



LA CATEGORIA GIURIDICA DEI BENI COMUNI TRA DIMENSIONE LOCALE E ATTIVITÀ GIURISPRUDENZIALE, OLTRE L'ASSOLUTISMO GIURIDICO. BREVI NOTE COMPARATIVE*

di Annamaria Abbruzzese**

SOMMARIO: 1. Premessa e piano dell'indagine – 2. Struttura e funzione dell'attuale categoria demaniale: verso un nuovo modello – 3. Sdemanializzazione e proprietarizzazione: una comparazione diacronica – 4. Beni pubblici in pubblico uso versus beni pubblici in proprietà pubblica: verso la rivalutazione di antiche categorie giuridiche – 5. Verso la costruzione di una categoria giuridica: spunti giurisprudenziali e normativi – 6. La necessità di una categoria giuridica: l'opinione dei giuristi – 7. Oltre l'assolutismo giuridico: il ruolo della comunità – 8. Riflessioni di sintesi. *m*, 2018, pp. 273.

1. Premessa e piano dell'indagine

Il tema dei beni comuni negli ultimi anni è al centro di un ricco ed intenso dibattito che vede coinvolti studiosi delle diverse discipline¹; esso è indice dell'esigenza che si è accentuata durante la recente crisi economica² e che ha visto l'affievolimento dello Stato sociale³, il progressivo deterioramento e depauperamento di importanti risorse comuni, unitamente alla

* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

** Assegnista di ricerca, presso Università degli Studi Magna Graecia di Catanzaro.

¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 1/2014, Bologna: il Mulino, p. 3; sul punto si veda anche S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e internazionale*, VII, 2013; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Roma-Bari: Laterza, 2013; S. SETTIS, *Azione popolare*, Torino: Einaudi, 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un Manifesto*, Roma-Bari: Laterza, 2011.

² Cfr. A. CIERVO, *Beni comuni*, Roma: Ediesse, 2012, p. 1.

³ Sul punto si veda anche quanto osservato da Alberto Lucarelli in *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari: Laterza, 2013, pp. 15-16, ove l'autore afferma che: «lo Stato sociale, formalmente previsto in Costituzione, è stato lasciato a se stesso, ed è nostro compito indefettibile affermare un concetto di diritto pubblico che assuma tra i suoi compiti quello di gestire la *res publicae*, in funzione del perseguimento di interessi generali e di soddisfacimento delle nuove e drammatiche esigenze sociali, e soprattutto di riconoscere l'esistenza delle *res communes omnium*, e cioè dei beni comuni».

privatizzazione di numerosi beni già considerati pubblici⁴. Tutto ciò ha indotto ad un'attenta riflessione giuridica su alcuni beni che assolvono all'interesse sociale, servendo la stessa collettività⁵. Si tratta di beni destinati ad un "uso comune", che al di là della proprietà - tendenzialmente dello Stato o comunque di enti pubblici - sono in grado di soddisfare i diritti fondamentali della persona e della comunità nel suo complesso.

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 della scena⁶, esso è infatti diventato oggetto di attenzione solamente a partire dai processi di privatizzazione degli anni '90 - determinati quasi certamente da un'interpretazione di stampo liberista del diritto europeo - che hanno minato alla base i valori fondamentali della persona, della comunità e dello Stato democratico⁷, rilevando ed evidenziando la fragilità dell'attuale categoria demaniale a perseguire la funzione sociale legata ai beni pubblici, atti a garantire la tutela dei diritti fondamentali ed a conservare lo *status* di inalienabilità⁸. Da qui la necessità di configurare all'interno dell'ordinamento giuridico la categoria dei beni comuni, secondo processi fondativi o anche soltanto quale definizione di variabile a categoria già esistente, da tutelare attraverso un'adeguata copertura normativa⁹.

La tematica dei beni comuni mette, tuttavia, in risalto anche la difficoltà da parte dello Stato di far fronte ai bisogni sociali e ciò si traduce nella necessità, anche in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale, di un più intenso protagonismo dei cittadini nelle decisioni legislative e nella gestione di beni connessi con il godimento di libertà e diritti fondamentali¹⁰.

Con il presente scritto si intende offrire un contributo al dibattito attualmente in corso circa la necessità di costruire la categoria giuridica dei beni comuni, quale *species* dei beni pubblici. A tal fine si rende indispensabile ricostruire la categoria dei beni pubblici, ripristinando l'originaria distinzione tra bene pubblico e proprietà pubblica - ricondotti erroneamente ad *unum* dalla visione proprietaria-privatistica della pandettistica tedesca - ed innovare il regime giuridico dei beni

⁴ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Roma-Bari: Dissensi, 2011, p. 35.

⁵ Cfr. P. CHIRULLI, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in www.giustamm.it.

⁶ Il giornalista e politico Guido Gonella nel 1938 nel testo "La nozione di bene comune", 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»: cfr. G. GONELLA, *La nozione di bene comune*, Milano, ristampa 1959, I edizione Milano, 1938, ora in Aa. Vv., *Sulla scuola italiana del diritto*, Milano, 2011, pp. 121-125; A. Lucarelli, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, II, 2017, p. 1.

⁷ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 1.

⁸ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014. (paragrafo 7).

⁹ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 1; ID., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014, passim.

¹⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 1/2014, Bologna: il Mulino, p. 2; sul punto si veda anche G. ARENA E C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma: Carocci, 2012; A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, pp. 461-462; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del Diritto, Annali*, Milano: Giuffrè, 2011, IV, pp. 271-275; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, Firenze: Firenze University Press, 2010, p. 333.

pubblici istituendo un nesso di corrispondenza tra beni pubblici e principi costituzionali, da attuare attraverso norme di rango primario¹¹.

Si tratta di un'indagine che si snoderà tra l'attività dottrinale, alcuni significativi interventi giurisprudenziali e l'attività normativa posta in essere dai governi locali, che in assenza di un dato legislativo hanno reinterpreto le norme sulla proprietà pubblica, elaborando il concetto giuridico dei beni comuni.

Uno studio che partirà da una riflessione intorno alla struttura ed ai limiti dell'attuale modello demaniale per destrutturarlo e riassegnargli - alla luce di quel filone di studi che dà rilievo alle fasce di utilità prodotte dai beni piuttosto che al bene stesso qualificando la proprietà pubblica come una "proprietà necessaria" per lo svolgimento dei suoi compiti - la sua originaria funzione di "dominio collettivo", accessibile a tutti, incommerciabile ed inappropriabile in via esclusiva, riattribuendo allo Stato, attraverso una complessiva rivalutazione delle categorie giuridiche elaborate dalla giurisprudenza romana, la sua originaria funzione di "amministratore" di una *res* che rimane nella proprietà collettiva, considerata *communis omnium*, ma posta tra quelle oggetto di riserva statale e dunque, *extra commercium*¹².

Nel corso dell'indagine verrà altresì evidenziato un interessante parallelismo tra l'attuale processo di sdemanializzazione e proprietarizzazione dei beni pubblici ad opera dello Stato e le concessioni sovrane verificatesi durante l'età feudale, dal quale emergerà come le attuali dismissioni non sono affatto un argomento *de iure condendo* e soprattutto, che già la dottrina feudale tentava di riassegnare al demanio il suo originario significato attraverso il ripristino dei principi romanisti, secondo i quali la categoria demaniale esprimeva la sua più stretta relazione tra beni, collettività e territorio¹³.

La riflessione intorno ai beni comuni consentirà, infine, anche un ragionamento intorno al ruolo della comunità all'interno dello Stato ed in ordine ad una nuova dimensione del diritto pubblico, teso a superare l'assolutismo giuridico per recuperare un sostanziale pluralismo giuridico che conduca ad un radicale mutamento del rapporto fra Stato e comunità, avviando un modello di gestione partecipata, così come quello presente nell'ordinamento elvetico, del quale verranno analizzati i caratteri salienti - anche in relazione alla tutela dei beni comuni - in una prospettiva di analisi comparatistica¹⁴.

2. Struttura e funzione dell'attuale categoria demaniale: verso un nuovo modello

¹¹ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 4-5.

¹² *Ivi*, pp. 4-7; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano: Giuffrè, 1969, pp. 277-278; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, T. 1.2, *I Beni pubblici*, in *Trattato di diritto Privato*, (diretto da) M. BESSONE, vol. VII, Torino: Giappichelli, p. 101.

¹³ Cfr. E. CORTESE, s.v. *Demanio*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano: Giuffrè, 1963, pp. 71-83; M.A. BENEDETTO, s.v. *Demanio*, in *Nuovissimo Digesto*, vol. V, Torino: Utet, 1981, pp. 423-427; F. LAURIA, *Demani e Feudi nell'Italia meridionale*, Napoli: Tipografia degli artigianelli, 1923, pp. 309-313; R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle Province Napoletane*, Milano: Editrice Libreria, 1909, pp. 2-45.

¹⁴ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014. (paragrafo 1); N. RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*, Milano: Franco Angeli, 2014, passim.

La categoria beni comuni, già presente nell'ordinamento giuridico romano, messa sullo sfondo, dapprima dalla concezione patrimoniale del sovrano emersa durante l'età feudale, successivamente dal concetto di *utilitas* illuministico ed infine dal binomio *dominus-imperium* elaborato dalla pandettistica tedesca¹⁵, è stata riportata in luce nel corso dell'anno 2007 grazie ai lavori della Commissione Rodotà, che nello schema di disegno di legge-delega¹⁶ ha definito i beni comuni come “quei beni che per la loro funzione sono atti a soddisfare i diritti fondamentali dell'uomo, servendo immediatamente non il *dominus* - ossia l'amministrazione pubblica - ma la collettività intera”, riportando così in primo piano il concetto di “fasce di utilità”¹⁷ che i beni pubblici dovrebbero garantire, concetto messo sullo sfondo da quello di “appropriazione” elaborato dalla dottrina civilista italiana e che durante i lavori di stesura del Codice civile del 1942 optò per una nozione di bene inteso come “*res* valutabile economicamente e passibile di proprietà”, ritenendo al contrario, la qualifica di “bene comune” inidonea ad offrire adeguata tutela giuridica ai beni di interesse pubblico¹⁸.

Da tale elaborazione ne è conseguito, per come attentamente osservato da Santoro Passarelli, che i beni (*rectius* le cose) inappropriabili non possono essere intesi come categorie giuridiche, in quanto inidonei a formare dei rapporti giuridici: la categoria giuridica esiste se c'è un rapporto strutturale che dà luogo a rapporti giuridici e tali rapporti, ad avviso della dottrina civilistica, si esauriscono nel rapporto di appropriazione, escludente ed esclusivo; tutto ciò, vale anche per i beni pubblici in virtù della concezione proprietaria-pubblica de l'*Etat administrative* francese napoleonico e di quella proprietario-privatistica della pandettistica tedesca, che hanno identificato i beni pubblici con la proprietà pubblica, riducendoli ad *unum*, configurando così rapporti escludenti, riconducibili a quelli di ordine soggettivo, che legano il *dominus* al bene privato¹⁹.

