

I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*

SOMMARIO: 1. Le ragioni di un recente dibattito. – 2. I beni comuni nel diritto positivo e nella giurisprudenza. – 3. Beni comuni e proprietà. – 4. Il testo di riforma del codice civile elaborato dalla Commissione Rodotà. – 5. Diritti fondamentali e beni comuni. – 6. Diritti collettivi e destinazione dei beni. – 7. L'uso e la gestione dei beni comuni. – 8. Il dovere di solidarietà come componente necessaria di uno statuto giuridico dei beni comuni.

1. La crescente attenzione degli studiosi e dell'opinione pubblica per i beni comuni¹ testimonia un importante ritorno di interesse per la dimensione collettiva, quale reazione alla diffusa insoddisfazione per l'assenza di alternative tra il pubblico, del quale si lamentano inefficienza e scarsa democraticità, e il privato, troppo spesso ispirato alla pura logica mercantile ed escludente del profitto².

Nella sua accezione giuridica, la categoria identifica quei beni a titolarità diffusa il cui regime si ritiene debba prescindere dall'appartenenza proprietaria e reso più idoneo, attraverso una appropriata regolazione giuridica, a garantire condizioni ottimali di

* Destinato agli studi in onore di Claudio Rossano.

¹ Si tratta di categoria nota da tempo anche agli studiosi del diritto amministrativo: v. per tutti M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 33 ss., e *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 92 ss., che li definiva – insieme ai beni pubblici, da lui ritenuti la forma moderna di proprietà collettiva – beni a fruizione collettiva e ne segnalava, quanto al regime giuridico, due aspetti salienti, uno di rilevanza internazionale (ad esempio per il mare e l'etere, ma si pensi oggi alla rete internet), l'altro di rilevanza interna, relativo alla soluzione dei problemi della conservazione e della fruibilità. L'A. rilevava come, a differenza dei beni collettivi, la cui situazione gli appariva stazionaria, per i beni comuni il dibattito fosse appena all'inizio, e si chiedeva anzi se tale nozione non fosse il punto di avvio per una revisione generale della teoria dei beni giuridici. In altri paesi, la riflessione sui beni comuni è iniziata negli studi economici e sociologici prima che giuridici. Si pensi, per tutti, agli studi di G. Hardin e di E. Ostrom.

² Prova ne sia che la tematica dei beni comuni ha formato oggetto di studio tanto da parte dei pubblicisti, tanto da parte dei privatisti. Tra i numerosi autori che si sono occupati del tema, in aggiunta ai titoli richiamati nel testo, cfr. AA.VV., *La società dei beni comuni*, a cura di G. Cacciari, 2010; M. ESPPOSITO, *I beni pubblici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2008; G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso "Myriad Genetics"*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2011, pp. 281 ss.; S. RODOTÀ, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Questione Giustizia*, 2011, pp. 237, il quale analizza alcune esperienze costituzionali quali quella venezuelana che pongono i beni comuni al centro dell'attenzione sottolineando la necessità di abbandonare la prospettiva nazionale, in ciò richiamando le questioni in materia di salvaguardia dell'ambiente poste dal terremoto di Fukushima; M.G. JORI, *"Creative Commons": passato, presente e futuro dei beni comuni*, in *Cyberspazio e Diritto*, 2007, pp. 83 ss. V.M. LAURIOLA CECERE, *Governo dei Beni comuni, tutela dei diritti e attività di pianificazione*, in *Rass. dir. pubb. Europeo*, 2007, pp. 39 ss., A. SOMMA, *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni - Economic Democracy and Private Law. A Contribution to the Analysis of Commons*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, pp. 461 ss.

accesso e di fruizione alla collettività (sia questa locale, nazionale, o globale), assicurando al tempo stesso la conservazione dei beni per le generazioni future³.

Non è certo estranea al risveglio di interesse per i beni comuni la percezione di una profonda crisi del rapporto tra individuo e istituzioni, testimoniata dalla riproposizione di forme di democrazia alternative a quella rappresentativa⁴ e, con specifico riferimento alle modalità più concrete di cura dell'interesse generale, dal fiorire di esperienze di cittadinanza attiva⁵, fondate sull'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, nonché dall'apertura dell'ordinamento verso forme collettive di tutela giurisdizionale⁶.

Se tuttavia la definizione di nuovi paradigmi di rappresentanza e di democrazia, pur fortemente auspicata, è ad oggi ancora in corso di affinamento teorico prima ancora che di sperimentazione concreta⁷, l'introduzione nel nostro ordinamento di una discipli-

³ Sul punto v. già M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 102, il quale segnalava che per i beni comuni i problemi che si ponevano non erano di appartenenza ma di ordine delle fruizioni.

⁴ Il riferimento è ai modelli della democrazia partecipativa e deliberativa, che si propongono di integrare, più che di sostituire, quello della democrazia rappresentativa. Il tema non è nuovo e oggetto di un'amplissima letteratura, non solo italiana ma anche straniera, e tuttavia su di esso si è recentemente rinnovato un ampio dibattito, favorito dalle trasformazioni del nostro ordinamento e dall'aggravarsi della sfiducia nella democrazia rappresentativa. V. per tutti, anche per riferimenti bibliografici, R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. Dir., Annali*, Milano, 2011, IV, 271 ss., in cui l'A. individua la democrazia deliberativa come un modello teorico secondo cui i processi di decisione pubblica sono governati da due principi: una previa discussione pubblica, caratterizzata dalla modalità deliberativa, cioè dallo scambio di informazioni e argomenti, confortati da ragioni e l'intervento di tutti coloro che possono essere potenzialmente interessati dalla decisione. Sulla democrazia partecipativa, v. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, *ivi*, 333 ss. Il tratto comune delle due forme di democrazia sarebbe da ravvisare nel fatto che mentre la democrazia rappresentativa è la somma di opinioni già formate, nella democrazia partecipativa e deliberativa "i soggetti partecipano ad una discussione con la consapevolezza che nel corso di tale discussione le loro opinioni in merito alla scelta da adottare potranno cambiare e, soprattutto, con la disponibilità a cambiarle": così G. ARENA, Introduzione al volume *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, Padova, 2011, IX. Nel volume vengono esaminati diversi aspetti teorici e pratici della democrazia partecipativa, dal punto di vista più generale dei diritti di cittadinanza e di inclusione sociale, alla partecipazione alle politiche pubbliche e a procedimenti decisionali complessi, con particolare riferimento anche al diritto dell'ambiente. Sul tema, si v. anche il volume *Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza*, a cura di G.C. De Martin e D. Bolognino, Padova, 2010.

⁵ Su cui v. per tutti G. ARENA, *Cittadini attivi*, Bari, 2006.

⁶ Il pensiero va non soltanto alla c.d. *class action* di cui al d.lgs. n. 198/2009, su cui si veda il recente lavoro monografico di A. FABRI, *Le azioni collettive nei confronti della pubblica amministrazione nella sistematica delle azioni non individuali*, Napoli, 2011, ma anche ad esempio il significativo ampliamento della legittimazione processuale ad impugnare atti lesivi di interessi diffusi da parte delle associazioni di categoria, introdotto dalla legge n. 180/2011, recante norme per la tutela della libertà di impresa (Statuto delle imprese).

⁷ V. il saggio di R. BIFULCO, *La teoria della democrazia deliberativa e la realtà della democrazia rappresentativa*, in *op. ult. cit.*, 313 ss., in cui l'A., pur riconducendo la democrazia deliberativa e quella partecipativa all'obiettivo comune di aprire i processi decisionali "a tutti coloro che vi abbiano interesse grazie all'utilizzazione del metodo deliberativo", sostiene che la democrazia partecipativa mira a

na generale dei beni comuni ha registrato un consenso crescente, tanto da sfociare nella formulazione di una proposta di riforma della disciplina dei beni contenuta nel codice civile⁸.

Sul piano concreto, inoltre, molte sono le iniziative volte a sperimentare nuove forme di gestione condivisa di beni a titolarità diffusa destinati all'uso collettivo (si considerino, ad esempio, le esperienze di cittadinanza attiva e di sussidiarietà), che spesso hanno avuto portata settoriale e si sono sviluppate soprattutto in ambito locale⁹, ma che hanno dato vita a un vero e proprio movimento, prima ancora sociale e culturale che giuridico, "per i beni comuni".

Prescindendo dal fascino evocativo dell'espressione, spesso utilizzata a fini ideologici come slogan per legittimare le iniziative più varie¹⁰, l'idea è che attraverso il riconoscimento dei beni comuni come categoria giuridica distinta sia dai beni pubblici che dai beni privati possano trovare migliore tutela alcuni diritti e utilità non necessariamente legati a cose materiali, ossia beni fisici, o che hanno ad oggetto valori od obiettivi, come la salubrità dell'aria e dell'ambiente, oppure la conservazione del patrimonio culturale.

Viene così in autonomo rilievo una categoria di diritti che a lungo sono stati privi di rilevanza giuridica, in quanto ritenuti "oggetto di godimento così generalizzato da non esigere protezione specifica" e pertanto estranei alla sfera individuale e anche alla tutela riservata ai beni privati attraverso l'istituto della proprietà¹¹.

I beni comuni, irriducibili alla sfera "escludente" della proprietà privata, si collocerebbero però anche al di là del pubblico, in quanto si riferirebbero alla collettività in quanto tale, trovando così la loro ideale cornice costituzionale, oltre che negli articoli

rendere operativo il modello della democrazia deliberativa e propone di estendere il metodo deliberativo alle istituzioni della democrazia rappresentativa.

⁸ Con decreto del Ministro della Giustizia del 21 giugno 2007 è stata nominata una commissione "per l'elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al governo per la novellazione del Capo II del Libro III del Codice civile nonché di altre parti dello stesso libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinamentale del diritto della proprietà e dei beni". La commissione, presieduta dal prof. Stefano Rodotà, è stata nominata il 14 giugno 2007 e ha concluso i suoi lavori nel febbraio 2008 con la stesura di un testo che tuttavia, nell'alternarsi delle stagioni politiche e dei governi, non ha mai visto la luce. Sul testo licenziato dalla commissione si tornerà più diffusamente nel prosieguo.

⁹ Emblematica l'istituzione presso il Comune di Napoli di un Assessorato ai beni comuni.

¹⁰ Si pensi allo slogan "scuola come bene comune" o "acqua come bene comune" e, ancora, alla polemica contro le coltivazioni di OGM a difesa del bene comune asseritamente rappresentato dalle risor- se coltivate secondo i metodi "naturali" e tradizionali.

¹¹ P. RESCIGNO, *Proprietà, Enc. dir.*, XXXVII, 1988, 286 ss.

2 e 3, anche nell'art. 118 e segnatamente nel principio di sussidiarietà orizzontale, che ne legittimerebbe l'affidamento della cura alle collettività interessate.

Si tratta, tuttavia, di un obiettivo non agevole da conseguire.

Ed infatti, già non è facile stilare un elenco dei beni comuni, poiché essi possono avere consistenza materiale o immateriale, e attenersi ad aspetti molto diversi del benessere dell'individuo e della collettività, spaziando dall'aria e dalla sua qualità, alle risorse naturali, al territorio e agli spazi urbani, al paesaggio, alla cultura e ai beni che ne sono espressione, alle reti informatiche, fino a valori quali la conoscenza e la legalità¹².

