giur. Treccani, Roma, XXIII, 1998, 14; FERRARI G., Possesso. IV) Azioni a tutela del possesso nei confronti della pubblica amministrazione, in Enc. giur. Treccani, Roma, XXIII, 3-4; PICARDI N. (a cura di), sub art. 703 c.p.c., in Codice di procedura civile, Milano, 2008, 3272; BEGHINI R., Le azioni a difesa del possesso, Padova, 2002, 285 ss..

2 Il caso (patologico) è quello in cui un medesimo bene demaniale (o parte di esso) risulti, in un dato momento, attribuito in concessione a due o più soggetti sulla base di diversi provvedimenti concessori.

3 Sul tema relativo alla tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti amministrativi nulli, mi permetto di rinviare a ZINGALES I., Note in tema di tutela giurisdizionale dichiarativa nei confronti dei provvedimenti amministrativi nulli, in www.judicium.it ed in Annali del Seminario Giuridico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Catania, vol. IX (2007-2008), Milano, 2009, 521 ss.; Id., Processo civile ed accertamento (in via principale) delle nullità provvedimentoali tra azione e

disapplicazione, in *Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica*, pubblicata su Internet all'indirizzo <https://www.diritto.it>.

4 Sia pur con riferimento a controversie non tra concessionari, ma tra un privato (non titolare di concessione) ed un concessionario, diversa, se non mi inganno, appare la ricostruzione offerta da Corte cass., sez. un., 12 agosto 2002, n. 12181, in *Giust. civ.*, 2002, I, 3070 (secondo cui: "Il privato, convenuto in giudizio con azione possessoria, se si difende sostenendo di avere ricevuto il bene in concessione dalla pubblica amministrazione e di avere agito nei limiti della concessione ricevuta, non prospetta un fatto idoneo, per la sua natura giuridica, a modificare la configurazione della situazione possessoria dell'attore e non fa venire meno la giurisdizione del giudice ordinario. Invero, la concessione ha per sè l'effetto di costituire in capo al privato il diritto di godere del bene per i fini in essa previsti, ed in questi limiti fa derivare dal potere di gestione del bene demaniale un diritto del privato a goderne, per i fini consentiti, ma nell'interesse proprio e quindi in modo diverso da quello in cui lo potrebbe essere altrimenti dalla generalità dei consociati. Dal provvedimento di concessione sorge per il concessionario, ma verso l'amministrazione concedente, anche il diritto d'essere immesso nella materiale disponibilità del bene. Allora, se il bene è posseduto da altri, spetta alla stessa amministrazione riprenderne il possesso e per questo può bensì avvalersi dei propri poteri - ha facoltà di procedere in via amministrativa - ma deve farlo, come ha facoltà di avvalersi delle vie ordinarie. Dal provvedimento di concessione sorge anche il diritto del concessionario ad ottenere il rilascio del bene demaniale da chi lo possiede, ma non quello di escludere da sé solo chi al momento si trovi nel possesso del bene demaniale, per il che è necessario che l'amministrazione abbia concretamente fatto ricorso al potere di autotutela, rivolgendo al possessore l'ordine di rilasciarlo e disponendo per l'esecuzione coattiva del proprio ordine. Quando ciò non sia avvenuto, per ottenere la consegna del bene il concessionario deve valersi delle vie ordinarie"), e da Corte cass., sez. un., 15 aprile 1994, n. 3520, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 495 [secondo cui: "in materia di azione di reintegrazione, l'animus spoliandi non è escluso dalla presenza di un titolo di concessione amministrativa, poiché questa non fa venir meno l'intenzione di attentare al possesso altrui; pertanto, ove il bene oggetto della concessione sia posseduto da altri, il concessionario non può farsi ragione da sé, sottraendo al detentore il materiale possesso della cosa, venendosi così a realizzare proprio quel comportamento perseguibile con l'azione di spoglio (v. sent. 3827-83, 6741-86)"].

5 Con riferimento all'influenza del predetto art. 4 L. 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, sull'ambito della tutela possessoria, cfr. LEVONI A. - CONSOLO C., op. cit., 12; GIOIA G., sub art. 37 c.p.c., in CONSOLO C., Codice di procedura civile commentato, IPSOA, 2010, 488; MARTINO R., in Codice di procedura civile commentato, a cura di VACCARELLA R. e VERDE G., Aggiornamento, UTET, 2001, 82-83; PICARDI N. (a cura di), op. cit., 3271-3272; MENCHINI S., La tutela del giudice ordinario, in Trattato di Diritto amministrativo, a cura di CASSESE S., Diritto amministrativo speciale, V, Il processo amministrativo, Milano, 2003, 4901-4902; GIUSSANI A., sub art. 37 c.p.c., in CARPI F. - TARUFFO M., Commentario breve al Codice di procedura civile, Padova, 2009, 126; BEGHINI R., op. cit., 271 ss..

