

# NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXV – Nuova serie  
N. 2/2016 (maggio-agosto)

## INDICE

### **DOTTRINA**

LOREDANA GIANI

*Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una rivisitazione della dinamica regolativa* 163

FIRENZO LIGUORI

*La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova s.c.i.a.* 185

ARISTIDE POLICE

*La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche* 223

DARÍO GABRIEL CIMINELLI

*El rol de la auditoría administrativa en el litigio de interés público* 239

ANGELA CASSIA COSTALDELLO E LUIS ALBERTO HUNGARO	
<i>L'adeguamento dei Municipi in Brasile alle esigenze della Politica Nazionale dei Rifiuti Solidi (PNRS): le sfide e le possibili soluzioni</i>	249
FRANCISCO GARCIA-GARRIDO	
<i>La intervención de actores privados en el desarrollo de actividades reguladoras: la evolución del Derecho Administrativo en el espacio</i>	269
SARA FORASASSI	
<i>Gli strumenti finanziari derivati in mano pubblica. Parte II</i>	289

*Dottrina*



## Destinazione e fruibilità dei beni (di interesse pubblico). Spunti per una rivisitazione della dinamica regolativa<sup>1</sup>.

di Loredana Giani

SOMMARIO: 1. La parabola della formula proprietaria tra destinazione (del bene), fruibilità (della collettività) e sfruttamento economico. – 2. Destinazione del bene e rivisitazione della dinamica regolativa. – 3. La categoria del bene comune come risposta alla crisi dello schema proprietario. La criticità di un modello dagli incerti confini. – 4. Gli usi civici tra interesse paesaggistico e bene comune. – 5. Cenni sull'esperienza dei *commons*. – 6. Verso un ripensamento delle forme di tutela. Spunti dal quadro normativo in essere.

1. *La parabola della formula proprietaria tra destinazione (del bene), fruibilità (della collettività) e sfruttamento economico.*

Il settore dei beni, in particolare dei beni pubblici e delle proprietà collettive, è stato oggetto di un rinnovato interesse da parte della dottrina e della giurisprudenza che ne hanno evidenziato non solo la rilevanza, ma anche la problematicità derivante essenzialmente dalla duplice valenza del bene come strumento per la soddisfazione dell'interesse di un singolo (*uti cives*) o di una collettività e del bene come *res* suscettibile di uno sfruttamento economico individuale. La prima riconducibile al bene nella sua astratta potenzialità in ordine alla soddisfazione di quegli interessi che trovano un radicamento – nella loro dimensione tanto positiva quanto negativa riconducibile al profilo della doverosità (per il soggetto pubblico) – nella norma costituzionale, anche nella prospettiva della garanzia delle generazioni future; la seconda al bene in quanto risorsa e, dunque, oggetto (sia pure solo potenziale) di uno sfruttamento economico, con tutti i problemi che ne discendono in relazione alla garanzia dei principi concorrenziali da un lato, e degli interessi dei singoli, parti della collettività, all'accesso al bene ed alla sua conservazione dall'altro. Ed è proprio questa duplice dimensione a mettere in crisi il quadro concettuale tradizionale che trova nella proprietà pubblica il nucleo attorno al quale ruota la costruzione delle diverse formule tese a tutelare gli interessi della collettività interessata alla fruizione del bene ed alla conservazione dello stesso, anche per la garanzia delle generazioni future. Si pensi agli interventi che si sono susseguiti in relazione al bene acqua che da bene pubblico, secondo la definizione contenuta all'art. 1 del T.U. del 1933, con carattere di demanialità solo in caso di sussistenza di un pubblico interesse, diviene “bene pubblico” *tout court* da salvaguardare e utilizzare “secondo criteri di solidarietà”

---

<sup>1</sup> Il presente saggio è destinato al volume in cui saranno raccolti gli Atti del XXI Convegno Annuale di Studi, tenutosi a Copanello (CZ) il 24-25 giugno 2016, “*I beni pubblici tra titolarità e funzione*”.

(in base a quanto prescritto nella legge Galli, nel tentativo di limitare la demanialità), per poi essere classificato bene demaniale statale, secondo quanto espressamente previsto nel Codice dell'ambiente (artt. 144); o ancora alla vicenda dei beni culturali; o agli usi civici, dichiarati aree di interesse paesaggistico, come le aree assegnate alle università agrarie (art. 142, lett. h del Codice dei beni culturali e del paesaggio); o alla nuova categoria, tanto discussa, ma ancora in attesa di una sua collocazione normativa, dei beni comuni.