Di qui l'affermazione, per lo più condivisa, che il tratto distintivo dei beni comuni non risieda nella loro consistenza oggettivo-materiale, ma nella particolare qualità delle utilità che essi sono in grado di offrire e segnatamente nella loro strumentalità rispetto al godimento di libertà fondamentali dell'individuo. Beni e utilità, dunque, caratterizzati da una intrinseca relazionalità che tuttavia non si esaurisce, e forse neppure si identifica, con la relazione di appartenenza tipica del rapporto dominicale.

L'eterogeneità dei beni, il cui tratto unificante è rappresentato dal loro stretto legame con la fruizione collettiva e con lo sviluppo della persona umana, inevitabilmente rinvia a regimi giuridici differenziati, che, soprattutto per beni come l'ambiente, il suolo o l'aria, necessariamente si articolano su più livelli di protezione giuridica, molti di rilevanza transnazionale, internazionale o globale.

Molti beni comuni, soprattutto quelli caratterizzati da una forte impronta finalistica, rappresentano a loro volta la risultante di una somma di più beni e possono essere studiati solo attraverso una scomposizione delle loro singole parti (si pensi alla mobilità urbana, che è il frutto di tante diverse componenti).

Attesa la molteplicità e la complessità dei profili rilevanti, non è certo ambizione di questo contributo offrire una sistemazione complessiva della materia, ma quello più limitato di offrire alcuni spunti utili per tentare l'individuazione di un possibile statuto giuridico della categoria, indipendentemente dalle singole discipline di specie (nazionali, sovranazionali e globali) cui ciascun bene risulta inevitabilmente sottoposto.

¹² Recentemente S. RODOTÀ, *Il valore dei beni comuni*, www.teatrovalleoccupato.it, ha parlato di inflazione dei beni comuni, facendo riferimento a un articolo comparso sul Corriere della Sera dell'11 luglio 2011 in cui A. Cortellessa auspicava che anche la poesia diventasse un bene comune.

2. Certamente il nostro ordinamento conosce diversi beni, come l'energia o l'ambiente, che sono divenuti oggetto di complesse discipline, pur trovando difficilmente spazio nelle anguste categorie codicistiche, sospese tra la materialità delle cose e la natura pubblica o privata della proprietà, ma la nozione di bene comune in quanto tale non è ad oggi contemplata dal diritto positivo, e ha avuto qualche primo, insufficiente, riconoscimento unicamente da parte della legislazione regionale, in dichiarazioni che non vanno molto oltre importanti ma non precettive affermazioni di principio¹³.

Tuttavia, essa è recentemente entrata nel vocabolario giurisprudenziale. Attraverso il collegamento con la centralità della persona, la Corte di Cassazione, in una controversia avente ad oggetto l'accertamento della natura demaniale di una valle sita in prossimità della laguna veneta¹⁴, ha recentemente affermato che “emerge l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare a una prospettiva personale-collettivistica”¹⁵. Pur muovendo da tali considerazioni, e dall'affermazione che le c.d. valli da pesca presentano una finalità pubblica-collettivistica, la sentenza ha tuttavia concluso per il riconoscimento della demanialità del bene oggetto di contestazione, precisando che tale caratteristica “non è fine a se stessa e non rileva solo sul piano proprietario ma comporta per lo stesso gli oneri di una *governance* che renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene”¹⁶.

¹³ Si veda ad esempio l'art. 3 della legge Regione Toscana n. 1 del 2005 sul governo del territorio, che prevede che “la Regione, con la presente legge, promuove e garantisce la tutela delle risorse essenziali del territorio in quanto beni comuni che costituiscono patrimonio della collettività”.

¹⁴ Così Cass., ss.uu., 16 febbraio 2011, n. 3813, nonché 14 febbraio 2011, n. 3665, su cui v. il commento di S. LIETO, “Beni comuni”, *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, nonché C.M. CASCIONE, *Le Sezioni Unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, 12 ss. Ai beni comuni fa talora riferimento anche la giurisprudenza amministrativa, non tuttavia al fine di ampliare le possibilità di tutela delle situazioni soggettive che ad essi si correlano: cfr., TAR Toscana, sez. II, sentenza n. 592/10, nel sindacato sulla legittimità del giudizio di compatibilità ambientale relativo a un progetto di ampliamento di un impianto di incenerimento.

¹⁵ La Corte (sentenza n. 3813/11) ne ha quindi desunto 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 come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, ‘comune’ vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini”.

¹⁶ Secondo la Corte la demanialità “esprime una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio che è necessaria, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione”.

Le conclusioni della Suprema Corte, la cui apertura verso i beni comuni è significativa anche se più formale che sostanziale¹⁷, non si spingono fino a superare il modello pubblicistico e ad abbracciare una soluzione di rottura con la tradizione e tuttavia, a disciplina positiva invariata, difficilmente avrebbero potuto essere diverse.

L'idea che la nozione di bene comune implichi una tutela rafforzata rispetto allo stesso regime della proprietà pubblica trova qualche suggestione anche nella recente sentenza n. 320/2011 con cui la Corte Costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità di una disposizione legislativa regionale che aveva previsto il trasferimento della proprietà di infrastrutture idriche a società patrimoniali d'ambito a capitale pubblico¹⁸, ha affermato che la Regione non ha potestà legislativa in merito al regime proprietario delle reti idriche, poiché tale ambito rientra nella materia ordinamento civile riservata allo Stato.

La sentenza, nella sua sintetica motivazione rivolta al caso concreto, non menziona i beni comuni né si intrattiene sulle peculiari finalità delle infrastrutture idriche, e tuttavia individua un'ipotesi di appartenenza pubblica necessaria e inderogabile di un bene che evidentemente il legislatore statale ha ritenuto non essere ugualmente tutelato dall'appartenenza a una società privata, sia pure tale in senso solo formale e onerata dal vincolo dell'incapibilità delle quote¹⁹.

¹⁷ Lo sottolinea F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss., il quale rammenta che nella sentenza “lo scopo concreto del riferimento a una nozione di beni comuni è pur sempre, nel caso di specie, la riaffermazione della demanialità di un determinato bene”. L'A. individua nella sentenza alcune contraddizioni, la più grave delle quali consiste nel fatto che “se è davvero ipotizzabile la definizione interpretativa, *hic et nunc*, di una categoria di ‘beni comuni’, questi dovrebbero, ragionevolmente, distinguersi da quelli demaniali in senso stretto, poiché, per espressa ricostruzione della Corte, i ‘beni comuni’ non coinvolgono questioni di titolarità dominicale, bensì di *governance* pubblicistica”.

¹⁸ Sotto un primo profilo, il ricorrente ha affermato che la disposizione impugnata, nell'autorizzare “ai sensi dell'articolo 113, comma 13, del d.lgs. 267/2000”, il conferimento in proprietà delle infrastrutture idriche a società patrimoniali d'ambito a capitale interamente pubblico, non cedibile, avesse violato: a) l'art. 117, secondo comma, lettere e), l), m), s), Cost.; b) l'art. 117, primo comma, Cost. Quanto alla violazione del secondo comma dell'art. 117 Cost., il ricorrente ha affermato il contrasto con la seguente normativa statale, adottata nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali, tutela dell'ambiente (articolo 117, secondo comma, lettere e, l, m, s): a) i commi 5 e 11 dell'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133; b) l'art. 143, comma 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), il quale, in combinato disposto con gli artt. 822, 823 e 824 del codice civile, qualifica le infrastrutture idriche come beni demaniali e ne dispone l'inalienabilità “se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge”.

¹⁹ La sentenza si sofferma sull'insufficienza del semplice divieto di cessione delle quote della società a garantire l'indisponibilità dell'infrastruttura in oggetto e, sulla base della distinzione tra patrimonio e capitale sociale, afferma che “l'incapibilità delle quote od azioni del capitale sociale – sia essa frutto di una pattuizione fra i soci (art. 2341-*bis* cod. civ.) o, come nel caso di specie, di una previsione

Pur mancando alcun riferimento ai beni comuni (categoria tuttora non ascrivibile al diritto positivo), non è difficile cogliere una continuità con la posizione espressa dalla Cassazione, e la consapevolezza della necessità di assoggettare a una tutela rafforzata beni strumentali all'uso di una risorsa non solo pubblica, ma "comune" come quella idrica.

D'altra parte, si deve innanzitutto alla Corte Costituzionale la qualificazione come bene pubblico unitario immateriale dell'ambiente, considerato non sotto il profilo dell'appartenenza e della destinazione, ma sotto quello delle utilità, direttamente collegate ai diritti fondamentali della persona, prima ancora che agli interessi pubblici²⁰.

Le istanze "collettive", anche nelle sentenze più recenti continuano a ricevere tutela nell'ambito della categoria dei beni pubblici, pur intesa in un'accezione funzionale fortemente legata all'uso collettivo, tale da giustificare, nel caso delle valli da pesca, l'infungibilità del regime proprietario pubblicistico e, nel caso delle infrastrutture idriche, l'indisponibilità della materia per il legislatore regionale.

La nozione di proprietà pubblica, nella giurisprudenza di legittimità e costituzionale, è dunque ancora ben salda e viene ritenuta adeguata a tutelare i bisogni collettivi relativi alla fruizione dei beni comuni²¹.

Molte posizioni dottrinali espresse nell'ambito del recente dibattito che si è sviluppato sul tema, invece, muovono dal presupposto che la disciplina dei beni comuni

legislativa – non comporta anche l'inceditività dei beni che costituiscono il patrimonio della società; beni, perciò, che possono liberamente circolare e che integrano la garanzia generica dei creditori (art. 2740 cod. civ.), limitabile solo nei casi stabiliti dalla legge dello Stato nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di ordinamento civile. La sola partecipazione pubblica, ancorché totalitaria, in società di capitali non vale, dunque, a mutare la disciplina della circolazione giuridica dei beni che formano il patrimonio sociale e la loro qualificazione."

²⁰ V. già Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 641, e poi 26 luglio 2002, n. 407, che si riferisce all'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto. Sull'importanza del riconoscimento dell'ambiente come bene pubblico, che introduce una rottura rispetto alla disciplina codicistica fondata sull'appartenenza, giacché deriva la propria "pubblicità" proprio dalle utilità funzionali che ad esso si collegano, L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2009, 6 ss., ove anche ampi richiami bibliografici.

²¹ Di qui la condivisibilità dei rilievi critici ad essa rivolti dalla dottrina, la quale, con riferimento alla sentenza n. 3665/11 della Corte di Cassazione, non ha mancato di rilevare una intrinseca contraddittorietà. F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni*, cit., il quale ha osservato che "se è davvero ipotizzabile la definizione interpretativa, *hic et nunc*, di una categoria di 'beni comuni', questi dovrebbero, ragionevolmente, distinguersi da quelli demaniali in senso stretto, poiché, per espressa ricostruzione della Corte, i 'beni comuni' non coinvolgono questioni di titolarità dominicale, bensì di *governance* pubblicistica. E ciò, a rigore, avrebbe dovuto condurre al riconoscimento che, quanto alle valli da pesca che siano arginate (o anche solo semi-arginate), non si tratta di beni demaniali, che la proprietà di molti dei loro elementi strutturali è, in più casi privata, ma che, ciò nonostante, quei beni, in quanto 'comuni', non sono esenti dall'esercizio di significativi poteri di regolazione".

debba essere affrancata da quella dei beni pubblici e, più in generale, dalla proprietà, consentendo così alla dimensione collettiva, direttamente collegata alle utilità presenti e future derivanti dai beni, di emanciparsi dal regime di appartenenza che sembra tuttora dominare la disciplina codicistica dei beni pubblici.