¹⁵ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 1; si veda anche P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanista e nella Costituzione repubblicana*, in *federalismi.it*, 5/2011, passim.

¹⁶ La Commissione Rodotà, istituita con Decreto del Ministero della Giustizia il 21 giugno del 2007, i cui lavori si sono conclusi nel febbraio del 2008, definisce i beni comuni come l'insieme delle cose espressive di utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona: in questo modo nella formalizzazione della categoria si è cristallizzato il criterio cardinale dello scrutinio che deve essere compiuto per valutare quali beni vadano ritenuti comuni nell'interesse alla cui realizzazione il diritto sul bene in questione è preordinato: M. GRANDI, «Les choses communes» e Art. 714 «code Napoléon», in *Rivista critica del diritto privato*, XXXI, 2013, pp. 217-222. I risultati raggiunti dalla Commissione non hanno avuto, tuttavia, alcun esito legislativo: pertanto, a tutt'oggi vengono considerate beni giuridici solamente le entità che possono costituire oggetto di diritti, senza alcun riguardo alla loro funzione economica-sociale: al riguardo si veda U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. 52.

¹⁷ Sul punto è interessante osservare quanto detto da Hohfeld in relazione alla proprietà, il quale, in netto contrasto con il modello compatto proposto dalla pandettistica tedesca, la definiva come un complesso aggregato di diritti, privilegi, poteri e immunità, dove l'oggetto passa in secondo piano perché ciò che conta sono le prerogative e gli obblighi di cui i proprietari sono titolari di fronte a soggetti non proprietary. A suo avviso, la proprietà non è un monolite, ma un fascio di situazioni soggettive positive che tendono a disaggregarsi, ed è proprio lavorando sulla tendenza alla disaggregazione delle utilità prodotte dai beni e degli *entitlements* ad essi inerenti che possiamo ragionare in termini giuridici di beni comuni, a partire da una decostruzione del diritto di proprietà nella sua centralità, compattezza ed intangibilità: cfr. W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in *Yale L.J.*, 1917, p. 718; A. QUARTA, *Non - proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 69-70.

¹⁸ Cfr. P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile e nel sistema giuridico romano*, in *Chi difende i principi non negoziabili? La voce dei giuristi*, (a cura di M.P. BACCARI, Modena: Mucchi, 2011, p. 112.

¹⁹ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 2-6. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli: Jovene, 1964, pp. 55-102.

In tal modo il rapporto che lega l'amministrazione al bene demaniale è divenuto nella sostanza un rapporto di natura proprietaria, dove il *dominus*, anziché agire quale rappresentante della collettività e consentire a quest'ultima il libero accesso ed il pieno godimento della *res*, agisce nell'interesse esclusivo della pubblica amministrazione, limitando accessibilità e fruibilità attraverso processi di privatizzazioni e atti di concessione, divenuti sempre più frequenti con l'aggravarsi della crisi economica²⁰.

Tale stato di cose è da attribuirsi all'attuale struttura della categoria demaniale, caratterizzata dall'ascesa proprietaria determinata da una strumentale riutilizzazione dei principi romanisti ad opera della pandettistica tedesca, che ha erroneamente individuato il fondamento del diritto romano nella sovranità dell'individuo proprietario, teso a governare un mondo di cose naturalmente disposte all'appropriazione, mettendo sullo sfondo il rapporto funzionale della *res* e privilegiando invece il rapporto soggettivo, sino a far coincidere il diritto di proprietà con il bene stesso²¹.

L'attuale modello demaniale infatti, integralmente fondato su una struttura di ordine soggettivo e sul concetto di appropriazione, non tiene affatto conto della funzione sociale del bene pubblico, svilendo così una delle dimensioni del bene pubblico, orientato a soddisfare gli interessi del *dominus* (pubblica amministrazione), anziché le esigenze della *communitas* ed i processi di privatizzazione, che hanno coinvolto la proprietà pubblica nella specie del demanio, rappresentano un importante esempio, idoneo a rilevare le patologie e dunque, i limiti fisiologici dell'attuale categoria demaniale²².

Sulla scorta di tali presupposti, al fine di promuovere un cambiamento giuridico, politico e culturale importante, sarebbe opportuno se non addirittura necessario, superare i suddetti limiti - legati alla proprietà dei pubblici poteri - attraverso un processo di destrutturazione dell'attuale categoria demaniale, teso a ripristinare il distinguo tra beni pubblici e proprietà pubblica e riassegnare al demanio, attraverso una rivalutazione dei principi romanisti, la qualifica di "cosa"²³, ossia di *res* che non può essere oggetto di diritti e dunque, di appropriazione da parte di terzi e più specificatamente, di *res* non suscettibili di alcun rapporto giuridico privato: *res communis omnium* ed *extra commercium*²⁴.

Tutto ciò consentirebbe di superare il concetto di appropriazione per i beni pubblici e di far prevalere la dimensione funzionale su quello strutturale, in modo da impedire atti di discrezionalità del *dominus*, al quale verrebbe invece nuovamente attribuito il ruolo di guardiano e

²⁰ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2014. (paragrafo 2); 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. pub. eur.*, 2/2014.

²¹ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 5-6.

²² *Ivi*, pp. 2-6; sul concetto di appropriazione e di formazione dei rapporti giuridici si veda anche F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., pp. 55-102; S. PUGLIATTI, s.v. *Cosa in senso giuridico (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 19-25; S. PUGLIATTI, s.v. *Beni (Teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. V, Milano: Giuffrè, 1959, pp. 164-171.

²³ Il termine cose non rinvia tanto ad un aspetto naturalistico, quanto piuttosto ad un rapporto giuridico di quello proprio dei diritti soggettive, riferibile ad una capacità non patrimoniale: cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 102-103 nota n. 109.

²⁴ Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., pp. 3-4.

regolatore della dimensione funzionale - così come nell'ordinamento romano - e non più di quella strutturale della categoria demaniale²⁵.

Quanto sin qui detto potrebbe dunque rappresentare una valida premessa per ricostruire la categoria dei beni pubblici e creare su delle nuove basi la categoria giuridica dei beni comuni composta da beni demaniali, che in virtù delle loro specifiche funzioni, siano da considerare *communis omnium* ed in quanto tali, necessariamente sottratti al commercio giuridico²⁶.

Attualmente tutto ciò, in assenza di un preciso dato legislativo, è reso possibile da una progressiva e crescente affermazione di concetti giuridici elaborati dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ma anche e soprattutto dall'attività normativa posta in essere da alcuni governi locali, che prendendo atto del fatto che le due differenti categorie - quella dei beni pubblici e quella della proprietà pubblica - si sono identificate, svilendo il ruolo e la funzione originale dei beni pubblici, alimentano l'affermazione della categoria giuridica beni comuni²⁷.

In una prospettiva di analisi comparatistica è interessante notare come nell'ordinamento elvetico invece, la logica proprietaria, in relazione ai beni ritenuti funzionali allo svolgimento della personalità umana sia stata superata dalla dottrina e dalla giurisprudenza sin dall'inizio del secolo scorso, attraverso l'inserimento nel Codice civile svizzero di una specifica previsione normativa (art. 28) che prevede un diritto generale della personalità, il cui riconoscimento è un diritto individuale a carattere generale, teso verso la tutela di ogni consociato²⁸.

Su tali basi l'ordinamento elvetico è riuscito a garantire tutela giuridica ai beni prescindendo dalla loro titolarità, purché essi siano strettamente connessi alla persona: il diritto all'acqua, all'ambiente, al territorio etc..., sono riconosciuti come diritti dell'individuo in quanto persona, necessari per l'esercizio della sua personalità, e non come diritti dell'individuo in quanto proprietario, legati a profili di carattere meramente economico: in questo modo essi sono stati fatti rientrare nel diritto generale della personalità espressamente sancito dall'art. 28 del Codice menzionato²⁹, che ha dunque costituito la via per garantire tutela giuridica anche ai beni comuni³⁰.

3. Sdemanializzazione e proprietarizzazione: una comparazione diacronica

²⁵ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafi 2 e 3); A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 2-6; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 55.

²⁶ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 1).

²⁷ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 4-5; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna: il Mulino, 2013; M. R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona: Ombre corte, 2012; U. MATTEI, *Beni comuni. Un Manifesto*, cit.; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit.; P. GROSSI, *I beni: itinerari fra moderno e post-moderno*, in *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, 2012.

²⁸ Cfr. H. GIESKER, *Das Recht des Privaten an der eigenen Geheimshäre. Ein Beitrag zu der Lehr von den Individualrechten*, Zürich: Druck von Zürcher und Furrer, 1904, p. 12; K. SPECKER, *Die Persönlichkeitsrechte*, Zürich: Recht Zürich, 1910, p. 31; S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova: Cedam, 1979, pp. 31-34.

²⁹ Per la storia della codificazione svizzera in una prospettiva comparata, in cui vengono evidenziati gli influssi subiti dalla dottrina francese e tedesca durante la stesura del codice civile svizzero, si veda A. GAMBARO E R. SACCO, *Trattato di diritto comparato. Sistemi giuridici comparati*, Milano: Utet, 2014, pp. 287-291.

³⁰ Sul punto si veda S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, cit., p. 153.

L'intensificarsi delle operazioni di dismissione di beni appartenenti allo Stato o agli enti pubblici territoriali, ha portato da un lato, alla rottura del nesso tra proprietà pubblica e destinazione pubblica e dall'altro, all'appropriazione da parte di soggetti privati dei beni pubblici, creando così, come diceva Oreste Ranelletti già alla fine del XIX secolo, «una sorta di proprietà privata corretta da un regime vincolistico amministrativo»³¹. Così facendo è stato introdotto nel nostro ordinamento positivo – per come attentamente osservato da Vincenzo Cerulli Irelli – “il principio della valorizzazione dei beni pubblici”³².

Tale stato di cose è stato determinato dall'operazione di identificazione dei beni pubblici con la proprietà pubblica, che ha comportato lo svilimento dei beni pubblici, orientati a soddisfare gli interessi del *dominus*, piuttosto che le esigenze della collettività: la proprietà pubblica, sovrapponendosi al modello demaniale ed in generale ai beni pubblici in uso pubblico, ha legato il bene alla funzione che il *dominus* intende attribuirgli, configurando così rapporti escludenti, riconducibili a quelli di natura soggettivi³³.

