



ALCUNE RIFLESSIONI IN MERITO AI BENI COMUNI TRA SOTTO CATEGORIA GIURIDICA E DECLINAZIONE DI VARIABILE*

di Alberto Lucarelli**

Guido Gonella ne *La nozione di bene comune* (1938)¹, sottolineava quando negli anni Trenta si rivendicavano i misconosciuti diritti della persona e si lavorava per l'avvento di un sistema democratico, sembrava che il problema del futuro non fosse tanto l'affermazione dei diritti della persona, quanto la chiara coscienza dei suoi doveri: rivendicare la priorità del bene comune sul bene particolare. Diceva Gonella: “Tutte le democrazie tendono a scivolare verso forme di individualismo egoista e chi vuole saldo e duraturo il sistema democratico deve insistere sui doveri della persona verso la comunità deve rivendicare la priorità del bene comune sul bene particolare”². Fino a quando i beni pubblici sono stati utilizzati dal *dominus* proprietario pubblico per la crescita economica del Paese, il tema dei beni comuni è rimasto sullo sfondo. Invece, il sacrificio dei beni comuni, a partire dai processi di privatizzazione degli anni '90, da Maastricht in poi, per mere questioni di bilancio, sta minando alla base i valori della persona, delle comunità, che si affermano soltanto se alla base vi è una salda coscienza dei doveri dello Stato.

* Contenuto sottoposto a *double blind peer review*

** Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università di Napoli Federico II

¹ G. Gonella, *La nozione di bene comune*, Milano, ristampa 1959, I edizione Milano, 1938, ora in Aa. Vv. *Sulla scuola italiana del diritto*, Milano, 2001, pp. 121 ss.

² *Ibidem*, p. 121.

Anticipazioni al n.2-2017 della rivista “Nomos. Le attualità nel diritto”

Da qui la necessità (fattuale, politica, sociale) di configurare, all'interno dell'ordinamento giuridico, la categoria giuridica dei beni comuni secondo processi fondativi (anche in forma di sub-categoria), o anche soltanto quale definizione di variabili a categorie già esistenti³.

I beni comuni, dunque, oltre ad essere una categoria etica, sono una categoria logico-giuridica, nella considerazione che i beni comuni non sono soltanto qualche cosa di comune, ma soprattutto beni. Vale a dire uno dei possibili fini dell'agire dell'uomo. Una categoria filosofica risalente al mondo greco; una categoria giuridica risalente all'ordinamento romano, che sembra scomparire o comunque porsi sullo sfondo dal concetto di *utilitas* illuministico e dal binomio *dominus-imperium* della pandettistica tedesca⁴. Ma la categoria giuridico-filosofica è risalente, e la sua reale effettività si misura con il susseguirsi compulsivo dei modelli di democrazia.

I deboli riferimenti della nostra Costituzione ai beni pubblici (*rectius* proprietà pubblica), così come il codice del '42, ha fatto sì che lo studio di tale categoria, a parte Giannini⁵ e Cassese⁶, fosse assorbito e fatto proprio dalla grande civilistica italiana degli anni '50 e '60, civilistica che nelle sue interpretazioni, come è noto, poco *guardava* alla Costituzione e ancor meno ai modelli di democrazia.

Santoro Passarelli, ad esempio, osserva come le cose per poter formare oggetto di rapporti giuridici debbono essere beni⁷; cioè devono essere utili, atte a soddisfare un bisogno umano, senza di che, mancherebbe persino l'interesse giuridicamente tutelabile.

Occorre, al fine delle definizioni di categoria giuridica di beni, che siano suscettibili di appropriazione. Le cose non appropriabili, ancorché atte a soddisfare un bisogno umano, proprio perché comuni a tutti come l'aria, l'acqua fluente non formano oggetto di rapporti giuridici. Quindi, secondo Santoro Passarelli, i beni che non possono essere appropriati in via esclusiva ed

³ Sia consentito sul punto rinviare a A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica in costituzionalismo.it*, 9 gennaio 2015, passim.

⁴ P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione repubblicana in federalismi.it*, 5/10/2011

⁵ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963.

⁶ S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969.

⁷ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, pp. 55 ss

escludente non potrebbero essere intesi come categorie giuridiche, in quanto non formerebbero oggetto di rapporti giuridici.