Non sono anzi mancati autori che, soprattutto con riferimento ai beni comuni c.d. virtuali o immateriali, ne hanno del tutto escluso la riconducibilità stessa al concetto di proprietà, che sarebbe concentrato sull'*avere*, e hanno sottolineato come invece essi siano parte dell'*essere* di ogni individuo²².

Il rifiuto di molti studiosi per la categoria dei beni pubblici si radica, a ben vedere, in un'accezione della proprietà pubblica ancorata alla disciplina codicistica e dunque per lo più limitata al profilo dell'appartenenza e non tiene presente l'evoluzione che ha gradualmente trasformato il regime dei beni pubblici, puntando sì sulla loro valorizzazione, che può culminare anche nella loro dismissione e quindi privatizzazione, ma anche sulla destinazione e sul peculiare regime di fruizione dei beni, che sopravvive all'appartenenza pubblica e può essere efficacemente tutelato anche in presenza del trasferimento della proprietà in mani private.

3. Come si è visto, due sono i tratti distintivi della categoria dei beni comuni, su cui in linea di massima tutti concordano: il collegamento che essa presuppone con la funzione dei beni più che con la loro appartenenza e la titolarità, che non è né pubblica né privata, ma semplicemente collettiva.

Per molti versi, le posizioni favorevoli a una disciplina positiva dei beni comuni sembrano proporre di ripercorrere a ritroso quel cammino che ha portato all'entificazione pubblica dei domini collettivi, e ipotizzare una nuova emancipazione del collettivo dal pubblico, già autorevolmente immaginata, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del titolo V e dell'introduzione dell'art. 118 della Costituzione,

²² V. per tutti U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011, 52, il quale ha sostenuto che “un bene comune, a differenza tanto della proprietà privata quanto di quella pubblica (appartenente allo Stato: proprietà demaniale), non può concepirsi come un mero oggetto, una porzione tangibile del mondo esterno. Non può essere colto con la logica meccanicistica e riduzionistica tipica dell'illuminismo, che separa nettamente il soggetto dall'oggetto. In una parola, non può essere ricondotto all'idea moderna di merce. Il bene comune, infatti, esiste solo in una dimensione qualitativa. Noi non ‘abbiamo’ un bene comune (un ecosistema, dell'acqua), ma in un certo senso ‘siamo’ (partecipi del) bene comune (siamo acqua, siamo parte di un ecosistema urbano o rurale). La stessa separabilità tra l'essere e l'avere, così come quella fra il soggetto e l'oggetto, viene posta in discussione da una teoria politica che ponga al centro i beni comuni”.

come il possibile avvio di un ritorno ai domini collettivi e della creazione di un diritto di fonte collettiva²³.

In un recente saggio è stato efficacemente ricordato come la proprietà collettiva, espressione della coesione del gruppo sociale e della sovranità delle comunità, abbia preceduto la proprietà pubblica e come già in epoca romana la dicotomia “appartenenza collettiva-appartenza individuale” rendesse solo eventuale quella “pubblico-privato”²⁴.

Successivamente, la dimensione collettivistica, salvo sopravvivere marginalmente attraverso forme di proprietà collettiva come gli usi civici, è rifluita nella categoria della demanialità²⁵, laddove individua beni che non possono non essere di appartenenza pubblica perché solo così ne viene salvaguardata la funzione sociale²⁶. Il primo nucleo

²³ Il riferimento è a F. MERUSI, *Il diritto 'sussidiario' dei domini collettivi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 77 ss., il quale ripercorre la storia della trasformazione della proprietà collettiva, incompatibile con le previsioni codicistiche, in proprietà pubblica, e ipotizza che attraverso il principio di sussidiarietà possa legittimarsi un nuovo diritto di fonte collettiva che si radica direttamente nella “natura delle cose”.

²⁴ V. di recente la sintesi di P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella costituzione repubblicana*, in *Federalismi.it*, n. 19/2011, dove si trova una ampia ricostruzione dell'evoluzione della proprietà dall'epoca romana a oggi.

²⁵ P. MADDALENA, *op. cit.*, 10, laddove si afferma che “nel regime codicistico la proprietà privata, unitariamente e graniticamente concepita, è un concetto che mira a togliere cittadinanza giuridica alla proprietà collettiva, la quale può mascheratamente rintracciarsi soltanto in quel tipo di proprietà che è definita ‘demaniale’ e che appartiene formalmente allo Stato-persona, considerato come persona giuridica unitaria, titolare di un diritto di proprietà individuale, ma sostanzialmente allo Stato-comunità, cioè all'intera collettività”. Che quella demaniale fosse la forma più diffusa di proprietà collettiva e che essa si contrapponesse alla proprietà pubblica individuale è stato più volte affermato da M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit.

²⁶ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, II, 990: “tutti sono concordi nel ritenere che carattere essenziale della demanialità è l'uso pubblico”. Pur rilevando che l'uso pubblico può essere anche indiretto, quando ad esempio esso viene esercitato dalla persona giuridica pubblica per un servizio relativo (scuole, uffici), prosegue poi specificando che “l'uso pubblico deve essere generale, gratuito e diretto di tutti i cittadini” e che “la gratuità di cui qui è parola accenna al fatto che dell'uso del bene non si richiegga un corrispettivo che economicamente su un prezzo secondo l'economia privata e giuridicamente sia una controprestazione contrattuale *iure privato*”. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 83, distingue tra una proprietà pubblica in senso solo soggettivo, nella quale si concentrano sull'ente pubblico poteri che in linea generale sono propri del proprietario privato, e una proprietà pubblica in senso oggettivo, nella quale l'ente pubblico ha l'appartenenza ma il bene è destinato a essere goduto da altri. Sull'importanza dell'uso dei beni pubblici come ragione della loro disciplina differenziata, v. V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, II, 303, laddove l'A., a proposito dell'opinione comune che vede i beni pubblici piuttosto come beni *quoad usum* che beni *quoad proprietatem*, osserva che “la stessa ragione giustificatrice dello speciale regime riservato dall'ordinamento ai beni pubblici non può essere colta nella dimensione statica del rapporto dominicale, ma soltanto nella disciplina della fruizione degli usi previsti, ammessi o compatibili rispetto a ciascuna categoria di beni in proprietà non disponibile dei pubblici poteri”. Di “interposizione solo strumentale” dello Stato e degli enti pubblici territoriali tra i beni demaniali e la collettività, come mezzo per garantire l'effettività dell'appartenenza collettiva e di una sua generale utilizzazione ha parlato A. ROMANO, nel saggio *Demanialità e patrimonialità: a proposito dei beni culturali*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di V. Caputi Iambrenghi, Milano, 1999, 412. Sul collegamento tra beni demaniali e uso collettivo, v.

concettuale intorno al quale si forma la nozione di demanio muove proprio dalla destinazione all'uso pubblico come connaturale alla pubblicità del bene²⁷.

È noto come la stessa proprietà privata, nell'attuale assetto costituzionale, non sia estranea a una rilevanza collettivo-sociale e non sia, in linea di principio, incompatibile con il perseguimento di finalità di interesse generale quali quelle che tipicamente caratterizzano i beni comuni. Come è stato più volte sottolineato, la nostra Costituzione non qualifica la proprietà privata come un diritto inviolabile dell'uomo, prevedendone al contrario la suscettibilità a una disciplina conformatrice volta ad assicurarne la funzione sociale²⁸, anche se, soprattutto nella giurisprudenza costituzionale, quest'ultima si è rivelata la Cenerentola dell'articolo 42 della Costituzione²⁹.

Si pensi non solo ai limiti volti ad assicurare la funzione sociale di cui all'art. 42, ma anche al "razionale sfruttamento del suolo" di cui all'art. 44 e a come la pianificazione urbanistica, attraverso la conformazione degli usi della proprietà e delle trasformazioni del territorio, possa incidere sul consumo di suolo, contribuendo non solo allo sviluppo ma sempre di più alla preservazione del territorio, considerato uno dei beni comuni più meritevoli di tutela e sottoposto a continue aggressioni³⁰. È noto però come proprio il diritto di proprietà rappresenti il principale punto di resistenza al potere conformativo proprio degli strumenti di pianificazione, tanto da richiedere l'introduzione di

recentemente M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo*, Padova, 2005, il quale evidenzia tuttavia come la disciplina contenuta nel codice civile si esaurisca nel definire il regime privatistico dei beni pubblici, lasciando a singole leggi speciali l'individuazione del regime amministrativo dei beni demaniali, che dunque difficilmente possono essere ricondotti a unità sotto il profilo della loro regolazione amministrativa. L'A. tenta tuttavia di individuare, nell'ambito dei beni demaniali, la categoria dei beni demaniali ad uso collettivo, ricavandola sia da un dato storico (i beni demaniali nascono come riferiti all'uso collettivo), sia dal concreto regime giuridico cui essi risultano assoggettati.

²⁷ L'evoluzione del concetto di demanio può seguirsi nell'ampia trattazione di B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, 127 ss., ove puntuali riferimenti alle teorie che via via si sono succedute fino ai nostri giorni e alla trasformazione che la nozione ha subito nella legislazione e nella prassi. Di particolare interesse la ricostruzione delle teorie che, dall'affermazione della demanialità e dell'uso pubblico come antitesi allo Stato patrimoniale come prerogativa della pubblicità del bene, hanno poi riconosciuto il potere discrezionale di regolare l'uso dei beni e di finalizzarli al perseguimento dei fini istituzionali dell'amministrazione, gradualmente allentando il nesso con l'uso pubblico, anche a seguito della perdita di omogeneità della categoria dei beni pubblici nella sistemazione codicistica.

²⁸ Sui vari possibili significati della "funzione sociale", e, in generale sulla "dissoluzione" dell'unità concettuale dell'istituto della proprietà, v. P. RESCIGNO, *Proprietà (dir. priv.)*, cit., il quale si sofferma sui rapporti tra la formula contenuta nella nostra costituzione e quella dell'art. 153, u.c., della Costituzione di Weimar del 1919, secondo la quale "La proprietà obbliga. Il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune".

²⁹ Come ha ricordato di recente M. LUCIANI, nella relazione tenuta l'11 aprile 2011 al convegno su Proprietà immobiliare presso il Parlamentino del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, i cui atti sono allo stato ancora inediti.

³⁰ E. SALZANO, *L'habitat dell'uomo bene comune*, in www.eddyburg.it.

complessi meccanismi di perequazione quale compensazione per la compressione dei diritti edificatori e per la intrinseca discriminatorietà dei piani urbanistici³¹.