Si tratta dunque, di un modello demaniale determinato dalla prevalenza della dimensione soggettiva e strutturale del rapporto, piuttosto che della dimensione oggettivo-funzionale e che in virtù di ciò, rende possibile alla sovranità statale decidere discrezionalmente di cambiare titolo e destinazione del bene o addirittura, di attribuire al bene una funzione diversa: un modello che proprio per queste sue caratteristiche non impedisce affatto la svendita dei beni pubblici in generale e demaniali in particolare (*rectius* beni comuni), limitando, al contrario, accessibilità e fruibilità secondo logiche legate al profitto³⁴.

I processi di privatizzazione, incentivati da un'interpretazione di stampo liberista del diritto europeo, sono dunque una diretta conseguenza della struttura della categoria demaniale così come venutasi a configurare con l'affermarsi delle idee della pandettistica tedesca³⁵.

L'attuale fenomeno della sdemanializzazione dei beni demaniali e pubblici in generale, nei confronti dei quali lo Stato si pone come fosse il proprietario, presenta tuttavia un sorprendente parallelismo con la concezione patrimoniale emersa durante l'età feudale, in forza della quale veniva attribuito al sovrano non soltanto una facoltà di supremo controllo sulle attività pubbliche, ma anche un diritto di dominio su tutto quanto non formasse oggetto di immediata proprietà privata, riservandogli al contempo un diritto di alta proprietà e giurisdizione su tutti i beni destinati alla collettività, diritto che si configurava come dominio assoluto dello Stato sui beni destinati alla collettività.

³¹ Cfr. O. RANELLETTI, *Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio*, in *La Legge*, XXXII (1892), p. 245, ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, IV – *I beni pubblici*, Napoli: Jovene, 1992, p. 4; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 3-12.

³² Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 12. Sul punto si veda anche V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, Annuario 2003. Titolarità e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Milano: Astrid, 2004, p. 17, ove l'autore afferma di non condividere il suddetto principio.

³³ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 4-7.

³⁴ *Ivi*, pp. 6-7; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., p. 267.

³⁵ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., pp. 6-7.

Il *princeps*, dunque, per come rilevato dall'Horn, giurista tedesco del XVII secolo, non era solo *dominus quoad protectionem, iurisdictionem, administrationem*, ma deteneva anche una *potestas perfecte disponendi*, in quanto sovrano e dunque, unico proprietario di essi³⁶.

Tale potere consentiva ai sovrani di elargire concessioni in favore dei signori feudatari, anche di beni demaniali, ogni qual volta che lo ritenevano opportuno ed in modo del tutto discrezionale, sia per esigenze di carattere economico che di stabilità politica ed in totale dispregio al principio di inalienabilità dei beni demaniali prescritto da Federico II agli inizi del XIII secolo³⁷. Quest'ultimo, infatti, nel richiamare le fonti romanistiche nelle proprie disposizioni normative, aveva evidenziato non solo l'inalienabilità dei beni demaniali, ma anche la stretta relazione intercorrente tra territorio e collettività, precisando che il sovrano era solo il *maritus Reipublicae*, ed il *demanium regni* da lui posseduto non era altro che la *dos Reipublicae* su cui egli esercitava la sua vigilanza e l'amministrazione; quindi, da "buon padre di famiglia" e non anche da proprietario, non poteva distrarlo o venderlo ad altri, se non quando queste sue disposizioni avessero avuto come conseguenza l'accrescimento del demanio e dunque, il benessere della collettività: il demanio era infatti un dominio pubblico e in quanto tale, destinato alla collettività³⁸.

Nonostante l'abolizione delle leggi feudali sul finire del XIX secolo, l'affermarsi dell'*Etat administratif* francese napoleonico e soprattutto l'affermarsi dell'indirizzo pandettistico tedesco, hanno fatto sì che gli studi giuridici italiani si allontanassero dalla tradizione romanista e che il concetto di proprietà dei beni pubblici si affermasse definitivamente: il demanio è divenuto così sinonimo di proprietà individuale dell'ente pubblico³⁹.

Tutto ciò ha avuto come diretta conseguenza che anche per i beni demaniali e pubblici in generale, così come per quelli privati, valesse il principio de "l'appropriazione e valutazione economica", elaborato dalla dottrina civilista italiana⁴⁰.

4. Beni pubblici in pubblico uso versus beni pubblici in proprietà pubblica: verso la rivalutazione di antiche categorie giuridiche.

³⁶ Cfr. M.A. BENEDETTO, s.v. *Demanio*, cit., pp. 423-427; CORTESE, s.v. *Demanio*, cit. pp. 71-83; *Atti del convegno di studi in onore di Gian Domenico Romagnosi nel bicentenario della nascita (Salsomaggiore 1761-Milano 1835), Salsomaggiore 30 settembre-3 ottobre 1961*, Milano 1961, pp. 324-325; G.D. ROMAGNOSI, *Della ragion civile delle acque nella rurale economia*, Firenze 1834, p. 1287; ID., *Condotta delle acque*, Milano 1843, p. 37.

³⁷ Molto importanza aveva invece dato Federico II alle terre demaniali: per tutelarle e preservarle dagli abusi feudali egli emanò infatti, diverse leggi, tra cui ricordiamo in particolare la costituzione *Dignum fore*, in forza della quale prescrive che chiunque possedeva terre o cose demaniali senza privilegio regio avrebbe dovuto restituirle il giorno di Natale; in diverse occasioni, per punire il feudatario, egli non esitò a ridurre in demanio le città già infeudate, motivo per cui durante il suo regno il numero delle città demaniali aumentò notevolmente: cfr. F. LAURIA, *Demani e Feudi nell'Italia meridionale*, cit., pp. 138-148. Tipica espressione della concezione patrimoniale dei *bona publica*, era l'istituto della regalia, secondo il quale veniva attribuito ai sovrani non soltanto una facoltà di supremo controllo sulla vita pubblica ma anche un diritto di dominio su tutto quanto non formasse oggetto di immediate proprietà privata. Tale istituto rappresenta il tentativo di evitare l'alienazione dei beni pubblici, sulla base della tradizione romana: cfr. M.A. BENEDETTO, s. v. *Demanio*, cit., pp. 423-427.

³⁸ Cfr. R. TRIFONE, *Feudi e demani eversione della feudalità. Eversione della feudalità nelle Province Napoletane*, cit., pp. 50-52.

³⁹ Il demanio è divenuto in pratica una sorta di diritto dominicale della persona giuridica statale, simile ai beni privati e in quanto tale, soggetto alla libera determinazione del legislatore, anche in senso dismissivo.

⁴⁰ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 4.

L'affermazione del principio secondo il quale il bene pubblico, anche se destinato ad una funzione pubblica e persino qualora appartenga al demanio, possa essere privatizzato e divenire oggetto di diritti di carattere patrimoniale in capo a soggetti terzi, dimostra che ci troviamo di fronte ad un modello normativo che rende necessaria la costruzione di una dottrina dei beni pubblici del tutto diversa da quella attuale, che sta invece conducendo al declino la categoria del demanio⁴¹.

L'attuale disciplina dei beni pubblici si muove in una dimensione soltanto legislativa, con pochi e comunque deboli riferimenti costituzionali, fatti essenzialmente consistere nel solo art. 42 della Costituzione e senza che vi sia alcuna norma di rango primario che dia concreta attuazione ai principi costituzionali, nonostante la rilevanza costituzionale dei diritti di proprietà - e più in generale dei regimi giuridici di appartenenza e di appropriazione⁴².

Tutto ciò rappresenta dunque, un'indispensabile premessa per ritenere necessaria una innovazione del regime giuridico dei beni pubblici⁴³.

Significative sono al riguardo le osservazioni mosse da un giurista d'oltralpe, Yves Gaudemet, il quale nel constatare il paradosso della mancata istituzione di un nesso di corrispondenza tra beni pubblici e diritti costituzionali, sostiene - sulla scorta dell'antico insegnamento romano secondo il quale le *res que publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur* - che il demanio è luogo e strumento naturale di esercizio di numerose libertà fondamentali pertanto, esso non deve essere protetto e conservato in sé e per sé, ma in virtù delle utilità che procura e tra queste, in primo luogo, l'esercizio delle libertà individuali e collettive⁴⁴.

A suo avviso, oltre a dover inserire un complesso di norme di rango costituzionale per rafforzare la tutela della categoria demaniale, occorre separare la titolarità dello Stato sul bene dalla sua destinazione, essendo l'ente pubblico un mero custode e amministratore dei beni destinati a soddisfare un interesse pubblico collettivo⁴⁵.

Sulla scia del giurista francese, anche per il professore e avvocato del XX secolo Enrico Guicciardi, assume rilievo la funzione del bene pubblico piuttosto che la proprietà statale, definendo quest'ultima come una "proprietà necessaria per lo svolgimento di certe sue funzioni e l'adempimento di certi suoi fini"⁴⁶, una mera intestazione dalla quale discendono doveri di cura e manutenzione per il soddisfacimento di fini pubblici rispetto ai quali essa si prospetta indispensabile, pertanto, in alcun modo essa potrà essere assimilata al dominio privatistico⁴⁷. Una

⁴¹ Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 12-13; V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica*, cit., p. 17; M. RENNA, s.v. *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, I, Milano: Giuffrè, 2006, p. 723.

⁴² Si perpetua una ormai lunga consuetudine di studio che ha consegnato la disciplina dei beni pubblici ai "mezzi di azione della pubblica amministrazione": cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 14-16; M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 443-445.

⁴³ Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 17.

⁴⁴ Cfr. Y. GAUDEMET, *Libertés publiques et domain public*, in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, 1998, pp. 125-134; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 57-95.

⁴⁵ Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 95.

⁴⁶ Cfr. E. GUICCIARDI, *Il demanio*, 1934, ristampa anast. 1989, Cedam: Padova, p. 14; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 96.

⁴⁷ Estremamente interessante sono anche le osservazioni fatte da Lorenzo Meucci, il quale ricorre alla figura della proprietà pubblica non per indebolire il profilo dell'appartenenza collettiva, ma per rafforzarlo; a suo avviso infatti, lo Stato è sì

proprietà resa necessaria per lo svolgimento delle sue funzioni e dei suoi fini, per il raggiungimento dei quali deve avere dei beni demaniali, allo stesso modo in cui per esistere deve avere un territorio⁴⁸.