Rivolgendo lo sguardo al passato la proprietà, o meglio la disciplina della proprietà, e quella di alcuni beni, hanno sempre risentito della necessità (avvertita dal sistema giuridico) di garantire la collettività in ordine alla loro fruizione. Basti pensare alla disciplina delle *res communis omnium* (il cui antesignano, come avvertiva Marciano, può essere riscontrato nelle *res nullius*) e delle *res in uso publico*, cioè di quelle *res humani iuris* comprendenti tutte le cose non suscettibili di apprensione individuale; vuoi per diritto naturale; vuoi, soprattutto dopo le elaborazioni di Ulpiano, per appartenenza alle *res* del popolo romano (*publicae*, in quanto destinate all'uso pubblico e quindi *extracommercium* ed *extrapatrimonium*, o in quanto destinate a sostenere i costi della organizzazione del popolo romano); vuoi per appartenenza alle *universitas*, riconducibili a una determinata collettività. Dunque, dei beni soggetti ad una peculiare disciplina, quale l'*operis novi mutatio publici iuris tenendi gratia*, o gli *interdetti* fondati sulla sovranità dei *cives* e sul loro diritto all'uso comune delle cose pubbliche. Ai fini che qui interessano è utile evidenziare, con riferimento a quest'ultimo istituto, l'intima connessione che esso palesa tra proprietà, sovranità<sup>2</sup> (sovranità della collettività di cui il singolo è parte – che spiega, tra l'altro, le ragioni per cui la proprietà collettiva ha preceduto quella privata) e sovranità del singolo che, proprio in quanto parte della sovranità della comunità, può anche diventare *dominus ex iure Quiritium*, esercitando sulla cosa uno "*ius utendi, fruendi abutendi*".

Una connessione che viene diversamente declinata nel medioevo e nella suddivisione tra "*dominium eminens*" e "*dominium utile*"<sup>3</sup>. Si pensi alla costituzione delle università agrarie, agli usi civici e alle magnifiche regole alpine che, come rilevava la dottrina, "non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazioni: è un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale che, inosservato, discese da remotissimi secoli sino a noi"<sup>4</sup>.

Formule giuridiche che "traballano" a fronte della svolta individualista imposta dalla rivoluzione francese in cui la proprietà, nei dibattiti dell'epoca, viene legittimata come istituzione fondata sulla libertà individuale e sulla difesa contro il potere dispotico dello Stato, per cui, come sottolineava Paolo Grossi "il

<sup>2</sup> P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974.

<sup>3</sup> P. GROSSI, *Proprietà (dir. Int.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, XXXVII, p. 240.

<sup>4</sup> P. CATTANEO, *Su la bonificazione del Piano di Magadino*, in *Scritti economici*, a cura di A. BERTOLINO, Firenze, 1956, III, pp. 187 ss.

proprietario subisce per il solo possesso dei beni una palingenesi che lo separa dai mortali e lo colloca tra i modelli”<sup>5</sup>.

E la richiamata configurazione individualista, con riferimento alla nostra esperienza, viene mantenuta tanto nello Statuto albertino, quanto nel Codice civile del 1865, per subire una mitigazione, sia pure parziale, nel 1942 quando si assiste ad una riformulazione dello stesso concetto di proprietà, visto però in una prospettiva dinamica. Basti pensare al dettato dell’art. 832 c.c.<sup>6</sup> in cui si colgono spunti solidaristici<sup>7</sup>. Ma si tratta di una formula lontana da quella della proprietà collettiva prima richiamata che trova una certa corrispondenza in alcuni istituti, quali quelli relativi alla proprietà pubblica, lo strumento di garanzia degli interessi (pubblici). In entrambi i casi si coglie la comune matrice, in quanto la stessa disciplina della proprietà pubblica, riconducibile allo Stato persona, è anch’essa espressione dello schema individualistico. La medesima formula viene riproposta nella duplice accezione, anche in sede costituente, dove non si rintracciano con chiarezza le coordinate per la individuazione dei confini tra l’una e l’altra categoria<sup>8</sup> incentrate, come detto, sulla formula proprietaria. Ma proprio la scelta di elevare il regime dominicale a strumento di tutela, a causa della rigidità delle formule utilizzate dal legislatore del codice, ha finito col relegare la dimensione fattuale del diritto nel mondo della irrilevanza giuridica, ponendo in secondo piano il profilo della destinazione del bene e della sua fruibilità che, ove oggetto di una diversa considerazione, forse avrebbe potuto portare alla adozione di formule differenti che ancora stentano ad affermarsi.