Al contrario, almeno a partire dall'affermarsi dello Stato liberale, la demanialità diviene espressione massima della finalizzazione pubblica della proprietà e trova la sua ragion d'essere proprio nel rapporto funzionale con la soddisfazione delle esigenze della collettività e segnatamente dei diritti d'uso di cui essa è titolare.

La nozione di proprietà pubblica e di bene pubblico ha subito, com'è noto, una progressiva evoluzione, che ha riguardato non solo la distinzione tra proprietà pubblica e privata, ma il modo stesso di intendere la proprietà pubblica e le categorie codicistiche che vi si riferiscono.

Nella nostra Costituzione, la distinzione tra due "tipi" di proprietà, pubblica e privata, è enunciata ma non disciplinata³², mentre la classificazione dei beni pubblici contenuta nel codice civile, pur prevedendo un regime peculiare per i beni demaniali e per quelli patrimoniali indisponibili, contiene un'elencazione incompleta, disorganica e per molti versi contraddittoria³³, tanto da indurre la dottrina a mettere in dubbio la configurabilità di una nozione di proprietà pubblica qualitativamente diversa da quella privata³⁴.

Le vicende dell'istituto della concessione danno conto di come, soprattutto dopo l'entrata in vigore del codice civile, il rapporto tra proprietà pubblica e uso collettivo sia cambiato, configurandosi la concessione in un primo momento come un istituto derogatorio rispetto alla funzione principe dei beni demaniali, successivamente come uno strumento suscettibile di adattarsi alle varie finalità di tali beni e tutt'altro che incompatibile con la proprietà pubblica³⁵.

Certo è che, a prescindere dalle vicende dell'istituto concessorio (che pure sono di estremo interesse per comprendere l'evoluzione della proprietà pubblica), la categoria

³¹ Sul punto, v. per tutti, P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, e, più di recente, ID., *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2010.

³² Sull'ambiguità della formula costituzionale, dai più ritenuta meramente descrittiva, v. per tutti V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Milano, 1983, 11 ss., il quale osserva che "vien già da chiedersi se la verità non sia quella dei vecchi giuristi: che una categoria propria e separata dei beni pubblici sussiste soltanto circa i beni che pubblici sono perché usati dal popolo (cose pubbliche, nel senso qui evidenziato). Nella disciplina di questi beni invero è il regime dell'uso collettivo che viene in considerazione piuttosto che il regime della situazione di appartenenza concernente il bene (che resta, al di là di esplicite deroghe, regime di diritto comune)."

³³ V. in proposito M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 99 ss.

³⁴ In questo senso, v. S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969.

³⁵ Sul tema, esaustiva è la trattazione di B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, cit.

del demanio e, in generale della proprietà pubblica, nell'ultimo decennio è entrata profondamente in crisi, per due concomitanti ragioni.

Da una parte, la dottrina ha rilevato che è la regolazione e non l'appartenenza ad assicurare la funzione di uso collettivo e di conservazione del bene³⁶, pervenendo a una nozione "flessibile" di proprietà pubblica e alla rivalutazione della categoria dei beni privati di interesse pubblico³⁷, dall'altra le riforme che, a partire dagli anni '90 hanno puntato a valorizzare l'aspetto patrimoniale dei beni pubblici e le esigenze di risanamento di bilancio anche attraverso una politica di dismissioni, cui si è aggiunta la recente introduzione del c.d. federalismo demaniale, hanno contribuito a un profondo ripensamento delle categorie.

A torto o a ragione molti ritengono che la differenza tra beni pubblici e beni privati, che vedeva nell'incomerciabilità dei primi uno dei punti di forza della tutela dei beni di uso collettivo, si stia progressivamente attenuando³⁸, attesa ormai l'irreversibilità del processo che vede nella progressiva dismissione del patrimonio pubblico uno degli strumenti chiave per fare fronte alle esigenze di risanamento del bilancio pubblico e nell'accento sulla valorizzazione economica dei beni stessi, particolarmente evidente anche negli ultimi provvedimenti adottati dall'attuale Governo³⁹.

³⁶ V. per tutti M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004. In tema di destrutturazione della proprietà pubblica v. anche A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, 152 ss. Sulla c.d. privatizzazione dei beni pubblici, anche per riferimenti bibliografici, sia consentito un rinvio a P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, 172 ss.

³⁷ Categoria già studiata da A.M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Dir. ec.*, 1956, 163 e ora *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, IV, 69 ss., che vi riconduceva le strade vicinali, le autostrade e le strade ferrate date in concessione ai privati, gli aerodromi e gli altri impianti aeronautici privati, i terreni di interesse idrogeologico, i boschi e le foreste privati, le cave e le torbiere private, i beni privati di interesse storico, artistico, archeologico, paleontologico, paleontologico e le raccolte private di oggetti d'arte, le raccolte e i materiali archivistici, le cose di importante interesse pubblico ai sensi della legislazione sulla tutela delle bellezze naturali. V. sul punto anche la voce *Beni pubblici*, *Enc. Dir.*, Milano, 1959, V, 277 e ora in *Scritti giuridici*, cit., 123.

³⁸ È questa ad esempio la tesi di A. LUCARELLI, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007, 89, laddove afferma che "occorre ripartire dalla distinzione tra *res in commercio* e *res extra commercium*, al fine di rimarcare la distinzione tra beni pubblici e beni comuni, considerando i primi ormai inclusi, alla pari dei beni privati, a tutti gli effetti nelle logiche del mercato".

³⁹ V., successivamente al d.lgs. n. 85/2010 in materia di federalismo demaniale, il d.l. n. 201/2011, così come convertito dalla legge n. 214/2011, che all'art. 27, nel disciplinare le dismissioni e le valorizzazioni di immobili, privilegia la celerità delle procedure, rimettendo le relative scelte alle sole amministrazioni centrali e locali e finalizzandole prevalentemente allo "sviluppo locale", con l'unico limite del rispetto delle tutele di natura storico-artistica, archeologica, architettonica e paesaggistico-ambientale e con l'evidente totale estromissione dalle relative decisioni delle collettività interessate.

Di qui due opposte possibili soluzioni: rafforzare la categoria del demanio, almeno per alcune categorie di beni, come quelli ambientali, valorizzandole la componente collettiva, e dunque scorporando dalla disciplina dei beni pubblici alcuni beni in proprietà collettiva demaniale, sottoposti a un regime particolarmente rigoroso (che si sostanzia nel divieto di sdemanializzazione)⁴⁰, oppure svuotare la categoria dei beni pubblici, ormai di fatto equiparati a quelli privati, e riconoscere ai soli beni comuni un regime di tutela rafforzato.

Il “movimento per i beni comuni” ha rilevato come oggi non vi sia pressoché nessuna tutela delle istanze collettive nel passaggio dal pubblico al privato, e ha messo in evidenza il rischio che, con la perdita del requisito della demanialità da parte di molti beni, e con il conseguente venir meno della destinazione che costituisce il profilo più rilevante del regime di appartenenza del bene⁴¹, si perda anche ogni garanzia rispetto all’esclusione dall’uso del bene pubblico⁴².

Il punto debole di queste posizioni, che per altri versi pongono l’accento su un innegabile affievolimento della tutela, sta nell’assolutezza delle premesse ideologiche da cui esse muovono, che porta da una parte a “demonizzare” aprioristicamente l’attuale disciplina della proprietà e dei beni pubblici, proiettata verso un’inesorabile quanto imminente cessione al dominio del libero mercato e, dall’altra, a riporre un’eccessiva fiducia nella capacità di autogoverno delle collettività, le quali sarebbero in grado di organizzare e gestire al meglio la fruizione dei beni comuni, neutralizzando ogni pulsione individualistica⁴³.

Alla constatazione dell’insufficienza della categoria della demanialità e, in generale, dello statuto dei beni pubblici ad assicurare quel fascio di utilità collettive che si

⁴⁰ Questa ci sembra la soluzione offerta, almeno per i beni ambientali, da P. MADDALENA, *L’ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva della presente e delle future generazioni*, in *Federalismi.it*, n. 25/11, 26 e ss., il quale ha formulato una proposta per l’elaborazione di un disegno di legge in materia di beni comuni ambientali, che li qualifica come demaniali sottoponendoli a un regime di particolare tutela che li sottrae, fra l’altro, alla disciplina del c.d. federalismo demaniale.

⁴¹ Si perderebbe cioè un regime di appartenenza fondato sulla negazione del potere di escludere.

⁴² In questo senso, la nozione giuridica di bene privato (caratterizzata da un regime di appartenenza che implica il diritto di esclusione) viene a coincidere con quella economica, secondo la quale primo requisito del bene privato è quello dell’escludibilità, ossia della sua suscettibilità di entrare nel mercato.

⁴³ In questo senso, v. non solo U. MATTEI, *Beni comuni*, cit., e, anche se in modo più sfumato, A. LUCARELLI, “Du public au commun”. *Dentro e oltre la Costituzione. Alla ricerca delle nuove dimensioni del diritto pubblico: partecipazione e beni comuni*, in *Il Tetto*, 2011, il quale muove dalla constatazione dell’attuale degrado in cui versa la pubblica amministrazione, la quale ha gradualmente ceduto il controllo delle decisioni alla politica, svincolandosi progressivamente dal rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell’imparzialità.

ricollega ai beni comuni raramente si accompagna, tuttavia, l'individuazione di schemi di appartenenza e soprattutto di gestione alternativi a quelli attualmente esistenti⁴⁴.

È a questi, dunque, che occorre ora rivolgere l'attenzione.

4. Il rapporto proprietà pubblica-proprietà privata/beni pubblici-beni privati e la sua evoluzione è tuttora importante per inquadrare il tema dei beni comuni, e non solo per chi sia interessato alla storia degli istituti. Non a caso, esso è alla base della proposta di riforma del codice civile elaborata dalla Commissione Rodotà, ad oggi l'unica che abbia articolato una ipotesi di disciplina unitaria della categoria dei beni comuni, inserendola nell'ambito di una riscrittura della disciplina dei beni pubblici e privati e dei beni in generale⁴⁵.

Un primo dato importante è che il testo di riforma, pur rispondendo all'esigenza di creare uno spazio per i beni comuni, continua a identificare nella categoria dei beni pubblici – e segnatamente in quella dei beni ad appartenenza pubblica necessaria, che sostituirebbe l'attuale categoria del demanio – un fondamentale strumento di cura e di tutela delle finalità di interesse generale⁴⁶.

Per quanto riguarda i beni comuni, lo schema di disegno di legge delega contiene innanzitutto una definizione, che può dirsi ampiamente condivisa e secondo la quale i beni comuni sono “cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona”.

La definizione risponde all'obiettivo della Commissione di disciplinare i beni differenziandoli in ragione del “fascio di utilità” che essi sono in grado di produrre, e di tenere in considerazione i principi e le norme costituzionali sopravvenuti al codice civile, collegando le utilità dei beni alla tutela dei diritti della persona e di interessi pubblici

⁴⁴ L'attenzione si concentra molto sul “diritto ai beni comuni”.

⁴⁵ La commissione ha ritenuto opportuno *in primis* innovare la stessa definizione di bene di cui all'art. 810 c.c., ricomprendendovi anche le cose immateriali, le cui utilità possono essere oggetto di diritti.