In ordine a tale ultimo punto, già i primi teorici dello Stato moderno avevano in effetti evidenziato che lo Stato non può esistere se non sia dotato di un territorio e di un suo patrimonio, si legge infatti in Jean Bodin, ritenuto il maggior teorico del concetto moderno di sovranità, che: «oltre alla sovranità, a formare lo Stato concorre necessariamente qualcosa di comune e pubblico: strade, mura, piazze, la giustizia, le pene *etc.*... e tutte le altre cose comuni o pubbliche o di ambo i tipi, senza niente di pubblico non vi può essere Stato, tali beni sono destinati a restare nella riserva dello Stato per l'utile suo – che è un utile collettivo per definizione – e secondo un titolo che non può essere assimilato a quello dominicale privato»⁴⁹.

Anche il giurista tedesco Otto Mayer, uno dei più noti cultori del diritto amministrativo di fine Ottocento, nel riprendere e rivalutare i principi della dottrina e giurisprudenza romanista, sosteneva - distaccandosi con ciò in modo netto dalla dottrina pandettistica, la quale a suo avviso aveva fatto una strumentale riutilizzazione delle tecniche romanistiche - che la proprietà dei beni pubblici è solo una maschera che serve a nascondere lo “*Starke Mann*”, ossia un ente pubblico gestore, forte, che esercita sul bene una potestà amministrativa che egli definisce “*öffentliche Sachverwaltung*”, ossia una potestà amministrativa di sorveglianza e di amministrazione; Mayer pone l'accento sull'ente gestore-autorità, indipendentemente dalla proprietà ed escludendo totalmente l'applicabilità della normativa privatistica dalla disciplina dei beni pubblici, la quale sostiene essere, per definizione, contraria agli interessi della collettività, in capo alla quale invece sussiste un diritto pretensivo nei confronti dei mandati istituzionali, posti lì unicamente per la tutela dei beni pubblici e l'assolvimento dei bisogni della collettività⁵⁰.

Il requisito specifico della titolarità va dunque individuato nella natura della funzione alla quale sono destinati i beni: solo così sarà possibile riportare la comunità alla *res*, saldando il rapporto funzionale tra *dominus* e beni e riassegnare allo Stato la sua originaria funzione di

proprietario dei beni pubblici, ma non nel senso di persona giuridica, bensì come popolo organizzato, per cui l'uso spetta alla collettività intesa nell'accezione romanistica di *universitas*, di cui lo Stato rimane un mero amministratore: cfr. *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino: Fratelli Bocca, 1905, pp. 315-324; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 98-100.

⁴⁸ Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 96-97.

⁴⁹ Cfr. J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, (a cura) di M. ISNARDI PARENTI, vol. I, Torino, 1988, Libro I, p. 177; B. DE JOUVENEL, *La sovranità*, trad. it. di E. SCIACCA, Milano, 1971; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 69-70.

⁵⁰ Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., pp. 277-278; M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 137.

Sulla nozione di proprietà pubblica introdotta dalla pandettistica tedesca, Caputi Jambrenghi insieme a Cerulli Irelli rilevano come in realtà tale nozione, creata dalla pandettistica tedesca per spiegare la natura dei poteri dominicali sui beni demaniali da parte dello Stato, venne in realtà introdotta con lo scopo di sottrarre all'applicazione della normativa civilistica i beni pubblici e sottrarli al regime dell'alienabilità e commerciabilità; ciò in quanto i giuristi tedeschi avevano un problema che non si poneva ai giuristi italiani e francesi, ossia quello di giustificare un regime derogatorio al codice civile dei beni appartenenti allo Stato e agli altri enti pubblici territoriali, in forza del quale si disponeva l'incommerciabilità e l'inalienabilità dei beni pubblici, ad esempio il codice napoleonico del 1805, il codice sardo del 1827 e quello del regno d'Italia del 1865, prevedevano già il regime dell'inalienabilità ed incommerciabilità dei beni pubblici: per i giuristi tedeschi invece, la disciplina della proprietà era unica, per cui la disciplina ivi prevista si sarebbe dovuta applicare a tutti i beni indipendentemente dalla soggettività pubblica del proprietario. Tale dottrina tuttavia, è stata in larga parte fraintesa: cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, s.v. *Beni pubblici*, in *Digesto delle discipline pubbliche*, Torino: Utet, 1987, p. 273.

amministratore di un bene che rimane in proprietà della collettività, in modo da assicurare ai cittadini condizioni di libero accesso ed eguale uso.

In tal senso può certamente dirsi che la categoria demaniale rappresenta il modo attraverso il quale si sottrae alla commerciabilità un bene ritenuto necessario ad una funzione pubblica e per garantire alla collettività il libero accesso ed eguale godimento: essa rappresenta in pratica un regime di particolare protezione grazie al quale l'ente pubblico impedisce ai privati di divenirne i titolari⁵¹; da ciò ne consegue che i beni demaniali, nei confronti di terzi, non possono neppure essere considerati beni ai sensi dell'art. 810 c.c., ma semplici "cose", poiché dalle stesse assume valore giuridico esclusivamente il valore d'uso e non già quello di scambio⁵².

In tale prospettiva la teoria della riserva è probabilmente quella che più si approssima alla essenza giuridica della demanialità: essa infatti, muovendo dall'assunto secondo il quale l'ordinamento giuridico garantisce non tanto la proprietà, quanto piuttosto la libertà patrimoniale dei soggetti privati, intesa quale capacità dei medesimi di appropriarsi di ogni bene, si pone come limite alla legittimazione di soggetti privati di appropriarsi di detti beni; essa ha dunque lo scopo di rendere la proprietà accessibile a tutti, impedendo al contempo l'esplicazione della capacità dei privati a divenire titolari di beni pubblici in generale e demaniali in particolare, e di rafforzare così l'appartenenza di detti beni in capo alla collettività: nessuno può divenire proprietario di tali beni per assicurare a tutti la possibilità di usarli⁵³.

Potrebbe pertanto essere utile ripartire da quanto detto sino a qui per tentare di avviare una rilettura dei beni pubblici volta a ripristinare l'originaria distinzione tra bene pubblico e proprietà pubblica, e costruire su nuove basi giuridiche la categoria dei beni comuni, quale sub categoria giuridica dei beni pubblici, individuando i beni comuni tra quelli oggetto di riserva statale, e più specificatamente, tra tutti quei beni, che sulla scorta delle loro funzioni, non possono essere dismessi dallo Stato in quanto ritenuti essenziali allo svolgimento dei suoi compiti ed indispensabili per il godimento e l'esercizio dei diritti fondamentali della collettività: beni pubblici che in virtù delle loro specifiche funzioni non possono essere oggetto di appropriazione da parte di terzi e che pertanto, esulano da ogni logica economica e dinamica commerciale, esattamente come avveniva nell'ordinamento giuridico romano con le *res communis omnium*, che pur essendo beni pubblici, erano considerati *extra commercium*.

Trattasi di una categoria giuridica, che proprio in virtù di tali caratteristiche, non è immediatamente sovrapponibile a quella dei beni pubblici, ma è espressione di una sua specificità; un rapporto *genus* (beni pubblici) – *species* (beni comuni), da tutelare con apposita ed adeguata copertura normativa, fissando principi-valori a livello costituzionale da attuare concretamente attraverso norme di rango primario che impediscano ogni sorta di potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione.

⁵¹ Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., pp. 55-56; E. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., pp. 72-74.

⁵² Il termine cose non rinvia tanto ad un aspetto naturalistico, quanto piuttosto ad un rapporto giuridico di quello proprio dei diritti soggettivi, riferibile ad una capacità non patrimoniale: cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 102-103 nota n. 109; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., p. 112; S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 80-150.

⁵³ Cfr. M. ESPOSITO, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 103-104; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., p. 55.

In tal modo la disciplina codicistica dei beni pubblici verrebbe ad essere completamente innovata ed armonizzata con la Costituzione, mentre il bene pubblico e demaniale in particolare (*rectius* comune), verrebbe nuovamente ad essere legato alla sua funzione, piuttosto che al *dominus*⁵⁴.

5. Verso la costruzione di una categoria giuridica: spunti giurisprudenziali e normativi

I processi di privatizzazione e di concessione dei beni demaniali, divenuti negli ultimi tempi sempre più frequenti, sono la naturale conseguenza del potere discrezionale del *dominus* di disporre di detti beni, azioni resi possibili, come abbiamo visto sopra, dalla fragilità della categoria del demanio a perseguire da un lato, lo *status* dell'inalienabilità e dall'altro la funzione sociale legata ai beni stessi, nonché dalla mancanza di un'adeguata copertura normativa, non solo a livello costituzionale, che ponga degli argini a tale potere discrezionale. Tutto ciò ha spinto dottrina, giurisprudenza e governi locali, verso l'elaborazione di concetti giuridici finalizzati alla costruzione di una specifica categoria in grado di tutelare i beni comuni attraverso un'adeguata copertura normativa, svilendo il ruolo fondativo della nozione di appropriabilità, escludente ed esclusiva⁵⁵.

Ci si chiede tuttavia, se l'elaborazione dottrinale, giurisprudenziale e la realtà locale possano effettivamente spostare l'asse degli elementi fondativi della categoria giuridica, a prescindere dal dato legislativo, dando maggiore fondamento giuridico al concetto dei beni comuni. Al riguardo torna utile un'osservazione fatta già negli anni quaranta da uno dei maggiori giuristi del XX, Salvatore Pugliatti, in base alla quale la formazione dei concetti giuridici sarebbe caratterizzata dalla fissazione di un *corpus* di regole provenienti dalla volontà legislativa, ovvero da una scelta di diritto positivo posta in essere dal legislatore che trasformi il concetto giuridico in categoria giuridica per ancorarla al diritto positivo vigente; proprio in virtù di questa derivazione non può escludersi che il dato reale – teso a trasporre il concetto giuridico in categoria giuridica attraverso la dottrina, la giurisprudenza e la normazione locale – possa modificare il concetto legislativo, ossia l'istituto giuridico⁵⁶.

In tal senso un riferimento di capitale rilievo è certamente la sentenza n. 3665 del 14 febbraio 2011 resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nella quale la Suprema Corte, reinterpretando il concetto di demanialità ed auspicando una politica amministrativa di tipo orizzontale per un maggiore coinvolgimento dei cittadini nella gestione dei beni funzionali al soddisfacimento degli interessi dell'intera collettività, ha precisato che «là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale, detto bene è da ritenersi “comune”, vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente

⁵⁴ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 9-11).

⁵⁵ Cfr. A. LUCARELLI, *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 3.

⁵⁶ *Ivi*, pp. 2-3; ID., *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. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano: Giuffrè, 1954.

collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini e al di fuori dell'ormai datata prospettiva della proprietà codicistica»⁵⁷.