Si tratta di una costruzione tutta plasmata sul concetto di appropriazione, di *dominus*, sul rapporto strutturale *dominus*-bene. Ovvero, la categoria giuridica esiste se c'è un rapporto strutturale che dà luogo a rapporti giuridici: chiari, definiti, certi, sanzionabili. E tali rapporti, secondo la civilistica prevalente, si esaurirebbero nel rapporto di appropriazione – escludente ed esclusivo.

Un concetto di appropriazione che privilegia sulla base del dato normativo e non strettamente concettuale il rapporto *dominus* – bene rispetto al rapporto bene-fasce di utilità; rapporto che fuoriesce dalle dinamiche escludenti appunto dell'appropriazione⁸. Una scelta normativa che modella e contribuisce alla costruzione di categorie giuridiche e che tuttavia specularmente ne esclude altre.

Pugliatti, negli anni quaranta, a partire da una sollecitazione di una analisi condotta da Jemolo sulla validità e sulla natura dei concetti giuridici fondativi della categoria giuridica, afferma che se andiamo ad osservare il modo di formazione dei concetti giuridici, troviamo con assoluta costanza che tale modo di formazione è caratterizzato innanzitutto dalla fissazione di un *corpus* di regole provenienti dalla volontà legislativa, più o meno unitaria che dir si voglia⁹. Ovvero, da una scelta di diritto positivo, ovviamente posta in essere dal legislatore, che trasforma il concetto giuridico in categoria giuridica ancorandolo al diritto positivo vigente¹⁰.

Ora, questa derivazione, per quanto soggetta ad una logica più o meno stringente, non può escludere, come ogni processo di astrazione, che il dato reale (teso a trasporre il concetto giuridico in categoria giuridica- attraverso prassi, giurisprudenza, normazione locale) possa superare quello meramente 'fittizio' previsto dalla volontà legislativa.

⁸ Sia consentito rinviare a A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013.

⁹ S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, *passim*.

¹⁰ A. Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale: verso i beni comuni*, in *Diritto e Società*, 3-2016, pp. 483-492.

In altri termini, ciò che caratterizza la scienza giuridica è la possibilità che sia il dato positivo (id est: la realtà), sia l'elaborazione dottrinale, possano modificare il concetto legislativo, cioè, per dirla in breve, l'istituto giuridico. Sono dunque l'elaborazione dottrinale ed il dato positivo (la realtà, il fatto) capaci di costruire quegli elementi, tali da farci dire che l'appropriazione per una nuova categoria giuridica di beni sia elemento fondativo? E consentire che il concetto giuridico dei beni comuni acquisisca il rango di categoria giuridica? Può dunque l'elaborazione dottrinale e la realtà (ma anche gli atti propri della democrazia locale) riuscire a spostare l'asse degli elementi fondativi della categoria giuridica, a prescindere dal dato legislativo, dando fondamento e base giuridica al concetto giuridico dei beni comuni? Una sorta di fuga in avanti della categoria giuridica rispetto al diritto positivo vigente, passando attraverso il consolidamento dei concetti giuridici.

Nel caso specifico, siamo in presenza dell'elaborazione dottrinale¹¹, della giurisprudenza¹², dei governi locali¹³ che prendono atto dei limiti della demanialità a difendere le fasce di utilità che deve esprimere il bene; svilendo il ruolo fondativo della nozione di appropriabilità escludente ed esclusiva.

Concetti giuridici elaborati al di fuori del dato legislativo, nei quali si prende atto del fatto di come due differenti categorie: quella dei beni pubblici e quella della proprietà pubblica (o meglio *genus e species*) si siano identificate, sovrapposte svilendo il ruolo e la funzione originale dei beni pubblici; categoria giuridica nella quale sin dal diritto romano si vedeva confluire il concetto giuridico dei beni comuni¹⁴.

¹¹ S. RODOTÀ, *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013; P. GROSSI, *I beni: itinerari fra moderno' e pos-moderno'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2012; U. POMARICI, *Beni comuni*, in Id. (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Torino, 2012.

¹² Corte Suprema di Cassazione SS.UU. 3665/2011; TAR Campania del 12 maggio 2014.