⁴⁶ Il testo suddivide i beni pubblici in beni ad appartenenza pubblica necessaria, beni pubblici sociali e beni pubblici fruttiferi. Mentre gli ultimi corrispondono alla precedente nozione di beni patrimoniali, i primi sono quelli che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali e per questo sono inusucapibili e inalienabili. Vi rientrano le opere destinate alla difesa, le spiagge e le rade, le reti stradali, autostradali e ferroviarie; lo spettro delle frequenti; gli acquedotti; i porti e gli aeroporti di rilevanza nazionale e internazionale. I beni pubblici sociali sono quelli le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona: quanto al regime, sono inusucapibili ma alienabili, fermo restando il mantenimento del vincolo di destinazione. Vi rientrano le case dell'edilizia residenziale pubblica, gli edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; le reti locali di pubblico servizio.

essenziali⁴⁷. Nel caso dei beni comuni, importante non è solo il riferimento ai diritti fondamentali e al libero sviluppo della persona, ma anche “al beneficio delle generazioni future”.

Dunque la garanzia della fruibilità collettiva, che recentemente sembra essersi stemperata con riferimento ai beni demaniali, torna ad essere centrale e riveste un ruolo essenziale rispetto ai beni comuni, con la particolarità che in questo caso essa deve essere bilanciata con la preservazione dei beni per le generazioni future, che assume rilevanza prioritaria. Questo duplice obiettivo non è irrilevante per tutta una serie di scelte relative alla regolazione e alla gestione dei beni, su cui torneremo più avanti.

Proprietari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o private: questo principio esprime l’“indifferenza” del regime dei beni comuni rispetto al profilo dell’appartenenza. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe.

Infine, l’elenco, che comprende, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l’aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate.

Come si evince dall’elenco richiamato, il catalogo dei beni comuni identificato dalla commissione Rodotà, sia pure esemplificativo e non esaustivo, accede a una nozione ristretta di bene comune⁴⁸ e sembra piuttosto finalizzato a scorporare dai beni demaniali – ovvero da quelli che nella nuova classificazione vengono denominati ad appartenenza pubblica necessaria – un nucleo di beni ritenuti bisognosi di un regime di tutela rafforzato e indifferente alla proprietà pubblica o privata. Con l’unica eccezione

⁴⁷ Nella relazione al testo si legge che “Dal punto di vista dei fondamenti, la riforma si propone di operare un’inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato. Invece del percorso classico che va ‘dai regimi ai beni’, l’indirizzo della Commissione procede all’inverso, ovvero ‘dai beni ai regimi’. L’analisi della rilevanza economica e sociale dei beni individua i beni medesimi come oggetti, materiali e immateriali, che esprimono di versi ‘fasci di utilità’”.

⁴⁸ Non estensibile fino a ricomprendervi beni-valori, quali la conoscenza, la cultura, la fiducia, che pure spesso vengono menzionati quali beni comuni.

dell'aria, peraltro, si tratta di beni di consistenza materiale e suscettibili di appartenenza, sia pure indifferentemente pubblica o privata.

Non a caso, alcuni commenti al testo hanno messo in luce come vi sia una potenziale sovrapposizione tra alcuni beni comuni e beni ad appartenenza pubblica necessaria⁴⁹: si pensi da una parte ai lidi e ai tratti di costa, ritenuti beni comuni se dichiarati riserva ambientale, e dall'altra alle spiagge e alle rade, ricomprese tra i beni ad appartenenza pubblica necessaria e notoriamente caratterizzati dalla coesistenza di una finalità di fruizione collettiva e di tutela del valore c.d. di non-uso o di esistenza. Non è improbabile che la finalità della protezione ambientale costituisca la ragione di una previsione che fonda per i beni comuni un regime di tutela più forte, nel quale ad esempio il rilascio di concessioni appare ammesso solo in via di eccezione, come si avrà modo di sottolineare più avanti.

D'altra parte, la scelta dei beni da inserire sia pur a titolo esemplificativo nella categoria non è a nostro avviso casuale, ma si raccorda con il regime giuridico che l'articolo prevede per i beni comuni, focalizzato sulla fruizione collettiva e dunque su un rapporto diretto tra i beni, le utilità che ad essi si legano, e le situazioni soggettive dei singoli utilizzatori, tali da non necessitare di ulteriori mediazioni, o di complessi regimi di regolazione e di gestione, come ad esempio per le infrastrutture stradali e ferroviarie, ricomprese tra i beni ad appartenenza pubblica necessaria nel testo di riforma del codice.

Che gli stessi beni qualificati come "comuni" necessitino di più livelli di disciplina e di garanzia, inevitabilmente rimessi alle discipline di settore, anche sovranazionali, internazionali e globali, si evince del resto agevolmente, quando si rifletta sulle categorie dei beni ambientali e delle risorse naturali.

Una prima, pur forse scontata conclusione è allora che una previsione generale della categoria, che rinvia a una disciplina almeno in parte comune, non esclude una differenziazione anche molto forte quanto al regime di conservazione e di fruizione dei singoli beni, affidata alle singole legislazioni di settore oltre che agli interventi regolatori pubblici.

⁴⁹ In particolare M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Atti del convegno di Pisa, a cura di G. Colombini, Napoli, 2009, ha messo in luce "la difficoltà di tracciare una netta linea di demarcazione, prima ancora concettuale che giuridica, tra i beni comuni ad appartenenza pubblica e la maggior parte di beni ad appartenenza pubblica necessaria".

Il senso di una disciplina generale “di categoria” è dunque solo quello di fissare alcuni principi e garanzie di sistema.

Il testo licenziato dalla commissione Rodotà (che tuttavia reca un disegno di legge delega e non una disciplina compiuta) si presta ad alcuni rilievi critici: forse troppo poco nitida risulta la distinzione tra beni comuni e beni pubblici, soprattutto quelli ad appartenenza pubblica necessaria e forse troppo timide sono le scelte relative al regime giuridico dei beni e alle loro modalità di gestione.

Vero é, però, che una disciplina più innovativa dei beni comuni necessiterebbe forse di una previsione costituzionale *ad hoc*, come di recente accaduto in altri ordinamenti⁵⁰.

Quel testo è dunque un importante punto di partenza e da esso può senz'altro muoversi per provare ad immaginare quello che ancora non c'è, ossia un ipotetico statuto giuridico dei beni comuni, non tanto e non solo per regolarne il profilo dell'appartenenza (che, pur secondario, non è tuttavia irrilevante)⁵¹, ma soprattutto dare un contenuto più concreto a quel “fascio di utilità” che ne rappresenta il tratto peculiare e che ne differenzia la disciplina rispetto ai beni pubblici veri e propri⁵².

5. A tal fine, può essere utile muovere dalle situazioni soggettive che si ricollegano ai beni comuni e che, per opinione ampiamente condivisa, sono il fondamento costituzionale della categoria.

Il collegamento con i diritti fondamentali rappresenta infatti la base del diritto collettivo e il fondamento per la ricostruzione di un fascio di utilità, non solo materiali ma soprattutto giuridiche, in grado di connotare il diritto di ciascun individuo nei con-

⁵⁰ Il diritto a beni comuni come l'acqua è recentemente stato previsto dalle costituzioni della Bolivia e dell'Ecuador.

⁵¹ Come sottolineato da P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva*, cit., 14 ss.

⁵² Si sono occupati della ricostruzione di un possibile statuto giuridico dei beni comuni, sia pure in prospettiva differente, A. LUCARELLI, *Introduzione verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rass. dir. pubb. Europeo*, 2007, pp. 3 ss. ID., *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del Codice civile: un'occasione perduta?*, in *Rass. dir. pubb. Europeo*, 2007, pp. 11 ss.; M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni, un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, pp. 103 ss. nella quale si analizzano in prospettiva diversa le radici di un possibile statuto giuridico, pur nella consapevolezza che l'eterogeneità della categoria rende pressoché impossibile concepire una disciplina comune. Secondo l'A. un possibile tentativo di classificazione della categoria porta a individuare tra i beni comuni: a) beni materiali; b) beni immateriali (intellettuali, geni, immagini, saperi); c) istituzioni erogatrici di servizi oggetto di diritti sociali (ad es. sanità); luoghi, come gli spazi urbani; e) complessi di istituzioni e relazioni politiche.

fronti del bene in maniera diversa e più piena rispetto a quanto non accada nei confronti dei beni, pubblici o privati, che comuni non sono⁵³.

Il primo nodo da definire è quello della proprietà, che può riguardare sia i beni, sia gli strumenti che ne consentono la gestione e la fruizione. Per alcuni beni comuni non potrebbe escludersi un ritorno a forme di proprietà collettiva, le quali certamente implicano il massimo coinvolgimento della comunità nella gestione, oltre che nella utilizzazione del bene.

In questo senso, almeno per alcuni beni comuni (ad esempio foreste, zone boschive o anche parchi e aree urbane), vi sono analogie con l'istituto degli usi civici che, secondo una ricostruzione dottrinale più recente, più che una forma di appartenenza proprietaria designa la titolarità della facoltà di godimento di certi beni⁵⁴. Lo stesso testo proposto dalla commissione Rodotà evidentemente registra questa affinità, tanto da richiedere il coordinamento della disciplina dei beni comuni con quella degli usi civici (art. 1, lett. c). Com'è noto, gli usi civici sono stati dapprima assoggettati a una disciplina pubblicistica e quindi progressivamente destinati alla liquidazione e a una parziale privatizzazione⁵⁵. Inoltre, tradizionalmente gli usi civici rappresentano una modalità di tutela di diritti collettivi di godimento dei beni, che si sostanziano nei diritti di coltivazione, di pascolo, di caccia e di pesca: evidente è la differenza con i diritti collettivi che si ricollegano ai beni comuni, che non si risolvono in diritti allo sfruttamento economico del suolo o di altre risorse a vantaggio dei privati, ma hanno ad oggetto una fruizione che non va mai disgiunta da una concorrente finalità conservativa, anche in un'ottica transgenerazionale.

⁵³ Sulla relazione tra diritti fondamentali e beni comuni, particolarmente sottolineata da P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva*, cit., 23, il quale osserva come diversa sia invece la matrice costituzionale della proprietà privata. V. inoltre le considerazioni di M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni*, cit., 116 ss., la quale osserva come in linea di principio la tecnica dei diritti fondamentali si giochi sul terreno individuale e pertanto possa occultare o trascurare la dimensione collettiva che dovrebbe connotare la gestione del bene comune. L'A. prosegue tuttavia rilevando che "l'idea è che i diritti fondamentali possano acquistare una dimensione diversa – ed essere componente costitutiva della gestione del bene – se visti nella prospettiva della solidarietà sociale".

⁵⁴ V. in questo senso P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici e interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 2003, 186 ss., il quale sottolinea come la loro progressiva trasformazione si sia avuta con il graduale affermarsi dell'interesse pubblico e, successivamente, con l'interesse ambientale. A parere dell'A., tuttavia, la finalità dei diritti in questione era del tutto privatistica, legata cioè allo sfruttamento economico dei beni. La componente pubblicistica, finalizzata alla conservazione e alla tutela ambientale dei beni, è intervenuta solo successivamente ed è alla base del mantenimento di una disciplina che ne sancisce inusucapibilità e indisponibilità.