Come possiamo notare in questa importante pronuncia la Suprema Corte ha adoperato il concetto di beni comuni, indicando con esso beni, che a prescindere dal titolo di proprietà, sono funzionali al perseguimento e soddisfacimento degli interessi della collettività costituzionalmente riconosciuti. In questo senso i beni pubblici possono intendersi di duplice appartenenza: alla collettività fruitrice e all'ente esponenziale che ha il compito di garantire la fruizione e la conservazione del bene comune. La Cassazione dunque, richiamando gli articoli 2, 9 e 42 della Costituzione, al fine di tutelare la personalità umana e il suo corretto svolgimento nello stato sociale, ha superato la vecchia concezione proprietaria dello Stato-persona, per assicurare l'uso e il servizio che il bene deve offrire alla collettività nella realizzazione dei valori costituzionali. Un aspetto saliente di questa sentenza è che essa prescinde dal titolo di proprietà, passandolo in secondo piano rispetto alla funzione sociale del bene, definendo in tal senso i beni comuni⁵⁸.

Significative azioni volte a costruire la categoria dei beni, dando attuazione ad una nuova forma di azione pubblica per la loro tutela e garantendo al contempo un maggior coinvolgimento del pubblico interessato sia nella fase decisionale che in quella gestionale, non sono mancate neppure a livello locale.

In Italia, il primo comune ad aver istituito un Assessorato con delega specifica ai beni comuni, modificando il proprio Statuto comunale ed inserendo i beni comuni tra gli interessi da riconoscere e tutelare come funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona, è stato il comune di Napoli, il quale ha preso le mosse dall'idea secondo cui, per essere sottratti alla logica dell'uso esclusivo, i beni comuni necessitano di una gestione condivisa e partecipata, che sia la sintesi delle esigenze e delle istanze delle collettività.

Un primo e importante esempio che dimostra come la città di Napoli abbia inteso tutelare i beni comuni sono le iniziative intraprese per tutelare la risorsa idrica. Quest'ultima, all'indomani del referendum popolare del 2011 in cui la cittadinanza si era espressa contro la privatizzazione dell'acqua, con delibera n. 740 del 15.6.2011, ha riconosciuto la risorsa idrica come un bene comune pubblico essenziale, con l'intento di garantirne una fruizione collettiva equa e solidale, aperta anche alle generazioni future, attraverso un governo pubblico partecipato⁵⁹, provvedendo poi, con delibera successiva – la n. 942 del 23.09.2011 - a modificare lo Statuto della società che si occupava delle risorse idriche nel territorio campano, trasformandola da società per azioni avente scopo di lucro ad ente con finalità prettamente sociali, con capitale totalmente pubblico,

⁵⁷Cfr. S. LIETO, «Beni comuni» diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica, in *Politica del diritto*, 2/2011, pp. 331-335.

⁵⁸ Cfr. A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, in *Historia et ius*, 6/14, pp. 30-31; C. M. CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giurisprudenza italiana*, XII, 2011, pp. 2506-2514; E. PELLECCIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro italiano*, I, 2012, p. 573. Su di essa si vedano anche le considerazioni di P. GROSSI, *I beni: itinerari fra "moderno" e "post-moderno"*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXVI, 4/2012, pp. 1081-1083.

⁵⁹Cfr. A. TURCHIANO, *I beni comuni e il servizio idrico integrato. Napoli parte dall'A.B.C.*, in *Gazzetta Amministrativa. Contratti, Servizi Pubblici e Concorrenza*, I, 2012, pp. 216-219.

di proprietà del comune di Napoli⁶⁰. È così che nasce l'ABC Napoli, acronimo che sta per Acqua Bene Comune⁶¹.

Altro esempio significativo, che dimostra come l'amministrazione comunale di Napoli intende tutelare i beni comuni attraverso l'attività legislativa comunale, è la delibera comunale del 29.12.15, che riconosce il regolamento d'uso civico e collettivo urbano dell'ex Asilo Filangieri, elaborato collettivamente durante un tavolo di lavoro pubblico tenutosi ogni settimana da maggio 2012 a dicembre 2015. Nella dichiarazione si legge: «La proprietà dello stabile – in quanto demanio comunale – è del Comune di Napoli, che nella piena disponibilità dell'immobile, qualificandolo come “bene comune”, lo vincola alla destinazione di uso di un “centro di produzione”, inteso quale luogo adibito alla creazione e fruizione delle arti e della cultura, in cui si esercitano e sperimentano forme di democrazia partecipativa che determinano le condizioni d'uso collettivo dello spazio, nella consapevolezza che “vi è una stretta connessione fra l'interesse della collettività alla conservazione degli usi civici e il principio democratico di partecipazione alle decisioni in sede locale” (Corte Cost. 345/1997) [...] La presente dichiarazione ispirandosi a un'interpretazione estensiva degli usi civici regola l'utilizzo degli spazi dell'*Asilo* e degli strumenti di produzione ivi contenuti, garantendo la fruibilità, l'inclusività, l'imparzialità, l'accessibilità e l'autogoverno, al fine di assicurare la conservazione del bene per le future generazioni e il diritto d'uso collettivo da parte della comunità di riferimento».

L'amministrazione comunale di Napoli, attraverso l'approvazione di una serie di delibere, ha dunque contribuito in modo significativo alla costruzione di una categoria giuridica dei beni comuni, dando al contempo impulso ad una nuova forma di diritto pubblico, che in linea con i lavori della Commissione Rodotà, tuteli e valorizzi quei beni funzionali a garantire i diritti fondamentali di appartenenza collettiva, che non possono essere sottratti né al godimento, né ad una gestione condivisa e partecipata della comunità.

Le iniziative intraprese dal comune di Napoli, volte ad allargare la partecipazione civica ai processi decisionali relativi ai beni comuni attraverso il referendum, rappresentano una sfida importante in vista del coinvolgimento dei cittadini nella determinazione della politica comunale: è infatti da questa città del Sud che in Italia ha avuto inizio un percorso politico-partecipato per costruire una nuova forma di azione pubblica locale per la tutela dei beni comuni.

⁶⁰ È a questa nuova realtà che viene affidato il compito di gestire la captazione e la distribuzione dell'acqua, oltre che il recupero, la depurazione e lo sversamento dei liquami reflui: gli utili andranno in investimenti, mentre le tariffe saranno modulate su criteri di reddito e livelli di consumo, garantendo un quantitativo minimo giornaliero alle famiglie meno abbienti ed evitando l'intromissione di operatori privati.

⁶¹ Di recente anche il comune di Torino con delibera del 9 ottobre 2017 ha approvato la trasformazione di SMAT S.p.A. in Azienda di diritto pubblico, rispettando, a distanza di sei anni, la volontà popolare espressa dal Referendum del 2011. Torino diventa così la seconda grande città italiana, dopo quella di Napoli, a dare attuazione democratica all'esito referendario, collocandosi insieme ad altre grandi città europee come Amburgo, Barcellona, Berlino, Londra, Montpeillier, Nizza, Parigi e Tolosa, tra quelle che hanno già ripreso in mano la pubblica proprietà e la gestione partecipativa della loro acqua. In ordine alla gestione e valorizzazione della risorsa idrica e dell'ambiente in generale è stata avanzata l'idea di provvedervi attraverso l'istituto del trust o della fondazione senza scopo di lucro, attribuendo all'affidatario del bene il potere-dovere di gestire e valorizzare il bene stesso. Sul punto si veda L. CASERTANO, *Proprietà e ambiente. La soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*, Milano: Giuffrè, 2008, pp. 72-96; S. RICCI, *Trust e non profit*, Santarcangelo di Romagna: Maggioli, 2013.

6. La necessità di una categoria giuridica: l'opinione dei giuristi

Con i beni comuni compare dunque, una dimensione diversa, che ci porta al di là dell'individualismo proprietario e della tradizionale gestione pubblica dei beni: non si tratta di un'altra forma di proprietà, ma de "l'opposto della proprietà" dove nessuno ha la possibilità di escludere l'altro, sia nella gestione che nel godimento della *res*⁶².

Tale concetto esprime l'aspirazione al superamento delle forme proprietarie tipiche dell'ideologia borghese, fondate sull'appropriazione e lo sfruttamento individuale dei beni⁶³; esso ha di mira la "costituzionalizzazione della persona, attraverso strumenti diversi da quelli proprietari e fuori da una logica puramente mercantile"⁶⁴. In tal modo anche la lacuna presente nel nostro Codice civile⁶⁵ verrebbe ad essere colmata attraverso i principi costituzionali che pongono al centro dell'attenzione la persona e i suoi interessi, da rendere effettive attraverso il riconoscimento di diritti inviolabili e l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale⁶⁶.

Subito dopo la conclusione dei lavori della Commissione Rodotà, numerosi sono stati gli interventi dei giuristi circa la necessità o meno di dare vita ad una categoria in grado di offrire adeguata tutela giuridica ai beni comuni. Tra i favorevoli possiamo certamente annoverare i Professori Luigi Ferrajoli, Alberto Lucarelli, Stefano Rodotà ed il giudice emerito della Corte Costituzionale Paolo Maddalena, i quali, in un'ottica riformista sia a livello di codificazione che di carta costituzionale, partono dallo stravolgimento della storica funzione del demanio per motivare la necessità di costruire una categoria dei beni comuni, che l'ordinamento giuridico deve tutelare e salvaguardare anche a beneficio delle generazioni future⁶⁷.

A parere degli autori, i beni comuni, mirando alla soddisfazione dei diritti fondamentali, superano il binomio titolarità-destinazione incentrato sul rapporto soggetto-bene, rapporto che non è stato in grado di istituire nessuna corrispondenza con i diritti fondamentali dal momento che la funzione sociale del demanio è rimasta collegata al potere discrezionale del dominus, piuttosto che alla realizzazione da soddisfare nell'interesse della collettività. Non si tratta di una categoria sovrapponibile *sic et simpliciter* a quella dei beni pubblici perché essa è espressione di una sua specificità e pertanto, il suo fondamento giuridico va desunto da quel complesso di principi e articoli presenti nella prima parte della Costituzione, che orientano beni e servizi nel rispetto di

⁶² Cfr. S. RODOTÀ, *Il valore dei beni comuni*, in *acquabenecomune.org*; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., pp. 1-2.

⁶³ Sul punto si veda A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit.

⁶⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari: Laterza, 2012, pp. 105-112.