Ed è così che lo schema concettuale proposto, nel corso degli anni, non è riuscito a fare i conti con il mutamento dei valori espressi dal polo sociale da un lato, e con quello operato nel quadro giuridico dall’altro, soprattutto a seguito dell’innesto del principio concorrenziale.

Si tratta di una questione non nuova. Infatti non si può non rammentare

<sup>5</sup> P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, in *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1977, p. 8.

<sup>6</sup> P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. Dir. Civ.*, Padova, 1972, I, p. 33.

<sup>7</sup> P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1971, pp. 65 ss.

<sup>8</sup> Sul punto significativamente V. CERULLI IRELLI (*Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983) sottolinea l’assenza, anche nei principi di diritto positivo, di “una norma che afferma essere in principio riservate le cose appropriabili al dominio privato; così da rendere necessaria (per le proprietà collettive) una espressa normativa di deroga. Che anzi, semmai è vero l’opposto, ché, sul versante costituzionale, la proprietà privata in tanto è conosciuta e tutelata in quanto, nelle varie discipline delle varie categorie di beni, essa, come modello, riesce ad assicurare dei beni stessi la funzione sociale, nonché a renderli accessibili a tutti; e, sul versante della legislazione ordinaria, vige piuttosto il principio del diritto potenziale di dominio dello Stato su tutto il territorio, sancito all’art. 827 del Codice” (p. 25). ID., *Beni pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987; ID., *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in *Econ. Pubbl.*, 1990, pp. 523 ss.; ID., *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in *astrid-online*, 2003. Sul punto è d’obbligo il richiamo alle riflessioni di M.S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 443 ss.

che la dottrina già all'inizio degli anni '60 aveva evidenziato l'inidoneità della teoria dei "beni pubblici", "niente più di un'espressione verbale, con cui non si è riusciti a spiegare nulla"<sup>9</sup>, sottolineando l'insufficienza della classificazione civilistica, fonte di estrema confusione, soprattutto in considerazione della ritenuta insufficienza del solo regime proprietario, addirittura suggerendo l'abbandono del concetto di "demanio". La prospettiva d'analisi proposta, muovendo dalla considerazione del profilo finalistico, abbandonando il profilo delle formule pur criticate, mirava, però, prevalentemente a indagare il ruolo della pubblica amministrazione con riferimento alle diverse categorie di beni codificate dal legislatore, ricoprendo essa primariamente il ruolo di garante del corretto uso dei beni<sup>10</sup>. Ed in questo contesto si radica la nozione oggettiva di bene pubblico riconducibile alla utilità che esso fornisce per una "collettività pubblica"<sup>11</sup>, offrendo l'input a quelle successive ricostruzioni che hanno spostato l'attenzione sull'uso del bene, ponendo in secondo piano il profilo proprietario<sup>12</sup> in favore di una categoria, che emerge grazie alla assunzione di una visione storicistica, di una proprietà "oggettivamente pubblica", caratterizzata dall'essere finalizzata alla soddisfazione di interessi della collettività, "utilità sociali", "bisogni collettivi", e condizionata dalla stessa socialità del bene<sup>13</sup>. Socialità che, però, era rimessa alla esclusiva valutazione della p.a.<sup>14</sup>, tradizionalmente deputata a cogliere quella pro-

<sup>9</sup> Così M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pp. 5 ss.

<sup>10</sup> Sul punto non si possono non richiamare le ricostruzioni elaborate sempre negli anni Sessanta sul tema. Cfr. U. POTOTSHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1969, pp. 1009 ss.; F. BENVENUTI, *Il demanio fluviale*, in *Dir. Maritt.*, 1961, pp. 476 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969; e sul finire degli anni Settanta, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979.

<sup>11</sup> M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>12</sup> G. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Trattato* diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1982, e con approfondimento in sede monografica in *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1999.

<sup>13</sup> Una prospettiva che ha trovato una evoluzione da parte della dottrina privatistica in relazione ai c.d. beni extra mercato sulla quale si rinvia alle interessanti riflessioni di A. GAMBINO, *Beni extra mercato*, Milano, 2004.