¹³ Si v., ad esempio, la deliberazione n. 942 del 23 settembre 2011 del Comune di Napoli avente ad oggetto la trasformazione della società per azioni di gestione delle risorse idriche in azienda speciale con una *governance* che prevede il coinvolgimento diretto dei cittadini e dei lavoratori sia nell'attività di gestione, che nell'attività di controllo o la delibera della giunta del Comune di Napoli n. 258 del 17 aprile 2014 avente ad oggetto l'individuazione e la gestione di beni del patrimonio immobiliare del Comune di Napoli, inutilizzati o parzialmente utilizzati, percepiti dalla comunità come "beni comuni" e suscettibili di fruizione collettiva.

¹⁴ M. G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, pp. 8 ss.

La debole dimensione pubblicistica della costruzione giuridica dei beni, assorbita dalla pandettistica romano-germanica, ha fatto sì, per dirla alla Santoro Passarelli¹⁵, che l'elemento costitutivo della categoria giuridica dei beni fosse l'appropriazione; senza distinguere tra beni (cose) private e cose pubbliche. Quindi a prescindere dai doveri e dalla solidarietà, o in senso più ampio dalle fasce di utilità che i beni pubblici devono garantire.

L'appropriazione nel rapporto *dominus-bene* diventa elemento costitutivo anche per i beni pubblici proprio attraverso l'operazione di identificazione di beni pubblici con proprietà pubblica e quindi con demanialità. Prevale, anche per il bene pubblico, in una visione tipicamente liberale, il diritto sul dovere.

Ciò ha quale conseguenza che il *dominus* investe direttamente la *res* della sua attenzione, a prescindere dalla funzione che la *res* debba e possa svolgere. Cosicché di fronte al titolare del diritto sulla cosa (*ius in re*-diritti reali), la generalità degli altri soggetti soggiace¹⁶.

Rispetto a processi di privatizzazione che hanno coinvolto anche la proprietà pubblica nella specie del demanio (e quindi anche i beni pubblici e quindi anche i beni comuni quale sottocategoria giuridica) la riflessione si concentra, da una parte sulla necessità di costruire una nuova categoria giuridica quella dei beni comuni (o meglio di travasare il concetto giuridico in quello di categoria giuridica o meglio sub categoria giuridica dei beni pubblici od anche di rinvigorire il rapporto *genus-species*); dall'altra ipotizzare, all'interno della categoria giuridica della proprietà pubblica, nuove dimensioni della stessa, ovvero concetti giuridici che non danno forma ad una nuova categoria giuridica, né ad una sub categoria di proprietà pubblica¹⁷.

Concetti giuridici che contribuiscono alla costruzione di una nuova dimensione della proprietà pubblica con l'obiettivo di destrutturare la nozione di demanialità, consentendo in questa nuova dimensione alla proprietà pubblica-bene comune di valorizzare più le fasce di utilità e quindi la

¹⁵ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali...*, cit., pp. 55 ss.

¹⁶ Eloquentemente è il dubbio posto all'inizio del secolo scorso, da L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Torino, 1905, p. 321 laddove pone il seguente interrogativo: chi è il vero soggetto della proprietà pubblica? È lo Stato gerarchico? È il popolo o collettività? Sono i singoli?

¹⁷ D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione* in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2, 2014.

communitas che si riporta al bene, in una prospettiva di assolvimento di doveri inderogabili, piuttosto che di diritti¹⁸.

Il percorso di costruzione di una nuova categoria, o meglio di una sub-categoria di beni pubblici o piuttosto di una variabile alla dimensione proprietaria, tesa a qualificare il distinguo tra proprietà pubblica e beni pubblici, a mio avviso necessita di destrutturare un *idem sentire*.

Oggi questo è possibile: ed è possibile attraverso la progressiva e crescente affermazione di concetti giuridici che alimentano l'affermazione della categoria giuridica dei beni comuni, od anche di una dimensione alternativa della categoria giuridica della proprietà pubblica¹⁹.

Parto dunque da una riflessione in ordine alla destrutturazione, come ben evidenziato da Dardot e Laval²⁰, di quel filone di studi che individua il fondamento del diritto romano nella sovranità dell'individuo proprietario.

All'ipotesi, secondo cui sarebbe un soggetto proprietario a governare un mondo di cose naturalmente disposte all'appropriazione, base della pandettistica tedesca, si oppone originariamente nel diritto romano un mondo di cose qualificate che distribuiscono titoli e diritti in capo a soggetti indefiniti.

Vi è dunque nel diritto romano uno spazio nel quale determinati beni pubblici risultano orientati alla funzione piuttosto che al regime proprietario, al di là della nozione di appropriazione, che Santoro Passarelli identifica quale elemento costitutivo della categoria di beni, sia pubblici che privati²¹.