⁶⁵ Secondo Alberto Lucarelli la soppressione dell'art. 811 c.c. (il quale così recitava: "I beni sono sottoposti alla disciplina dell'ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica e alle esigenze della produzione nazionale") ad opera dell'art. 3 del decreto luogotenenziale del 14 settembre 1944 n. 287 ha lasciato una grave lacuna; l'urgenza di abrogare il riferimento all'ordinamento corporativo ha infatti impedito al legislatore dell'epoca di accorgersi della grave soppressione del riferimento alla "funzione economica del bene". Né al riguardo sono stati più apportati correttivi, per cui ancora oggi sono considerati beni giuridici "le cose che possono formare oggetto di diritti" (art. 810 c.c.): cfr. P. MADDALENA, *I Beni comuni nel codice civile e nel sistema giuridico romano*, in *Chi difende i principi non negoziabili? La voce dei giuristi*, cit., p. 112.

⁶⁶ Cfr. A. LUCARELLI, in *Diritto privato e diritto pubblico tra solidarietà e sussidiarietà. Il vento non sa leggere*, di F. LUCARELLI e L. PAURA, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p. 170.

⁶⁷ Cfr. A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, cit., pp. 34-39.

principi di solidarietà e giustizia sociale, piuttosto che da un'interpretazione estensiva dell'art. 42 della Costituzione⁶⁸: una categoria giuridica in cui la natura giuridica del diritto prevale su quella del bene, la funzione sul titolo e le istanze sociali su quelle individuali⁶⁹.

La fruizione collettiva di fronte a beni qualificati come comuni si porrebbe allo stesso tempo come limite e condizione alla proprietà: quest'ultima verrebbe così a perdere i suoi caratteri di pienezza ed esclusività riconosciuti sin dalla rivoluzione borghese, in virtù della tutela dei diritti fondamentali e che l'ordinamento dovrebbe giungere a riconoscere come prevalenti rispetto a logiche individualistiche e di mero profitto⁷⁰.

In un'ottica tutt'altro che riformista si pone invece il comparatista torinese, Professore Ugo Mattei, anche lui membro della Commissione Rodotà, nonché promotore e patrocinante del referendum sull'acqua.

Secondo Mattei, pur essendo necessaria la creazione di una categoria di beni comuni, questa non è, tuttavia, realizzabile, non essendovi delle caratteristiche oggettive valide per tutti i beni comuni e che consentono a priori di identificare il bene come comune, dipendendo tale qualifica dai diversi contesti sociali⁷¹.

Non solo, ma a suo avviso, affinché possa affermarsi il “comune” occorre destrutturare l'attuale diritto di stampo liberale-borghese, dando vita, attraverso una rivoluzione, ad una nuova produzione giuridica dal basso, spingendosi così oltre lo Stato ed il costituzionalismo borghese. Secondo Mattei non ha senso una teoria dei beni comuni non collegata ad una prassi di lotta costituente volta a stabilire un nuovo potere, perché il diritto non è mai stato a favore del “comune”, ma protettore dell'accumulazione capitalistica⁷².

Neppure sono mancate opinioni contrarie alla creazione di una categoria giuridica, ritenendola inutile se non addirittura dannosa, atteso che la stessa condurrebbe verso una svalutazione del concetto pubblico senza offrire nessuna valida alternativa oltre alla “vaga idea” di fare affidamento sulla capacità della società di autorganizzarsi e fare a meno del potere pubblico⁷³. In tal senso si veda quanto sostenuto da Carlo Iannello nel suo scritto: “beni pubblici *versus* beni comuni”, nel quale critica aspramente la ricostruzione della categoria demaniale fatta dai sostenitori della categoria dei beni comuni, evidenziando altresì come, a suo avviso, la confusione tra demanio e proprietà individuale dell'ente, importata in Italia nel 1920 dall'ordinamento tedesco, sia stata ampiamente smentita, chiarita e superata sin dal 1963 grazie

⁶⁸ *Ibidem*, A. LUCARELLI, A. BARLETTA, I. EMMA, G. BIANCO, M. COSULICH, P. STANCATI, A. CIERVO, G. DI GENIO, S. GAMBINO, *La Costituzione italiana: riforme o stravolgimento?*, Torino: Giappichelli, 2016, pp. XXX-XXXI.

⁶⁹ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, cit., p. 37; A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, cit., pp. 38-39; 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*, cit.

⁷⁰ La prospettiva dei suddetti giuristi si basa dunque su un diritto naturale laico, ispiratore di riforme legislative a tutela dei diritti fondamentali della persona e delle generazioni future e ciò richiede di riflettere anche su un'eventuale modifica della nostra Carta Costituzionale, così da riconoscere e garantire i beni comuni a livello costituzionale: cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, cit., p. 37.

⁷¹ Cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un nuovo manifesto*, cit., p. 53-55; A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, cit., p. 39.

⁷² Cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un nuovo manifesto*, cit., pp. 53-55; ID., *Teoria e prassi costituente, nel governo del comune*, in *Tempo di beni comuni*, pp. 321-331; A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, cit., pp. 39-40.

⁷³ Cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, in *forum dei quaderni costituzionali* (24 settembre 2013), p. 7.

ad un illuminante lavoro di Massimo Severo Giannini - *I beni pubblici: dispense delle lezioni del corso di Diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963*⁷⁴ - nel quale l'autore ha reinterpretato il concetto di demanio e di beni pubblici in conformità al loro autentico significato, ossia quello di beni appartenenti alla comunità dei cittadini e aperti alla libera fruizione collettiva⁷⁵.

Carlo Iannello, infatti, rifacendosi alla teoria di Giannini, secondo la quale la categoria del demanio ha rappresentato il luogo in cui sono state custodite le cose comuni necessarie per la sopravvivenza umana e amministrata dallo Stato nell'interesse della collettività⁷⁶, ritiene che quanto c'è di "comune" sia stato prodotto dalla società e concorre alla formazione della sfera pubblica, vivendo dentro questa dimensione e contribuendo a dare volto sociale alla stessa idea di pubblico, pertanto, a suo avviso, il diritto pubblico, proprio con riferimento alla materia dei beni, manifesta tutto il suo contenuto sociale.

L'autore ritiene dunque, che al di fuori di questo involucro protettivo, il "comune" resterebbe indifeso, con il rischio di essere annientato dalla volontà individuale⁷⁷. Tutto ciò che serve alla comunità per garantire la sopravvivenza propria e dei singoli diventa cosa pubblica ed è sottratta all'arbitrarietà delle volontà individuali per garantirne l'accesso universale. Il senso della pubblicità dei beni e degli istituti che tale pubblicità garantiscono, come quello del demanio, è quello di garantire l'appartenenza collettiva di tutti quei beni necessari per la vita stessa della comunità⁷⁸.

Secondo tale ricostruzione, la materia dei beni pubblici svelerebbe il senso più antico del legame tra comunità e territorio: legame così intenso da fondare la comunità, le cose comuni e lo stesso ordinamento giuridico.

⁷⁴ L'autore ha chiarito che per comprendere la materia demaniale occorre ritornare alle origini, ossia rivolgere l'attenzione ai dati che hanno determinato la nascita dell'istituto demaniale, che affonda le sue radici nei fenomeni di appartenenza collettiva dei beni che servono ad una data comunità per soddisfare le proprie vitali esigenze. Il demanio, rileva Giannini, è stato all'origine una proprietà collettiva, cioè una proprietà da cui ogni membro della collettività poteva trarre delle utilizzazioni. Rilevatosi essenziale trovare chi potesse provvedere alla sua manutenzione, si individuò nel *dominus* terre, poi nel sovrano e infine nello Stato. Ma inavvertitamente ad un certo punto si sono invertite le parti e si giunse a concepire Stato e comuni come proprietari dei beni, gravati da servitù di uso da parte della collettività. Si è giunti così a rompere il legame tra beni e collettività, determinando un paradossale capovolgimento dei rapporti per cui si attribuì all'ente territoriale la proprietà individuale del bene e ai componenti la collettività un diritto d'uso. Sul punto si veda quanto scritto diffusamente da M.S. Giannini, *I beni pubblici: dispense delle lezioni del corso di Diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963*, Roma: Bulzoni, 1963.

⁷⁵ Cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, cit., p. 5; V. CERULLI IRELLI, *Uso pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLV, Milano: Giuffrè, 1992, pp. 956-960.

⁷⁶ Cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, cit., pp. 7-8. Sul punto è interessante quanto osservato da V. CAPUTI JAMBRENGHI, s.v. *Beni pubblici e d'interesse pubblico*, in *Digesto delle discipline pubbliche*, Torino: Utet, 1987, p. 1095: «Nei beni pubblici, dunque, lo Stato-amministrazione e gli enti territoriali mostrano, si direbbe fisicamente, la loro vera idoneità di struttura giuridica politicamente motivata all'utile e al servizio del pubblico. Il demanio e il patrimonio indisponibile finiscono quasi sempre per rappresentare l'espressione tangibile ed esterna – necessariamente predisposta alla fruizione di tutti i cittadini – di un'entità altrimenti soltanto politica e giuridica, epperò astratta, quale è lo Stato: nei beni pubblici – può dirsi – c'è concretezza dello Stato, se essi sono teatro di un suo incontro quotidiano con la realtà delle persone. È di estremo interesse – è il caso di aggiungere – come questo incontro valga a rilevare quanto di pubblico c'è (e deve esserci) in ogni privato che gode e usa la *res* e quanto di privato e di patrimoniale (l'interesse alla conservazione e all'uso perenne di un bene con oneri manutentivi ridotti al minimo e persino con un margine di utile, dove l'ordinamento lo consenta) c'è (e deve esserci) nell'ente territoriale cui la *res* appartiene».

⁷⁷ Cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, cit., p. 8.

⁷⁸ *Ibidem*

La teoria dei beni comuni invece a suo avviso, svalutando il pubblico, renderebbe più difficile e problematica la difesa delle cose comuni⁷⁹.

Tale critica, sebbene fondata sulle delle valide premesse, non tiene tuttavia in considerazione che la creazione di una categoria giuridica dei beni comuni non ridimensionerebbe affatto gli spazi pubblici, semplicemente sottrarrebbe al soggetto pubblico il dominio autoritario di tali spazi, evitando processi di sdemanializzazione per garantire attraverso un governo pubblico partecipato, i diritti fondamentali dei cittadini, rinvigorendo quell'antico legame tra beni, territorio e collettività⁸⁰.

7. Oltre l'assolutismo giuridico: il ruolo della comunità

Nei paragrafi precedenti abbiamo visto come l'attuale modello demaniale non sia più in grado di garantire né la funzione sociale dei beni, né tanto meno l'interesse generale dei consociati, in virtù del potere discrezionale dell'ente *proprietario* nel disporre della *res*, sottraendola al libero accesso e godimento della collettività, senza peraltro coinvolgere in dette decisioni il popolo, ormai solo apparentemente sovrano⁸¹.