<sup>14</sup> Cass., I, 21 maggio 1955, n. 1488; II, 6 ottobre 1954, n. 3317; "A far venire meno la demanialità del bene non è sufficiente il semplice fatto della cessazione, anche per lungo tempo, dell'uso pubblico, ma occorre la cessazione di qualsiasi possibilità dell'uso stesso, potendo l'uso mancare, ma la distinzione persistere; cosicché non basta il solo non uso, ancorché protratto per lungo tempo, in quanto vi si oppone il principio della imprescrittibilità, che, come impedisce che il privato possa, usando esclusivamente della cosa pubblica, acquistarne la proprietà, così impedisce che il pubblico perda il diritto di uso per la sola inerzia. Né sarebbe sufficiente il disuso congiunto al contrario possesso immemorabile, perché i beni demaniali non possono essere oggetto di usucapione, né di atti di alienazione, e quindi l'istituto dell'immemorabile potrà utilizzarsi soltanto quale semplice indizio della volontà del potere sovrano di far cessare la destinazione della cosa all'uso pubblico, quando sia accompagnata da circostanze tali da far ritenere la esistenza di tale volontà", con nota di A.M. SANDULLI, *Appunti in tema di inizio e cessazione della demanialità*, in *Giur. It.*, 1956, p.

iezione collettiva della funzione sociale che risulta l'elemento che legittima non solo la costruzione di istituti che si discostano dal modello del *dominium* prima richiamato ma che legittimano anche una sua compressione<sup>15</sup>.

E se già la stessa disciplina dei diritti reali e della proprietà per certi versi rappresentano la espressione di una rivisitazione, in chiave fattuale, della disciplina delle cose, il ricorso a nuove categorie concettuali che si aggiungono, sovrappongono a quelle civilistiche, mostra l'insufficienza della sola dimensione legislativa, fondata sul dato proprietario, la sua non piena rispondenza alle esigenze sociali, a quel dato fattuale richiamato in precedenza che è il canone primario di garanzia della effettività.

Senza dubbio uno dei principali momenti di crisi del disegno normativo è rappresentato dall'ingresso del mercato, e cioè dalla assunzione di una visione del bene come oggetto di sfruttamento economico (individuale) che crea le condizioni per una difficile convivenza delle categorie tradizionali con i principi in materia di concorrenza; particolarmente evidente se si considera il lavoro di adeguamento operato nelle sedi giurisprudenziali in cui, in diverse occasioni si è tentata una lettura "*market oriented*" della disciplina codicistica, cercando di tenere ferme, però, alcune coordinate essenziali tese a garantire una coniugazione della concorrenza, ammesso che sia un valore, con quei valori etico-sociali, tra i quali la cooperazione, che non vedono nel "profitto" l'obiettivo esclusivo del mercato e, pur non escludendolo, lo pongono quale obiettivo mediato con altri valori, perseguibili per mezzo di essi. E così, se da un lato, dunque, il regime dominicale aveva rappresentato il momento principe anche della garanzia della fruizione del bene da parte della collettività, dall'altro la apertura ad una visione del bene come *res* destinataria di un "potenziale" sfruttamento economico, ha portato ad un graduale sviluppo di formule tese a garantire questo profilo. Si pensi alla formula del servizio universale, di interesse generale, tesa a garantire l'accesso generalizzato al bene in ottemperanza ai canoni di quella che la stessa Commissione definì come "la specificità del modello europeo di società, nel contesto di una politica che concilia dinamismo del mercato, coesione e solidarietà"<sup>16</sup>; o ancora alle forme di tutela del fruitore via via sviluppate: gli *standards* di qualità dei servizi, le carte dei servizi e, da ultimo, le *Authorities* di settore; o al tentativo di individuare nuove categorie giuridiche quali appunto quella dei beni comuni.

---

523 ss., il quale, a proposito della "dinamica della demanialità" del bene, e dunque della manifestazione di volontà del soggetto pubblico, cui va ricondotto un carattere meramente dichiarativo, dipendendo esso (il carattere della demanialità) dalle stesse caratteristiche oggettive del bene, e dalla sua idoneità alla sua funzione di soddisfazione di un interesse pubblico.

<sup>15</sup> A. M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Il diritto dell'economia*, 1956, pp. 163 ss.; Id., *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, 1959, V, pp. 277 ss.; Id., *Demanio comunale*, in *Enc. Dir.*, 1963, XII, pp. 86 ss.; Id., *Demanio eminente*, in *Enc. Dir.*, 1964, XIII, pp. 928 ss.

<sup>16</sup> Comunicazione della Commissione 11 settembre 1996, C281, *I servizi di interesse generale*.

Si tratta di una parabola evolutiva non certo nuova. Sia consentito sul punto richiamare le parole di Marx il quale nella sua “Misera della filosofia” rilevava: “Venne infine un tempo in cui tutto ciò che gli uomini avevano considerato come inalienabile divenne oggetto di scambio, di traffico, e poteva essere alienato; il tempo in cui quelle stesse cose che fino allora erano state comunicate ma mai barattate, donate ma mai vendute, acquisite ma mai acquistate – virtù amore, opinione, scienza, coscienza, ecc. – tutto divenne commercio”. Una parabola che esprime l’esigenza di trovare un bilanciamento tra quei contrapposti interessi prima richiamati che periodicamente porta a ridiscutere le formule approntate dal legislatore.