⁵⁵ Si veda, anche per opportuni riferimenti dottrinali e legislativi, L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, XV, 584 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Milano, 2003.

Vi sono dunque perplessità circa l'opportunità di riutilizzare a proposito dei beni comuni un istituto del passato, oggetto di una disciplina molto complessa e controversa, che ha dato luogo a un ampio contenzioso, anche di rilevanza costituzionale⁵⁶, e nella quale non sempre è agevole distinguere tra l'interesse delle comunità di abitanti allo sfruttamento dei beni con finalità economiche e le esigenze pubbliche di tutela ambientale, culturale e paesaggistica.

Non può escludersi che, soprattutto con riferimento agli strumenti per la gestione dei beni comuni, possano ipotizzarsi forme di proprietà collettiva, ad esempio relative alle imprese di interesse generale⁵⁷.

Significativo, a questo proposito, è il riferimento da parte della dottrina a una possibile applicazione dell'art. 43 della Costituzione, che verrebbe corroborata dall'affermazione di valori come la coesione sociale, che ormai affiancano quello della concorrenza anche e soprattutto nel diritto dell'Unione Europea, nel quale tra gli obiettivi primari rientrano, tra l'altro, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli stati membri⁵⁸.

E tuttavia, la rilevanza della tutela della concorrenza sembra difficilmente rendere compatibile il ritorno a forme di collettivizzazione (peraltro di imprese e non di beni) quali quelle in via di principio previste dall'art. 43. Potrebbero semmai ipotizzarsi, per quelle imprese che sono strumentali alla prestazione di servizi essenziali per il conseguimento di obiettivi sociali non appetibili per il mercato, e a tutela dei diritti connessi ai beni comuni, modalità più ampie di deroga alla concorrenza⁵⁹, o potrebbe immaginarsi una maggior diffusione del modello imprenditoriale cooperativo o che si fonda sulla proprietà dell'impresa da parte dei lavoratori.

⁵⁶ Corte Cost., 1 aprile 1993, n. 133, in *Foro it.*, 1993, I, 2126 con nota di Pietrosanti; A. GERMANÒ, *La tutela della natura civica delle terre e degli usi quale interesse pubblico generale: il dictum della Corte costituzionale*, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1993, 280 ss.; Corte Cost., 20 febbraio 1995, n. 46, in *Il Giornale di diritto amm.*, 1995, pp. 609 ss. con nota di Lorizio e in *Riv. giur. Ambiente*, 1996, pp. 79 ss., con nota di Nunziata.

⁵⁷ Spunti in questo senso in M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni*, cit.

⁵⁸ Così l'art. 2 del TUE e l'art. 36 della Carte Europea dei diritti fondamentali, ricordati da A. LUCARELLI, *Art. 43*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, 896 ss.

⁵⁹ In questo senso A. LUCARELLI, *op. loc. ult. cit.*

6. Oltre a ipotizzare un terzo tipo di proprietà, rivitalizzando la nozione di proprietà collettiva che non è contemplata dall'ordinamento vigente ma che parte della dottrina ha ritenuto compatibile con l'attuale quadro costituzionale e anzi da questo riconosciuta come preesistente e dunque confermata⁶⁰, sia lo schema elaborato dalla commissione Rodotà, sia i contributi dottrinali individuano il *proprium* della categoria nel riconoscimento dei diritti della collettività che si esercitano su beni, o meglio, su utilità derivanti da beni di proprietà pubblica o privata.

Forse, allora, vi sono maggiori analogie con i diritti collettivi riconosciuti dalla giurisprudenza ormai risalente in favore di comunità locali rispetto all'uso pubblico di beni in proprietà privata o pubblica⁶¹, e che la dottrina aveva intuito come fonte di possibili sviluppi verso il riconoscimento di utilità collettive collegate anche a beni immateriali (o piuttosto beni multifunzione)⁶² come l'ambiente, il territorio e il paesaggio⁶³. Il riconoscimento del diritto collettivo dà luogo in questi casi a un regime di irreversibilità della destinazione dei beni e, soprattutto, all'acquisizione da parte di ciascun membro della comunità di un diritto di tutela nei confronti del bene. Quest'ultimo aspetto viene trattato nel testo formulato dalla commissione Rodotà, che tuttavia prevede che l'unico diritto tutelabile dal singolo appartenente alla collettività, con il riconoscimento di una legittimazione diffusa, sia quello alla salvaguardia e alla fruizione dei beni⁶⁴. Sotto questo profilo, tuttavia, non sembra ipotizzarsi un ambito di tutela nuovo, se si considera che già rispetto all'uso generale dei beni pubblici è da tempo pacifico che i singoli vantino un diritto a non essere impediti nell'uso dei beni stessi⁶⁵.

⁶⁰ V. sul punto V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 22 ss., il quale ritiene che la dicotomia proprietà pubblica-proprietà privata non escluda la proprietà collettiva come forma – una delle forme generali – di appropriazione dei beni ammessa nell'ordinamento. Nel medesimo senso, P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica Italiana*, cit., 12, e soprattutto ne *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva*, cit., 23 ss., laddove l'A. sostiene che la proprietà collettiva rientrerebbe nella proprietà pubblica di cui all'art. 42 e non avrebbe alcun bisogno di una normativa specifica che la riconosca, necessaria invece per la proprietà privata. La Costituzione, insomma, avrebbe limitato la sola proprietà privata "proprio al fine di ricreare uno spazio vitale alla riespansione della proprietà collettiva".

⁶¹ Su cui v. V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Uso pubblico (diritto di)*, *Dig. disc. pubbl.*, cit., 602 ss., laddove l'A. si sofferma sui diritti di uso pubblico come diritti reali parziari esercitabili dalle collettività rispetto a beni di proprietà privata o appartenenti al patrimonio indisponibile non riservato.

⁶² Secondo la qualificazione operata per boschi e foreste da Corte Cost., sentenza n. 105/08, recentemente richiamata da P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni*, cit., 30.

⁶³ Il riferimento è a V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 429 ss. e anche *Beni pubblici*, *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 28.

⁶⁴ Lo schema stabilisce infatti che "In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge".

⁶⁵ V. per tutti A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 786.

Resta, dunque, il problema di fondo di individuare il contenuto concreto dei diritti vantati dalla collettività, che li differenzi rispetto a quelli che sono riconosciuti ai singoli rispetto ai beni pubblici.

E allora se il profilo proprietario non è decisivo, e anche il diritto al mantenimento della fruizione collettiva non è in fondo così innovativo, i diritti fondamentali che sono alla base del riconoscimento di un bene come “comune” potrebbero afferire proprio al mantenimento della destinazione del bene e potrebbero configurarsi innanzitutto come diritti di partecipazione alla formazione delle decisioni pubbliche che incidono sulla regolazione degli usi del bene e, *a fortiori*, su eventuali atti di disposizione del bene stesso, come nell’ipotesi di sdemanializzazione dei beni pubblici, che oggi è sottratta a qualsiasi contributo consultivo e/o decisionale delle collettività⁶⁶.

In questo senso, vi sarebbe senz’altro un rafforzamento rispetto alla posizione tradizionalmente di interesse semplice (c.d. diritti civici all’uso generale dei beni demaniali), o al più di interesse legittimo, riconosciuta ai singoli rispetto alle scelte dell’autorità in merito alla destinazione dei beni e alla loro eventuale trasformazione⁶⁷.

Se si riflette su questo aspetto, ritorna tutta la centralità delle politiche pubbliche, che non possono non continuare ad avere un ruolo fondamentale sulla regolazione e sulla gestione dei beni comuni, con forti ricadute sulla fruizione collettiva e sulla sua qualità (si pensi ai provvedimenti fiscali che colpiscono beni culturali in proprietà privata). E tuttavia, se un contenuto concreto vogliamo dare alle categorie astratte, è proprio sul piano della regolazione che la tutela dei diritti fondamentali nell’ambito ai beni comuni può acquistare un ruolo di primo piano. Il pensiero va alle tecniche della democrazia partecipativa⁶⁸, che trova qui un importante terreno applicativo.

Il salto di qualità nella tutela dei diritti collettivi che ci si aspetta da una disciplina generale dei beni comuni dipende da quanto peso questi diritti riusciranno a guadagnare sul piano delle decisioni che incidono sull’uso e sulla gestione dei beni.

⁶⁶ In questo senso, P. MADDALENA, *L’ambiente e le sue componenti come beni comuni in proprietà collettiva*, cit., 32, il quale propone la previsione di un divieto di sdemanializzazione, che potrebbe essere superato solo con una legge che sia espressione della volontà popolare.

⁶⁷ Cfr. V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Beni pubblici (uso dei)*, cit., 310, laddove l’A. ha sottolineato che “il contenuto dell’uso generale non può dirsi determinato una volta per tutte, né il relativo diritto assistito da tutela giudiziaria in relazione a una modalità d’uso specifica e immutabile”.

⁶⁸ Su cui, per i profili teorici, v. U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, 2006, 151 ss. e, per alcune interessanti ipotesi applicative, alcuni saggi contenuti nel volume *Per governare insieme: il federalismo come metodo*, cit.

Dunque, una prima facoltà del titolare dei diritti correlati a beni comuni è relativa all'adozione di scelte quanto più possibile condivise in relazione ai beni stessi.

Visto in rapporto ai beni pubblici, diversa appare la titolarità dei poteri decisionali, perché nel caso dei beni pubblici, pur essendo parimenti doveroso, proprio in funzione della finalità del regime differenziato, il ricorso a un forte apporto partecipativo, nel caso dei beni comuni potrebbe ipotizzarsi un vero e proprio diritto alla condivisione delle scelte, soprattutto quando destinate a incidere sulle modalità della fruizione dei beni. Sul punto, le previsioni contenute nel testo elaborato dalla commissione Rodotà (che tuttavia contiene solo indicazioni per una legge delega) si limitano a prevedere che i limiti e le modalità di uso del bene siano stabiliti dalla legge e potrebbero dunque essere integrate in sede di predisposizione della legislazione delegata.

7. Quello dell'uso dei beni comuni e dei diritti collettivi che vi si ricollegano è un nodo fondamentale, non a caso studiato anche dagli economisti e dai cultori dell'analisi economica del diritto.

Tradizionalmente, secondo i criteri economici che misurano la c.d. docilità dei beni rispetto al mercato, i beni comuni hanno caratteristiche che rendono impossibile escludere alcuno dall'uso, sono cioè di norma non escludibili (si pensi all'aria), ma possono essere rivali nel consumo, in quanto l'uso eccessivo da parte di alcuni può impedire l'uso da parte di altri (si pensi all'uso del suolo o alla stessa acqua).

La categoria mette insieme beni intrinsecamente molto diversi, perché non assimilabili alla nozione tradizionale di bene comune che hanno gli economisti, per la quale sussistono di norma la non escludibilità del bene e la sua rivalità⁶⁹.

Essi, dal punto di vista economico, si collocano per molti versi in una zona intermedia tra i beni pubblici e quelli privati⁷⁰: si pensi alle foreste, ai beni culturali e a quelli ambientali. Si tratta di beni collocabili sul mercato, dunque escludibili, che però al tempo stesso dal punto di vista giuridico possono essere qualificati come beni comuni.