Nel diritto romano c'è un pubblico (bene) dell'uso ed un pubblico (bene) della proprietà. Vi sono cose che naturalmente per loro funzione si staccano dal *dominus*, non hanno valenza patrimoniale, ma soprattutto sono serventi alla collettività piuttosto che all'individuo.

Nel pubblico dell'uso, il proprietario si sposterebbe dal baricentro del *dominus* proprietario al baricentro dell'amministratore "*per conto di*".

¹⁸ A. GAMBARO, *I beni*, Milano, 2012.

¹⁹ Sono comuni i beni che, indipendentemente dal titolo della proprietà, risultano funzionali, per la loro intrinseca natura o finalità, al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività (SS.UU. Cass. 3665/2011, p. 13 secondo capoverso), dei diritti fondamentali della persona, sia come singol che nelle formazioni sociali cui partecipa (SS.UU. 3665/2011, p. 15, primo e secondo capoverso e p. 16, principio).

²⁰ P. DARDOT e C. LAVAL²⁰, *Del Comune o della Rivoluzione nel XXI secolo*, Roma, 2015, passim.

²¹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali*, cit, pp. 55 ss.

Nel XIX secolo, la visione proprietaria-pubblica de *l'Etat administratif* francese napoleonico e la visione proprietaria-privatistica della *pandettistica* romano germanica riconducono ad *unum* le due concezioni dei beni pubblici in visione propria del rapporto dominicale.

La proprietà non viene intesa come il risultato di una somma delle facoltà che spettano al titolare di una cosa. Per questa ragione i diritti reali si contrappongono nettamente ad essa, come ben spiega Windscheid nel suo *Diritto delle pandette*²².

Il diritto di proprietà è fatto coincidere con la cosa stessa. Nella tradizione di *civil law*, *bien* coincide con *chose*; in Germania *sache* assorbe cosa e bene. Nel lessico di *common law* la parola *property* assorbe la nozione di bene. Sullo sfondo, del tutto marginale, resta la questione della funzione dei beni, del godimento reale che ai cittadini essi possono garantire.

Una strumentale riutilizzazione di tecniche romane e romanistiche determina l'ascesa proprietaria del regime demaniale con le evidenti conseguenze sul piano della vulnerabilità dei diritti direttamente riconducibili ai beni stessi.

Non di immediata comprensione apparirà come, mentre sul piano della proprietà privata, vi è una reattività sociale all'individualismo proprietario, basti pensare ai limiti posti dalla funzione sociale dei beni di cui all'art. 42 della Costituzione, sul piano della proprietà pubblica l'individualismo possessivo ed escludente gode di un duplice rafforzamento²³: quello dell'ascesa politica della borghesia e quello determinato dal consolidamento dello Stato apparato di derivazione de *l'Etat administratif*.

L'affermazione dello Stato moderno, e ancor di più dello Stato nazione, e soprattutto del concetto di sovranità statale, riconducibile alla categoria dello Stato-persona, piuttosto che allo Stato-comunità contribuisce, nella stagione delle codificazioni ottocentesche, a far prevalere la categoria del bene pubblico in proprietà pubblica, piuttosto che il bene pubblico in uso pubblico (sub categoria dei beni pubblici)²⁴.

²² B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1904, passim.

²³ D. MONE, *La categoria giuridica*, cit.

²⁴ A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit.

L'osmosi concettuale e le relative conseguenze sul piano funzionale sviliscono una delle dimensioni del bene pubblico che piuttosto che essere orientato alla *communitas*, è orientato a soddisfare progettualità del *dominus*²⁵.

Cosicché, lo statuto della proprietà pubblica, nel codice civile, ma successivamente anche nella Costituzione del '47 (laconico è lo spazio dedicato alla proprietà pubblica), si sovrappone al modello demaniale, ed in senso più ampio, ai beni pubblici in uso pubblico, configurando rapporti *escludenti*, riconducibili ai rapporti strutturali e materiali, di ordine soggettivo, che legano il *dominus* al bene, alla funzione che il *dominus* attribuisce al bene²⁶.

Il rapporto funzionale, di natura oggettiva, beni-diritti fondamentali, è sullo sfondo e comunque subordinato al primo. Una rinnovata effervescenza del concetto di *communitas* ed in senso più ampio della democrazia partecipativa, inducono oggi ad un ripensamento del modello *pan-proprietario* dei beni pubblici²⁷.