6 Come è noto, questa norma vieta al giudice ordinario di revocare o modificare atti amministrativi in ossequio ad una visione ottocentesca del principio di separazione dei poteri.

Il divieto non è riferito ad ogni forma di tutela erogabile dal giudice ordinario, ma esplicitamente riguarda solo una certa tipologia di pronunzie costitutive (comprese, ovviamente, quelle di annullamento dell'atto).

Nel corso degli anni, il campo di applicazione della norma è stato, però, esteso dalla giurisprudenza, così passandosi dal previsto divieto (ex art. 4) di emanazione di pronunzie costitutive incidenti su atti amministrativi autoritativi ad un divieto generalizzato di adozione di qualsivoglia statuizione che potesse interferire con qualunque genere di attività della pubblica amministrazione.

Negli ultimi tempi, il rigoroso indirizzo è stato superato dal giudice ordinario, sempre più consapevole della necessità di una lettura delle norme contenute nella legge abolitiva del contenzioso alla luce del quadro di garanzie delineato negli articoli 24 e 113 Cost..

Analizzando quelli che appaiono i risultati di questa (fin troppo) lunga e tormentata evoluzione giurisprudenziale, può, oggi, osservarsi che il divieto di cui all'art. 4 è stato circoscritto (oltre che alle statuizioni di revoca o modifica esplicitamente menzionate nella norma) ai provvedimenti di carattere costitutivo (anche con effetto caducatorio) rivolti verso l'attività provvedimentoale ed a quelle pronunzie di condanna incidenti sulle potestà autoritative della pubblica amministrazione.

Per queste considerazioni, mi permetto, nuovamente, di rinviare a ZINGALES I., *Processo civile*, cit., 36-37.

Per un'attenta analisi della tematica, cfr. MENCHINI S., *op. cit.*, 4894 ss., il quale, tra l'altro, osserva che: "l'art. 4, l. n. 2248/1865, avendo lo scopo di impedire che il giudice usurpi una potestà pubblica, riservata all'autorità che di essa è titolare, può trovare applicazione esclusivamente quando la norma sostanziale individui un potere di imperio (in senso proprio) e l'amministrazione lo eserciti mediante il ricorso al procedimento e all'atto prestabiliti dal legislatore" (pag. 4900); "l'art. 4 della legge abrogatrice entra in campo soltanto quando si sia in presenza di una vera e propria potestà pubblica e di un atto che costituisca formale esercizio di essa, i cui effetti incidano in modo diretto sull'esistenza e sul contenuto del diritto soggettivo dedotto in giudizio; in tali ipotesi, la norma citata impedisce, almeno di regola, al giudice non soltanto di «caducare» il provvedimento, ma pure di rimuoverne o di sospenderne gli effetti (e, a maggior ragione, di sostituirsi con proprie determinazioni alla pubblica autorità nell'attuazione della funzione ad essa riservata). Ne consegue che è fatto divieto al magistrato ordinario: 1) di eliminare (in tutto o in parte) l'atto amministrativo, che del potere pubblico costituisca formale manifestazione; 2) di surrogare l'amministrazione nella emanazione o nella modificazione dell'atto ovvero di condannarla ad emanarlo, dovendosi invece limitare a dichiararne l'illegittimità e a non tenerne conto riguardo alla situazione sostanziale controversa; 3) di emettere sentenze costitutive contro le autorità, le quali siano dirette vuoi alla rimozione o alla sostituzione dell'atto, vuoi alla surrogazione dell'amministrazione rimasta inerte; 4) di pronunciare sentenze di condanna che obblighino l'autorità pubblica a prestazioni di fare (o di non fare), a sopportare, a dare beni determinati, ogni volta che la sanzione con tali provvedimenti comminata si risolva nella sostituzione del giudice all'amministrazione nello svolgimento della funzione pubblica" (pag. 4904)].