La sovranità legislativa, piuttosto che la sovranità popolare, unitamente alla struttura demaniale, priva di adeguata copertura non solo costituzionale, hanno infatti consentito allo Stato di orientare i beni pubblici verso finalità di ordine economico, piuttosto che sociali.

L'intreccio tra assolutismo giuridico e liberismo economico ha così nel tempo impedito alla popolazione di partecipare attivamente alla vita della *res publicae*, per relegarla a mera depositaria della produzione giuridica; cosicché per reagire alla supremazia della legge scollegata dalla comunità, occorre riaffermare la sovranità popolare⁸², ed il principio di cui all'art. 1 della Costituzione per assumere i caratteri dell'effettività, deve essere il risultato di un processo, che al di là delle norme costituzionali, conduca ad un radicale mutamento del rapporto fra Stato e società, che consenta alla comunità di poter partecipare in modo attivo alle scelte decisionali del Paese ed alla gestione dei beni pubblici⁸³.

La partecipazione civica⁸⁴ - la cui essenzialità è stata anche empiricamente dimostrata dal premio Nobel per l'economia, Elinor Ostrom - consente infatti l'uso, la conservazione e finanche

⁷⁹ *Ivi*, p. 10.

⁸⁰ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, cit., p. 67; A. LUCARELLI, *Beni Comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit. (paragrafo 11).

⁸¹ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni Comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit. (paragrafo 3).

⁸² L'assolutismo giuridico si configura quale modello di compressione dei diritti, proprio laddove la sovranità legislativa si pone al di sopra della sovranità popolare: cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano: Giuffrè, 1998, pp. 3-6.

⁸³ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 6-7); C. MORTATI, *Principi fondamentali (artt. 1-12)*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di) G. BRANCA, Bologna-Roma: Zanichelli, 1975, p. 26.

⁸⁴ Oggi più che mai la comunità - sia quale singolo individuo, sia attraverso associazioni rappresentative - reclama fortemente la possibilità di trovarsi dentro i processi decisionali che la riguardano, senza essere costretta semplicemente a subirla e solo predisponendo strumenti in grado di permettere l'instaurarsi di un dialogo concreto tra istituzioni e cittadini sarà possibile garantire un solido consenso alle macro-decisioni pubbliche, evitando conflitti o disinteresse che portano all'inapplicabilità della normativa varata: in molti ordinamenti ai privati è attribuita la primaria responsabilità nella gestione diretta, mentre ai pubblici poteri è riservato un compito sussidiario di integrazione e supporto.

la valorizzazione di beni orientati al soddisfacimento di diritti fondamentali, garantendo la loro fruizione nel tempo, contrariamente alla privatizzazione e alla statalizzazione, che hanno invece generato spreco e degrado, senza alcuna garanzia di conservazione per le generazioni future: l'attuale difficoltà da parte dello Stato di dare le risposte Keynesiane alla collettività, rappresenta un esempio concreto del fallimento della gestione statale dei beni pubblici⁸⁵.

Tutto ciò non significa ovviamente che la partecipazione non vada governata dalle istituzioni pubbliche, infatti i principi della sussidiarietà orizzontale e verticale, unitamente al coinvolgimento popolare per il perseguimento di interessi generali ed il ruolo sempre più attivo delle amministrazioni locali non devono indurre ad un disarmo funzionale e di responsabilità da parte dello Stato, al contrario, sulla base di un riconoscimento costituzionale e di una modifica del codice civile, potrebbe essere utile introdurre una legge generale statale e poi eventualmente di settore, che disciplini i beni comuni, i diritti fondamentali ed i servizi pubblici essenziali ad essi riconducibili⁸⁶.

Tutto ciò eviterebbe il crearsi di inutili localismi e regionalismi che contribuirebbero a frammentare ulteriormente la tutela dei diritti fondamentali. Il rischio è infatti quello che possano formarsi microsistemi di *governance* dei beni comuni, magari anche efficienti, ma che tuttavia rischiano di mettere in crisi il principio di eguaglianza, attraverso una frammentazione della tutela dei diritti: “la *governance* può infatti costituire un valore aggiunto soltanto se si snoda nell’ambito

⁸⁵ La vera e grande scoperta di Elinor Ostrom sta nell’aver evidenziato che le comunità organizzate possono essere in grado di regolamentare efficacemente l’uso dei beni comuni a vantaggio di tutti: dal momento che il mercato e l’intervento pubblico hanno nel tempo aggravato la situazione delle risorse naturali e dei beni comuni in generale, secondo la Ostrom occorre promuovere l’economia della condivisione e forme di gestione democratica dei beni condivisi da parte della comunità organizzata. Interessante risulta essere anche il caso degli irrigatori di Valencia, i quali attraverso dei regolamenti specificavano tempo e modi per attingere dalle acque dei canali: cfr. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolutions of Institutions for Collective Actions*, New York: Cambridge University Press, 1990, trad. it. (a cura) di G. VETRITTO, F. VELO con titolo *Governare i beni collettivi*, Venezia: Marsilio, 2006, pp. 97-98, 107-108, 132-156. Si tratta di una consapevolezza da cui muovono interessanti riforme legislative anche in alcune esperienze giuridiche dell’America Latina: al riguardo si veda S. LANNI, “Reivindicaciones indígenas y resistencias homogeneizadoras: el «derecho a la consulta previa»”, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XXXI-XXXII, 2011, passim.

Anche nei paesi dell’America Latina il tema dei beni comuni è particolarmente sentito e seguito da molti anni, coinvolgendo la tutela dei diritti delle numerose comunità indigene presenti. Per quanto concerne il diritto a fruire delle risorse dei loro territori da parte dei popoli indigeni, grande importanza riveste la *Dichiarazione sui diritti dei popoli indigeni* deliberata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 2007, volta a contrastare la spoliazione di terre ai popoli indigeni (*land grabbing*), anche se i principi garantisti espressi non hanno carattere vincolante, con quel che ne consegue. Al riguardo si veda A. DANI, *Il concetto giuridico di beni comuni tra passato e presente*, in *Historia et ius*, cit., p. 33; S. LANNI, *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. 137-149; S. NESPOR, *L’irresistibile ascesa dei beni comuni*, cit., p. 2.

⁸⁶ Appare dunque, proficua l’opzione di lasciare al potere sovranazionale l’individuazione di norme di principi generali e condivise, rimettendo ai singoli contesti regionali e comunali la determinazione delle disposizioni di dettaglio, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale e verticale, riconosciuto dalla nostra Costituzione e introdotto con la riforma del titolo V (L. cost. 18 ottobre 2001 n. 3). In tal modo si favorirebbe un ruolo da protagonista delle realtà locali, dei singoli e della collettività nella gestione dei beni connessi con il godimento di libertà e diritti fondamentali.

Al riguardo si pensi all’esperienza del diritto comune medievale dove il pluralismo era un elemento di ricchezza: il sistema giuridico medievale si reggeva infatti in forza di un regime dinamico di fonti concorrenti, imperniato però su alcuni principi di fondo incontestabili. Oggi non appare più vincente l’opzione dal sapore tardo-illuministico di regolamentare i poteri pubblici, i produttori e i consumatori all’interno di una griglia rigida di disposizioni per lo più statali, al contrario, appare più proficua l’opzione di lasciare al potere sovranazionale l’individuazione dei pochi principi ‘naturali’ (generali e condivisi), rimettendo il più possibile entro il bacino comune di poche norme regionali il fluire inevitabilmente mutevole delle esigenze o quindi delle risposte giuridiche da dare a quelle esigenze.

di politiche pubbliche determinate e definite da istituzioni rappresentative di livello nazionale⁸⁷, così come avviene nella Confederazione elvetica, dove in determinate materie la legge federale si limita ad individuare esclusivamente le norme generali e di principio, spettando poi a ciascun Cantone e Comune precisare quali siano le disposizioni normative di dettaglio⁸⁸.

Sul punto è interessante notare, ad esempio, come per quanto riguarda la disciplina del demanio idrico, non esiste nella Confederazione elvetica un demanio federale, ma soltanto un demanio comunale e cantonale, per cui la Legge federale si limita ad individuare esclusivamente le norme generali e di principio, spettando poi a ciascun Cantone e Comune precisare quali siano le disposizioni normative di dettaglio. L'art. 664 del c.c. svizzero sottopone i beni del demanio naturale e artificiale ai poteri di alta polizia del Cantone in cui si trovano; l'alta polizia richiama la competenza normativa generale di diritto pubblico dei singoli Cantoni, che possono esercitarla entro i limiti definiti dal diritto privato federale, il quale continua ad applicarsi in via sussidiaria per le parti non derogate a livello cantonale. Il diritto federale non impone la qualificazione del potere dei Cantoni sui beni demaniali come prerogativa di natura proprietaria, lasciando a questi ultimi la possibilità di accogliere i diversi modelli teorici della proprietà pubblica, della sovranità sui beni demaniali o dell'appartenenza collettiva dei beni demaniali sottoposti a servitù legale di diritto pubblico⁸⁹.

Sullo specifico tema della partecipazione civica, la Confederazione elvetica fa certamente da maestra; qui infatti sin dal XIII secolo la popolazione si è organizzata per gestire direttamente le risorse naturali comuni: gli abitanti del villaggio di Torbel, ad esempio, già nel 1224 rappresentavano la principale unità decisionale, avendo costituito un'associazione per regolamentare l'uso delle risorse naturali come la montagna, la risorsa idrica, le terre non coltivate e le foreste, di cui era organizzata una gestione in grado di preservare le risorse naturali dai danni ambientali e umani, con la prevenzione di qualsiasi forma di spreco attraverso regolamenti locali, decisi e approvati dagli stessi utenti/proprietari⁹⁰. Nel tempo le decisioni vennero poi affidate alla *Landesgemeinde* ossia ad un'assemblea formata da uomini in età per portare le armi, ciò accadeva ad esempio nei Cantoni di – Zug, Uri, Swiyz, Unterwalden e Appenzell –, oppure ad una Dieta federale formata da delegati dei Cantoni, dove però i cittadini dei rispettivi Comuni dovevano provvedere alla ratifica delle decisioni prese dalla Dieta federale, ciò accadeva nei Cantoni nati come associazioni come – Graubünden e Wallis –, oppure ancora, come nel Canton – Genf –, ad un Consiglio Generale formato da cittadini e borghesi⁹¹.

La partecipazione popolare, costituzionalizzata solo nel XIX secolo⁹², continua ancora oggi a rappresentare per la Confederazione elvetica un elemento essenziale nella gestione degli

⁸⁷ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, cit., pp. 40-47.