Cioè del bene pubblico in uso pubblico, piuttosto che in proprietà pubblica. L'esigenza oggi, di una nuova e complessiva rilettura dei beni pubblici e del relativo modello di democrazia ad essi sotteso, oltre e contro il diritto sovrano, è dunque quella di andare, rispetto a beni *extra commercium*, che sfuggono alle logiche del mercato, oltre i caratteri classici della demanialità, ovvero di un modello di ordinamento giuridico che riconosce un tipo classico di relazione soggettiva assoluta (la proprietà individuale).

Il modello demaniale della proprietà pubblica è quello di soddisfare obiettivi propri di un'Amministrazione intesa in una dimensione soggettivistica autonoma e solitaria; un modello che, proprio per queste caratteristiche, non impedisce la commercializzazione dei beni pubblici per uso pubblico, limitandone, secondo logiche del profitto, accessibilità e fruibilità.

Pertanto, oggi, piuttosto che parlare di declino della categoria giuridica del demanio, sarebbe più opportuno parlare di limiti fisiologici del modello demaniale²⁸, fondato sostanzialmente sugli elementi caratterizzanti il rapporto (strutturale) dominicale nell'ambito del

²⁵ S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969, p. 267 osserva come la c.d. proprietà demaniale sia nella sostanza una proprietà privata dei pubblici poteri, per la quale interviene un atto che può privare i privati della legittimazione alla titolarità di proprietà su quei beni.

²⁶ A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit.

²⁷ G. MICCIARELLI, *I beni comuni e la partecipazione democratica. Da un "altro modo di possedere" ad un "altro modo di governare"* in www.juragentium.org

²⁸ Contra C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni* in www.forumcostituzionale.it, 24 settembre 2013, p. 4. ss

quale il binomio sovranità statale (organizzazione del potere legislativo e potere amministrativo) - proprietà pubblica, può discrezionalmente *decidere* di cambiare titolo e destinazione del bene (processi di sdemanializzazione-patrimonializzazione ma anche procedimenti concessori), o semplicemente di conservare nel tempo una funzione sociale del bene distante dalle evolute esigenze delle comunità.

Ogni processo di privatizzazione, deciso dall'autorità pubblica attraverso il governo pro-tempore, *espropria* ciascun cittadino (quota parte) dal godimento del bene comune, senza tuttavia prevedere le tutele che il modello liberale riconosce alla proprietà privata: la pubblica utilità e l'indennizzo²⁹.

In questo senso, la cornice dei principi costituzionali, così come innanzi delineata, ancorché di natura prescrittiva, non ha dimostrato di possedere capacità di resistenza tale da impedire che la tipicità del rapporto proprietario strutturale, ben radicato tra Costituzione e regole *codicistiche*, prevalesse sul rapporto funzionale teso a soddisfare i diritti fondamentali.

Pertanto, al fine di *salvaguardare* il perseguimento degli interessi generali, riconducibile alla funzione sociale dei beni demaniali, appare necessario *saldare* il rapporto funzionale tra *dominus* e beni, limitando, per quei beni identificati come *extra commercium*, la discrezionalità dei poteri del proprietario sui beni stessi, favorendo al contrario processi partecipativi di accessibilità e fruibilità³⁰.

Anche attraverso processi di autorappresentazione e di conflitto permanente, espresso anche con forme di consuetudine *contra legem*.

Bene pubblico in uso pubblico *versus* bene pubblico in proprietà pubblica. Pertanto, resta aperto l'interrogativo se i beni comuni vadano intesi quali sub categoria giuridica della proprietà pubblica, o piuttosto quali variabile all'interno della categoria giuridica della proprietà pubblica. Il concetto giuridico di beni comuni per la sua forma, così come consegnataci oggi da dottrina, giurisprudenza, diritto non vigente e democrazia locale può assurgere alla dignità di categoria giuridica?

²⁹ A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit.

³⁰ In tal senso si muoveva la proposta di riforma delle norme civilistiche in materia di beni pubblici elaborata dalla Commissione sui Beni pubblici presieduta da Stefano Rodotà, istituita presso il Ministero della giustizia con decreto del 21 giugno 2007. Il testo, approvato dalla commissione, ha cessato il proprio iter di discussione con la caduta del Governo Prodi.