7 Cfr. Corte cass., sez. un., 17 aprile 2003, n. 6189, in Giur. it., 2003, 2165, secondo cui: “la tutela possessoria non è ammissibile contro un'ASL che, in virtù di un provvedimento del Comune, con il quale le è stata data la concessione in uso di beni di proprietà di tale ente, autorizzandone l'occupazione, per la realizzazione di un'opera dichiarata di pubblica utilità nel provvedimento medesimo, abbia proceduto, in attuazione del suddetto provvedimento amministrativo di carattere autoritativo e ablativo, all'apprensione dei beni stessi, atteso che tale condotta non è espressione di un'attività meramente materiale, ma attuativa di un provvedimento amministrativo imperativo e discrezionale. È evidente come l'ordine di reintegrazione e manutenzione nel possesso, ripristinando la situazione modificata o turbata, comporti l'elusione degli effetti dell'azione amministrativa, in contrasto con il divieto, ex art. 4 l. n. 2248-1865, di condanna della pubblica amministrazione ad un facere relativamente alle attività dalla medesima compiute nell'ambito dei suoi poteri e delle sue funzioni istituzionali. Mentre la questione della carenza di tali poteri o del non corretto uso degli stessi, ricollegandosi ad una posizione di interesse legittimo e non invece di diritto soggettivo, esula dall'ambito dell'azione possessoria e non è proponibile davanti al giudice ordinario, dovendo essere prospettata al giudice amministrativo, cui spetta la giurisdizione in materia”.

8 Art. 59 D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: “Qualora i provvedimenti cautelari non siano eseguiti, in tutto o in parte, l'interessato, con istanza motivata e notificata alle altre parti, può chiedere al tribunale amministrativo regionale le opportune misure attuative. Il tribunale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui al Titolo I del Libro IV e provvede sulle spese. La liquidazione delle spese operata ai sensi del presente comma prescinde da quella conseguente al giudizio di merito, salvo diversa statuizione espressa nella sentenza”.

Art. 112, comma 2, lett. a) e b), D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104: “L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione: a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato; b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo”.

9 Cfr. Corte cass., sez. un., 24 febbraio 1982, n. 1150, in Giust. civ. Mass., 1982, 441; Corte cass., sez. un., 26 novembre 1979, nn. 6166 e 6168, in Giust. civ. Mass., 1979, 2726 e 2728.

10 Si veda Corte cass., sez. un., 26 novembre 1979, n. 6166, cit.. Cfr., inoltre, Corte cass., sez. un., 6 agosto 1990, n. 7933, in Giust. civ., 1991, I, 329 ed in Giur. it., 1991, I, 1, 158, secondo cui: “le azioni possessorie sono improponibili non solo nei confronti della pubblica amministrazione, ma anche del concessionario (di un servizio pubblico, di un'opera pubblica ovvero di un bene pubblico) sempre che l'attività lesiva dell'altrui possesso sia conforme a quella mediante la quale si attua il contenuto della concessione. Pertanto, la tutela possessoria è ammissibile quando la p.a. (ovvero il suo concessionario) abbia agito iure privatorum cioè oltre che come un privato qualsiasi al di fuori dell'ambito dei suoi poteri e dei suoi fini istituzionali (cfr. le sentenze n. 2056, 2047, 1400, 470 del 1987, 3413 e 2433 del 1986; 6343 e 4816 del 1984; 3081-82)”; Corte cass., sez. un., 28 maggio 1998, n. 5294, in Giust. civ. Mass., 1998, 1156 ed in Urb. e app., 1998, 974, secondo cui: “L'art. 1145, comma 2, cod. civ.... riconosce espressamente, nei rapporti tra privati, l'esperibilità dell'azione di spoglio (ovviamente davanti al giudice ordinario) rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico. Ciò significa, in linea di massima, che il soggetto privato può adire il giudice ordinario per chiedere la tutela, nei confronti di altro soggetto privato, di una propria situazione possessoria avente ad oggetto un bene demaniale o assimilato. Tale principio...trova un limite nel divieto, per il giudice ordinario, sancito dall'art. 4 della L. 20.3.1865 n. 2248 All. E, di interferire sull'atto amministrativo, il che si verifica allorché l'autore del lamentato attentato al possesso abbia agito in forza di poteri autoritativi delegatigli dalla P.A. e nella fedele esecuzione di disposizioni e provvedimenti da questa emanati, nel qual caso, infatti, egli deve considerarsi come una semplice longa manus della P.A. alla quale sono riferibili le sue azioni, con la conseguenza che l'inibitoria del giudice finirebbe col porre nel nulla detti provvedimenti”.

<https://www.diritto.it/lesione-del-possesso-e-forme-di-tutela-nei-rapporti-tra-concessionari-di-aree-demaniali/>