⁸⁸ Cfr. D. CASILINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino: Giappichelli, 2014, pp. 82-83; P. MOOR, *Droit Administratif*, Berna: Stämpfli & Cie, 1992, vol. III, p. 256.

⁸⁹ Cfr. D. CASILINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, cit., pp. 82-83; P. MOOR, *Droit Administratif*, cit., p. 256.

⁹⁰ Cfr. R. MCC. NETTING, *Balancing on an Alp: Ecological change and Continuity in Swiss Mountain Community*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981, pp. 139-145; E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit., pp. 97-103.

⁹¹ L'osservazione su questo punto è di N. RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*, cit., pp. 17-21. E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit., pp. 97-102.

⁹² Il referendum popolare è espressamente previsto nel II capitolo della Costituzione svizzera, titolo IV, agli artt. 139-142, mentre la procedura è stata definita in dettaglio con la Legge sui Diritti Politici (LDP) del 17 dicembre 1976, dalla correlata

interessi pubblici, consentendo al popolo di interagire con i Comuni e i Cantoni attraverso i referendum⁹³, in tal modo si avrà una maggiore armonizzazione delle diverse esigenze locali e l'aumento del senso civico dei cittadini nei riguardi della *res publica*⁹⁴.

In Italia invece, il capoluogo campano, come abbiamo avuto modo di osservare nei paragrafi precedenti, rappresenta senza dubbio un importante riferimento nello sforzo di garantire una più efficace tutela e gestione dei beni comuni attraverso il coinvolgimento popolare e il ruolo attivo del governo locale.

8. Riflessioni di sintesi

A questo punto delinearò le conclusioni dell'*excursus* sopra esaminato, esprimendo alcune riflessioni *de iure condendo*.

Nelle pagine precedenti abbiamo visto come con l'affermarsi dello Stato moderno e soprattutto con il diffondersi delle idee della dottrina pandettistica tedesca, che hanno definitivamente identificato i beni pubblici con la proprietà pubblica e quindi con la demanialità, l'appropriazione sia divenuta un elemento costitutivo anche per la categoria dei beni pubblici⁹⁵.

Di tal ché, la struttura demaniale, supportata da un debole assetto normativo sia di rango costituzionale che primario, ha fatto sì che il bene, pur se pubblico, venisse orientato a soddisfare gli interessi del *dominus* piuttosto che quelli della *communitas*, prescindendo dalle funzioni proprie della *res*, limitando accessibilità e fruibilità attraverso processi di privatizzazione e atti concessori, che hanno cancellato il vero significato del concetto di “pubblico” - etimologicamente del “popolo” - il quale ha così perso ogni relazione con la collettività, così come accaduto durante l'età feudale attraverso le concessioni fatte dal sovrano ai feudatari, in forza della concezione patrimoniale dello Stato allora vigente⁹⁶.

Attraverso il percorso di destrutturazione dell'attuale categoria demaniale sopra esaminato, diventa possibile, alla luce di quel filone di studi riconducibile soprattutto alle opinioni di Yves Gaudemet, Enrico Guicciardi ed Otto Mayer ed ad una complessiva rivalutazione delle categorie

ordinanza del 24 maggio 1978 e dalla Legge sull'Assmblea Federale del 13 dicembre 2003, integrata dalla giurisprudenza del Tribunale Federale in material: cfr. L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Torino: Giappichelli, 2016, p. 419; sul punto si veda anche diffusamente E. GRISIEL, *Initiative et référendum populaires. Traité de la démocratie semi-directe en droit suisse*, Berna: Stämpfli, 2004.

⁹³ La costituzione svizzera ha un sistema di democrazia semi-diretta alquanto complesso, all'interno del quale la dottrina ha distinto fra iniziativa, referendum obbligatorio, facoltativo, ordinario e straordinario. Sul punto si veda più dettagliatamente L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., pp. 419-422; J.-F., AUBERT, *Le Référendum en Suisse: Règles et Applications*, in F. HAMON, O. PASSELECQ (eds), *Référendum en Europe. Bilan et perspectives*, Paris: l'Harmattan, 2001, p. 53; H. KRIESI, A.H. TRECHSEL, *The Politics of Switzerland: Continuity and Change in a Consensus Democracy*, Cambridge: Cambridge U.P., 2008, p. 59.

⁹⁴ Sul punto, tuttavia, occorre osservare come l'ampio uso del referendum abbia inciso sulla qualifica concorsuale della democrazia svizzera, spingendo Governo e Parlamento ad introdurre in via formale o informale, meccanismi di negoziazione partecipativa al fine di scongiurare il pericolo di proposte di referendum, consultando fin dalla fase preparatoria della stesura del progetto di legge tutti i soggetti potenzialmente interessati a contrastarlo: cfr. L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., p. 422.

⁹⁵ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 55.

⁹⁶ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, cit., pp. 45-46.

giuridiche elaborate dalla dottrina e giurisprudenza romana, separare il profilo dominicale del bene da quello funzionale e di affermare che il profilo proprietario dei beni pubblici si riduce al solo aspetto dell'intestazione del bene allo Stato, dalla quale discendono doveri di cura e manutenzione per il soddisfacimento di fini pubblici: si tratta di un tipo di proprietà necessaria, al punto che venendo meno il bene, cessa anche la possibilità dell'esercizio della funzione pubblica⁹⁷.

Tutto ciò costituisce un indispensabile premessa per recuperare l'originaria distinzione tra bene pubblico e proprietà pubblica, così da poter ridisegnare su nuove basi giuridiche la categoria dei beni pubblici in generale, demaniali in particolare, e costruire la categoria giuridica dei beni comuni, quale *species* del più ampio *genus* dei beni pubblici.

Più specificatamente, la categoria dei beni comuni, potrà essere costruita prendendo le mosse dalle *res* oggetto di riserva statale, ossia tra tutte quelle *res*, che sulla scorta delle loro funzioni, non possono essere dismesse dallo Stato in quanto ritenute essenziali allo svolgimento dei suoi compiti ed indispensabili per il godimento e l'esercizio dei diritti fondamentali della collettività: beni pubblici che in virtù delle loro specifiche funzioni non possono essere oggetto di appropriazione esclusiva da parte di terzi e che pertanto, esulano da ogni logica economica e dinamica commerciale, esattamente come avveniva nell'ordinamento giuridico romano con le *res communis omnium*, che pur essendo beni pubblici, erano considerati *extra commercium*.

Tale categoria dovrà essere disciplinata con apposita ed adeguata copertura normativa, fissando principi e valori a livello costituzionale - che gli diano fondamento e riconoscimento - da attuare concretamente attraverso norme di rango primario⁹⁸.

In tale quadro di cose, la costruzione della categoria giuridica dei beni comuni non solo è possibile, ma si rende anche necessaria al fine di arginare gli abusi del soggetto pubblico sui beni comuni, i quali potranno essere gestiti attraverso forme di democrazia partecipativa che coinvolga la collettività e le istituzioni locali⁹⁹, evitando così rapporti di natura escludenti in una nuova dimensione del diritto pubblico ed in armonia con la nozione di sovranità popolare¹⁰⁰, così come

⁹⁷ Non si tratta dunque, di insuscettibilità di proprietà private del bene demaniale o pubblico, ma di incapacità di ogni altro soggetto di esercitare sul bene la stessa attività che vi esercitano gli enti pubblici territoriali: cfr. M. Esposito, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., p. 100.

⁹⁸ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 9-11); ID., *Alcune riflessioni in merito ai beni comuni tra sotto categoria giuridica e declinazione di variabile*, cit., p. 3.

⁹⁹ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 11); in merito alla partecipazione popolare si veda anche C. AMIRANTE, *Diritto Pubblico*, Torino: Utet, 2011, p. 245, ove l'autore sottolinea come la partecipazione non soltanto implicherebbe diversi effetti positivi ma avrebbe altresì un ruolo salvifico sulla democrazia partecipativa.

¹⁰⁰ Cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 6-7). La partecipazione della collettività misura, infatti, il grado di democraticità di uno Stato: quanto più si favorisce l'ingresso dei soggetti direttamente interessati nei processi decisionali, tanto più gli esiti legislativi rispecchieranno la volontà della cittadinanza con contestuale aumento del senso civico nella cura e nella conservazione delle risorse. Democraticità ed efficienza appaiono dunque strettamente interconnesse. In merito si veda G. MICCIARELLI, "I beni comuni e la partecipazione democratica", in *Jura Gentium*, XI, 2014, pp. 58-83; G. HARDIN, "The tragedy of the Commons", in *Science*, vol. 162, CLXII, 1968, pp. 1243-1248; U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, Firenze: Firenze University Press, 2010, p. 333.

In tal modo verrebbero ad inclinarsi anche alcune rigidità tipiche dello Stato-autorità e della sovranità statale, ampliando la responsabilità delle istituzioni pubbliche in una visione di Stato-comunità: cfr. A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., (paragrafo 6).

avviene nella Confederazione elvetica, dove il popolo partecipa alla gestione degli interessi pubblici, interagendo con i Comuni e i Cantoni, attraverso i referendum¹⁰¹.

Attualmente non esiste una soluzione unica e definitiva al problema, il lavoro da compiere è ancora tanto e richiede uno sforzo congiunto ed interdisciplinare, ma ciò che occorre principalmente è la volontà ed il coraggio di abbandonare radicati e vecchi condizionamenti, dettati soprattutto dalla pandettistica tedesca, in evidente contrasto con i nostri principi costituzionali, per riconsiderare e rivalutare le antiche categorie giuridiche elaborate dalla giurisprudenza e dottrina romanista, secondo le quali, in relazione alle *res communes omnium* - ossia ai beni comuni - non rilevava il profilo dominicale del bene ma solo quello funzionale, destinato ad uno scopo di pubblico interesse, ed il demanio esprimeva quel forte legame che dovrebbe sussistere tra beni, collettività e territorio: occorre in pratica un ritorno alle origini per «riporre non solo i nomi alle natie e genuine loro significazioni, ma le idee e le cose al loro posto»¹⁰².

In attesa di tutto ciò, sarà sicuramente indispensabile il contributo dell'attività giurisprudenziale della Suprema Corte e quello normativo delle amministrazioni locali, entrambe volte a ridisegnare, sia pure in fieri, un nuovo assetto normativo dei beni pubblici e della categoria demaniale, superando così l'assolutismo giuridico.

¹⁰¹ Sul punto si veda N. RODEAN, *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*, cit.; L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, cit., pp. 419-422.

¹⁰² Cfr. L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., p. 321.