⁶⁹ Sulla quale di recente v. M. FRANZINI, *Il significato dei beni comuni in economia o i beni comuni spiegati agli economisti*, in *L'Italia dei beni comuni*, 42 ss.

⁷⁰ V. sul punto M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007, 130, che definisce quella dei *commons* come una categoria ibrida, che raduna molte sfumature di grigio.

In particolare, per alcuni beni c'è il rischio della “tragedia dei comuni” ormai fin troppo nota⁷¹, ossia quella generata proprio dalla non escludibilità dall'uso dei beni, e dunque dal rischio di consumo indiscriminato degli stessi, mentre per altri (come l'acqua), c'è il pericolo opposto, ossia quello che i beni (attraverso iniziative di privatizzazione della proprietà e/o della gestione) vengano assoggettati a misure di esclusione, attraverso la loro collocazione sul mercato o comunque la fissazione di un prezzo per il loro consumo. Insomma, per i beni comuni, a seconda della loro caratteristica, si presenterebbero due opposte possibili “tragedie” e, dunque, si richiedono due diverse soluzioni⁷².

Le diverse tesi che hanno dato voce, pur con diverse sfumature, alla necessità di fondare una nuova disciplina dei beni comuni hanno alcuni punti in comune.

Esse propongono di fare leva su forme di partecipazione alle scelte, che attingono agli istituti della democrazia partecipativa e deliberativa, talora si spingono fino a ipotizzare modelli di vero e proprio autogoverno propri di forme di proprietà collettiva, ovvero si fondano su un maggiore utilizzazione del modello della sussidiarietà orizzontale, oppure affermano la necessità di introdurre una disciplina che incentivi la cooperazione tra individui, innescando un circuito virtuoso che prevenga la tragedia dei comuni e, come è stato efficacemente suggerito, la trasformi in commedia⁷³.

Dunque l'uso è il perno intorno al quale ruota la disciplina, e prima ancora la stessa esistenza, dei beni comuni. Anche su di esso, occorre rinvenire un *quid pluris* che ne differenzi la disciplina rispetto ai beni pubblici.

I beni comuni escludono di norma altre modalità d'uso che non sia quella generale, laddove com'è noto, le tipologie degli usi dei beni pubblici contemplano anche l'uso diretto e l'uso promiscuo. Inoltre, è stato rilevato come per i beni pubblici l'uso generale non sia garantito indiscriminatamente nella sua soddisfazione, ma possa essere

⁷¹ Che si deve allo studio di G. HARDING, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 1244 ss., laddove l'A., muovendo dalla premessa che “*freedom in the commons bring ruins to all*” ha sostenuto che l'unica soluzione all'inevitabile consumo dei beni comuni è l'introduzione di forme di esclusione.

⁷² Di qui il paradosso rilevato da M. FRANZINI, *Il significato dei beni comuni in economia*, cit., che deriva proprio da una diversa idea di che cosa comporta l'esclusione o l'escludibilità. In un caso è la causa, nell'altro caso è la soluzione. In un caso la tragedia è che non si è esclusi, e dunque il rimedio può essere l'introduzione di forme di esclusione. Nell'altro caso che si è esclusi, e dunque deve impedirsi che atti di disposizione del bene possano impedire l'accesso e la fruizione collettiva dello stesso.

⁷³ Espressione ripresa da G. NAPOLITANO, *I beni comuni e le “tragedie dell'interesse comune”*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, Bologna, 2007, 140. In tema, v. anche le considerazioni di M. FRANZINI, *Il significato*, cit.

compreso a seguito di scelte dell'amministrazione volte, ad esempio, a sfruttare economicamente il bene oppure a destinarlo alla cura di interessi pubblici incompatibili con l'uso collettivo⁷⁴. Di contro, sembrerebbe doversi escludere per i beni comuni l'uso particolare (previa autorizzazione e concessione), che determina l'esclusione, compatibile con il regime di appartenenza del bene pubblico, e invece da ritenersi incompatibile con i beni comuni, per cui, di norma, un diritto di appartenenza non si identifica, oppure è un diritto che in ogni caso non tollera esclusioni dal godimento. D'altra parte, dovrebbe escludersi per i beni comuni un "godimento" in senso tecnico, ossia la possibilità di sfruttarli a fini economici, possibilità che invece non è esclusa per i beni pubblici attraverso l'uso particolare, anche se della concessione si è tentato di dare una qualificazione pubblicistica quale strumento che sempre deve essere compatibile con l'interesse pubblico e dunque, ad esempio, con la fruizione collettiva.

Il collegamento dei beni comuni con l'uso collettivo e con i diritti fondamentali potrebbe però far immaginare un'utilizzazione diversa della concessione, come strumento, ad esempio, per affidare a titolo gratuito a una associazione di cittadini la gestione di aree o di strutture destinate all'uso collettivo. In questo senso, il testo proposto dalla Commissione Rodotà, ove dovesse mai essere approvato, potrebbe essere integrato, in sede di legislazione delegata, con la previsione di moduli di affidamento che consentano una migliore gestione dei beni, anche a fini di conservazione e salvaguardia. Sul punto, troppo restrittiva appare invece la disposizione che, nel caso di beni comuni di proprietà di persone giuridiche pubbliche, accanto alla collocazione del bene fuori commercio (che appare una misura di tutela indispensabile) prevede la sola gestione pubblica dei beni stessi.

Sull'effettività dei diritti d'uso collettivi un elemento decisivo è quello della gestione, che a sua volta può concretare una delle utilità che si legano ai beni comuni⁷⁵. Su questo fronte si gioca un importante *chance* di sviluppo della sussidiarietà orizzontale,

⁷⁴ V. sul punto V. CAPUTI IAMBRENGHI, *Beni pubblici (uso dei)*, cit., 310 ss., soprattutto laddove l'A. osserva come con riferimento ai beni pubblici possa verificarsi una restrizione nell'uso generale dettata da diversi interessi pubblici e come un'offerta economica dei beni pubblici non possa dirsi seriamente ostacolata nell'ordinamento generale dalla cosiddetta naturale destinazione del bene in proprietà collettiva all'uso della comunità, giacché "il contenuto dell'uso generale non può dirsi determinato una volta per tutte, né il relativo diritto assistito da tutela giudiziaria in relazione a una modalità d'uso specifica e immutabile".

⁷⁵ Proprio nella gestione collettiva e/o partecipata M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni*, cit., 116, individua uno degli elementi di un possibile statuto giuridico dei beni comuni.

che potrebbe proporsi quale “prima opzione”, soprattutto, ma non solo, per la gestione di spazi pubblici come quelli urbani.

Proprio con riferimento alla gestione dei beni comuni, potrebbe anzi ipotizzarsi una piena valorizzazione del precetto contenuto nell’ultimo comma dell’art. 118 della Costituzione, soprattutto con riferimento alle amministrazioni locali, in cui l’autonoma iniziativa dei cittadini può più efficacemente affiancare l’amministrazione⁷⁶. È ovvio che perché tale auspicio si tramuti in realtà occorreranno interventi legislativi volti a rendere doveroso, per singole tipologie di beni comuni, il ricorso a modalità sussidiarie di gestione⁷⁷.

Qualche spunto e conferma può ricavarsi dalle scelte effettuate in altri ordinamenti. Il *Localism Act 2011*, appena entrato in vigore nel Regno Unito, contiene ad esempio un’interessante previsione in questo senso laddove, in una parte eloquentemente finalizzata al “*Community Empowerment*”, prevede che le amministrazioni locali abbiano l’obbligo di prendere in considerazione manifestazioni di interesse di associazioni di cittadini volte a chiedere l’affidamento della gestione, o di attività di supporto nella gestione, di funzioni o servizi di interesse generale fino a quel momento svolti dall’autorità⁷⁸: dunque, esattamente un caso di sussidiarietà doverosa.

Esclusa l’ammissibilità di scelte di valorizzazione dei beni comuni che puntino sul loro esclusivo sfruttamento economico⁷⁹, dovrebbero tuttavia ritenersi consentite tutte le misure di valorizzazione che migliorino la effettiva rispondenza del bene alle finalità di uso collettivo, con la più ampia utilizzazione di istituti privatistici come le fondazioni, i *trust*⁸⁰ e i più comuni contratti di locazione. Perfino l’eventuale dismissione di beni pubblici (o la loro cessione in uso gratuito) potrebbe essere utilizzata a questo sco-

⁷⁶ In questo senso, v. G. ARENA, *Beni comuni. Un nuovo punto di vista*, editoriale del 19 ottobre 2010, su www.labsus.org, il quale vede nella sussidiarietà lo strumento ideale per la cura dei beni comuni come attività di interesse generale e propone una lettura dell’art. 810 c.c. in combinato con l’art. 118 Cost. al fine di configurare un vero e proprio “diritto di cura” dei beni comuni da parte dei cittadini, diritto che troverebbe il suo fondamento nell’art. 2 Cost.

⁷⁷ Uno dei pochi esempi nei quali la sussidiarietà sembra avere effettivamente orientato la scelta del legislatore è quello della disciplina dei microprogetti di interesse locale introdotti dalla legge n. 2/09, su cui si sofferma C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *L’Italia dei beni comuni*, cit.

⁷⁸ Cfr. art. 81 e ss., che disciplinano il c.d. *right to challenge*, che si esercita attraverso una *expression of interest* da parte della comunità, a cui corrisponde per l’autorità amministrativa, il *duty to consider*.

⁷⁹ Sulla pluralità di accezioni del termine valorizzazione riferito al patrimonio immobiliare pubblico, e sulla configurabilità di una “valorizzazione sociale” accanto a una “valorizzazione economica”, v. L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, cit.

⁸⁰ Sull’utilizzazione del *trust* nella valorizzazione degli immobili pubblici, v. sempre L. MERCATI, *op. ult. cit.*, 263 ss.

po. Interessante, in questo senso, è, ancora una volta, la disciplina recentemente introdotta nel Regno Unito con il *Localism Act*, che prevede, il c.d. *Community Right to Bid*, ossia un diritto di prelazione delle comunità di cittadini all'acquisto di beni (pubblici o privati) che l'amministrazione locale ha incluso in un elenco dei beni di interesse della comunità, e che associazioni dei cittadini possono acquistare al fine di creare spazi aperti alla fruizione collettiva come biblioteche oppure attrezzature per lo sport e il tempo libero.

Anche la classica concessione (che il testo della commissione Rodotà relega a istituto eccezionale) può essere utilizzata a questo scopo, pur nella consapevolezza che si tratta di strumento che può generare criticità e conflitti, poiché l'autogoverno delle comunità non è di per sé un modello salvifico.

Ancora una volta, decisivo sarà il costante coordinamento da parte delle amministrazioni e delle istituzioni pubbliche, le quali non potranno certo considerarsi spogliate di ogni responsabilità rispetto alla gestione dei beni comuni, anche quando questi vengano affidati alla comunità attraverso istituti della sussidiarietà.

Vi è poi il profilo della regolazione degli usi, ossia l'introduzione di quelle misure (ipotizzate da Hardin come antidoto alla tragedia dei comuni, e criticate ad esempio dalla Ostrom, la quale configura una collaborazione spontanea dei consociati in tal senso), che, pur non spingendosi fino a trasformare il bene da non escludibile in escluso, possono prevedere limiti e/o forme di onerosità nell'utilizzo di beni altrimenti soggetti al rischio di "sovra consumo". Si pensi a come, attraverso opportune misure di regolazione, si possa ad esempio rendere un bene sottoposto a riserva ambientale integrale fruibile per la collettività, introducendo un accesso regolato in luogo del divieto assoluto oggi vigente (chilometri di spiagge e di baie negate all'utilizzazione pubblica, perché non sottoposte a regimi regolatori che rendano la salvaguardia del patrimonio naturale compatibile con un uso regolato, ancorché limitato, da parte della collettività). Si pensi, ancora, al problema delle tariffe dell'acqua, problema che risente di una lettura ideologica, che dal diritto all'acqua fa discendere diritto all'uso illimitato gratuito dell'acqua.

In altri casi, si può porre un problema di qualità, oltre che di quantità della fruizione, problema ben noto, ad esempio, in materia di beni culturali e archeologici, laddove la particolare fragilità di alcune opere o complessi di opere richiede necessariamente

non solo una programmazione numerica dell'accesso ma la previsione di particolari condizioni di fruizione.

Ancora una volta, è impensabile che scelte di questo tipo vengano del tutto sottratte al decisore pubblico, ma è auspicabile che rispetto a esse vengano diffuse quanto più possibile pratiche di democrazia partecipativa, pur con tutte le difficoltà che l'applicazione concreta di tale modello incontra⁸¹.

8. Fin qui, la parte “vantaggiosa” delle situazioni soggettive che si collegano ai beni comuni, molto enfatizzata da coloro che pongono l'accento sui diritti fondamentali, e tuttavia, forse eccessivamente fiduciosa nello spirito cooperativo dei singoli, quasi che l'arretramento del pubblico rispetto alla proprietà e alla gestione di molti beni comuni sia automaticamente garanzia della corrispondente espansione di comportamenti virtuosi degli individui, di per sé sufficienti a eliminare il rischio delle due opposte “tragedie dei comuni”, o comunque ad apportarvi rimedi adeguati.

Queste posizioni peccano di eccessivo ottimismo, e se invece si vuole dare un contenuto realistico a un ipotetico statuto dei beni comuni, occorre prendere atto che la peculiare collocazione dei beni in questione tra pubblico e privato fa sì che rispetto a essi il cittadino/utente non possa solo vantare diritti, ma debba altresì farsi carico di oneri e di doveri. È questa l'accezione quasi obbligata dell'aggettivo “comune”, che non sottolinea soltanto l'acquisto di poteri decisionali, diritti di tutela e garanzie da parte della collettività, ma costringe questa a spogliarsi della componente individualistica che, ove non adeguatamente temperata, può rivelarsi incompatibile sia con la fruizione collettiva, sia con la salvaguardia transgenerazionale di beni e risorse comuni, ossia con la protezione del c.d. valore di non uso o di esistenza di alcuni beni⁸².

Non a caso, tutti gli studi sui beni comuni insistono su concetti come cooperazione, sussidiarietà e partecipazione in un'accezione che ne valorizza la componente solidaristica, pur spesso omettendo un riferimento esplicito ad essa.

Se forse in alcuni contesti il ricorso al principio di solidarietà può apparire forzato o fuor di luogo⁸³, esso sembra invece assai appropriato nel caso dei beni comuni.

⁸¹ Su cui v. da ultimo U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, cit., 333.

⁸² V., sui beni ambientali e sul paesaggio, le considerazioni di M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., 141 ss.

⁸³ Non del tutto convincente, ad esempio, appare l'uso che ne ha fatto di recente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3/2011 (a sua volta richiamando Corte di Cass., ss.uu., n. 23726/07), che ha

Non è un caso che nel diritto dell'ambiente i contributi della dottrina abbiano da tempo messo a fuoco come l'obiettivo della tutela ambientale non possa prescindere dall'affermazione di doveri di solidarietà⁸⁴.

Il contraltare del diritto fondamentale che si pone come presupposto dei diritti collettivi di uso del bene comune è il dovere dell'uso responsabile, che risulta indispensabile non solo per assicurare la fruizione collettiva ma anche per garantire che essa favorisca la conservazione anche transgenerazionale del bene, ossia il conseguimento del giusto equilibrio tra valori d'uso e valori di non-uso o d'esistenza. È stato rilevato anzi come, proprio con riferimento alla salvaguardia dei diritti delle generazioni future – che come si è visto vengono spesso considerati come specifica “utilità” dei beni comuni – sia proprio la categoria del dovere, più che quella del diritto, ad acquistare rilevanza e centralità⁸⁵.

Questo dovere condivide il medesimo fondamento costituzionale dei corrispondenti diritti, e può essere ricondotto all’“adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” sancito dallo stesso articolo 2 della Costituzione, laddove interpretato come una clausola aperta⁸⁶.

In molti casi, le normative di settore che stabiliscono la disciplina rilevante per ciascuna tipologia di bene comune conterranno regole, divieti e corrispondenti sanzioni (si pensi, ad es. a quanto previsto non solo in materia ambientale, ma di aree protette e di riserve naturali), così dando copertura legislativa ai doveri in questione.

invocato i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. per fondarvi i limiti che i privati incontrerebbero nell'utilizzo degli strumenti di tutela giurisdizionale e segnatamente al fine di ipotizzare un abuso del processo nelle ipotesi in cui venga chiesto in via autonoma il risarcimento del danno senza previamente impugnare il provvedimento amministrativo dal quale è scaturita la lesione. Sul punto, v. i rilievi critici di F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Il corriere giur.*, n. 7/2011.

⁸⁴ V. soprattutto la prospettiva considerata da F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. ec.*, 2002, 230 ss. V. anche, di recente, P. MADDALENA, *L'ambiente e le sue componenti come beni comuni*, cit., 11, il quale richiamando il pensiero di Zagrebelsky, ricorda come sia “passata l'epoca dei diritti e instaurata l'epoca dei ‘doveri’”.

⁸⁵ R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008, 139, il quale ha osservato come, ai fini del riconoscimento di un principio di responsabilità intergenerazionale, l'art. 2 della Costituzione rappresenti “un formidabile fondamento costituzionale per scelte della comunità nazionale dirette a prendere in seria considerazione gli interessi degli uomini del futuro”. Sul tema v. anche il lavoro di F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, Torino, 2010.

⁸⁶ La natura aperta o chiusa della clausola contenuta nell'art. 2 della Costituzione non è pacifica. In senso favorevole all'ammissibilità di doveri costituzionali diversi da quelli espressamente menzionati dalla costituzione e anche in assenza di una norma interposta, v. A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, 84 e, con riferimento all'ambiente, a fronte del quale mancherebbe il corrispondente titolare di un diritto, v. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente*, cit., 232 ss., anche per riferimenti bibliografici.

Nel caso dei beni comuni, il dovere si fonda anche sulla condivisione di misure di regolazione che possono limitare l'uso "egoistico" del proprietario del bene in favore della collettività⁸⁷, o incentivare l'esercizio di comportamenti virtuosi che limitano il sovraconsumo di alcuni beni, penalizzandone invece l'uso eccessivo (si pensi al consumo dell'acqua o all'uso responsabile delle autovetture).

Certo è che una peculiare forma di regolazione, non economica, ma sociale e comportamentale viene ad acquistare rilevanza⁸⁸: in molti casi, ove non sia di fonte legislativa, essa si collocherà al livello di amministrazione più vicino alla collettività, ossia in capo alle amministrazioni locali, così agevolando l'operatività degli istituti di democrazia partecipativa, che in questo settore sembrano trovare il loro campo di elezione.

Quanto più queste politiche e le loro misure attuative di carattere regolatorio saranno partecipate e condivise nel loro processo formativo, tanto più spontanea sarà l'adozione di comportamenti responsabili e cooperativi da parte dei singoli. Non può poi escludersi che anche una regolazione sussidiaria – ossia sviluppata all'interno della comunità attraverso la diffusione di *best practices* – possa giocare il suo ruolo.

Ciò non toglie, poi, che vi sia un ambito nel quale difficilmente la regolazione può intervenire, e nel quale solo lo spontaneo adempimento ai doveri di responsabilità sociale nell'uso delle risorse comuni può fare la differenza. Qui possono risultare efficaci incentivi e disincentivi, ma non è detto che essi riescano a orientare il comportamento individuale (si pensi all'uso dell'automobile).

È bene poi chiarire che i doveri di solidarietà rispetto all'uso e alla conservazione dei beni comuni non hanno nulla a che vedere con la sussidiarietà, perché non si sostanziano nello svolgimento coattivo di attività sostitutive e/o integrative dell'intervento pubblico. Al contrario, essi si collocano nella sfera minima di doveri di cittadinanza amministrativa che accompagnano i diritti collettivi riconosciuti in capo a ciascun consociato, rispetto ai quali l'adesione a iniziative di sussidiarietà orizzontale rappresenta qualcosa in più e di diverso, che resta e deve restare caratterizzato da spontaneità.

⁸⁷ Quella *mutual coercion*, "mutually agreed upon by the majority of the people affected", cui fa riferimento Hardin, *The tragedy*, cit., 1247.

⁸⁸ Sulla regolazione come funzione connotata da diverse finalità, non solo economiche, ma sociali, con particolare riferimento alla promozione della solidarietà sociale, v. T. PROSSER, *The Regulatory Enterprise*, Oxford, 2010, e anche *Regulation and Social Solidarity*, in *Journal of Law and Society*, 2006, 364 ss.

Ciò non toglie che proprio nell'area dei doveri, e nel compito di "formare" una collettività responsabile, si colgano alcune prospettive interessanti per l'applicazione del principio di sussidiarietà, ad esempio nello svolgimento di adeguate campagne informative e "formative" di supporto o sostitutive rispetto a quelle poste in essere dalle istituzioni pubbliche.

L'aspetto della doverosità è ad oggi il meno esplorato della tematica in esame, ed è forse quello di più problematica attuazione, perché difficilmente configurabile come obbligo coercibile⁸⁹.

E tuttavia, esso risulta indispensabile per chiudere il cerchio che dal pubblico e dal privato porta al "comune", perché il pieno sviluppo della persona umana e il godimento dei diritti fondamentali non possono attuarsi senza lo sforzo collettivo nell'adempimento dei corrispondenti doveri di solidarietà.

⁸⁹ La configurabilità di doveri giuridici a cui non corrispondono diritti (c.d. doveri in senso stretto), tradizionalmente evocata anche con riferimento alla posizione dell'amministrazione nei confronti dei privati (pur se oggi tendenzialmente superata in favore del riconoscimento di un vero e proprio rapporto giuridico), è peraltro pacifica: v. per tutti S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 ss., il quale peraltro rilevava come anche per i doveri che non siano correlativi a diritti altrui possano ben corrispondere dei poteri che abbiano la funzione di assicurarne l'adempimento. Sulla coercitività come carattere "tendenziale e normale, ma non costante né necessario del dovere giuridico", v. E. BETTI, *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 58.