Provando a sostituire la lente attraverso cui leggere il fenomeno, assumendo la prospettiva finalistica prima accennata, si possono rintracciare nel nostro sistema, e non solo, delle formule che prescindono dal modello “proprietario”. Si pensi proprio agli usi civici (accomunati, spesso non a ragione, alla categoria dei *commons*) che, sin dai tempi in cui si sedeva attorno alla tavola del Cardinale John Morton Irlodeo – secondo la immaginifica descrizione che ne fa Thomas More nella sua Utopia, pubblicata a Lovanio nel 1516 – vedono nell’*enclosure*, e quindi nella tutela/prevalenza dell’interesse individuale, l’inizio della loro fine.

Quelle recinzioni – sulle quali si ricordano le pagine di William Foster Lloyd<sup>17</sup> – la cui apposizione pone fine a quei diritti consuetudinari che le comunità rurali potevano vantare su pascoli, boschi, fiumi, foreste, cioè su quei beni che consentivano loro di ottenere le materie prime per il loro sostentamento, donde il fine che oggi definiremmo “sociale” del bene. Ed è proprio questo che potremmo chiamare l’antesignano della privatizzazione, all’origine di quel movimento di masse verso le città, verso le industrie e che, nella sua deriva se si vuole più triste, porta alla costituzione delle cosiddette “*work houses*”, il cui ingresso, significativamente (nel caso di Liverpool) veniva indicato come “*the arch of sorrow*”, a sottolineare come esse fossero ben lungi dal rappresentare, come da alcuni si vorrebbe far credere, il primo esempio di *social housing*. Un processo di privatizzazione che autori quali Marx, e molto più tardi Karl Polanyi, individuano quale nascita del capitalismo e motore della rivoluzione industriale, e, non da ultimo, come disastro sociale di enormi proporzioni che vide quale *extrema ratio* al dilagare di vagabondaggio e criminalità, la estensione della pena capitale anche a ragazzi e ragazze di tredici anni, nonché la creazione delle colonie penali quali l’Australia. Quelle recinzioni dei *landlords* britannici che in una epoca molto vicina a noi riportano alla esperienza peruviana di Rancas – come raccontata nel romanzo “Rulli di tamburo” di Manuel Scorza – nella quale si è assistito ad una lunga lotta tra *comuneros* e gli uomini “ingiacchettati di cuoio nero”.

---

<sup>17</sup> Si tratta di due conferenze raccolte nel volume *Two Lectures on the Checks to Population*, Oxford, 1833.

## 2. Destinazione del bene e rivisitazione della dinamica regolativa

In questa prospettiva in cui si rende necessario trovare una chiave di lettura per interpretare la dinamica proprietà pubblica-proprietà privata/mercato, l'indagine non può che prendere le mosse dagli spunti offerti a conclusione di un convegno dedicato alla categoria dei beni pubblici da un illustre studioso, un caro amico prematuramente scomparso, il quale rilevava come ormai “di beni pubblici (e privati) si può forse ancora parlare, anche se in una accezione ben diversa rispetto al passato, e cioè con riferimento alle esigenze collettive, ovvero di quelle individuali nel generale regime del bene (“godimento” che, notoriamente tende da qualche tempo a sostituire la proprietà come categoria giuridica fondamentale, alla cui stregua ricondurre il rapporto tra soggetti e beni)”<sup>18</sup>, spostando, quindi, l'attenzione sul profilo della fruizione. Si tratta di una sollecitazione che può trovare una ancor valida sponda nel sempre vivo insegnamento di Sandulli che, lucido interprete della realtà e dei suoi cambiamenti, distingueva tra beni di interesse pubblico e beni di interesse privato, assumendo, quale riferimento per la loro classificazione, proprio il profilo funzionale, o meglio l'interesse che essi (beni) mirano a soddisfare: di gruppi sociali o collettivi, i primi; privati i secondi.

Si individuano, così, due percorsi paralleli, originanti nel profilo funzionale – relativo alla destinazione del bene e alla sua fruibilità – e ciò anche indipendentemente dal regime proprietario e, dunque, senza necessità (intesa quale *condicio sine qua non*) di una classificazione pubblicistica antecedente. È quanto è accaduto, ad esempio, in materia di reti, per le quali permane il vincolo di destinazione all'uso pubblico del bene o in materia di beni culturali e in un certo senso quanto si vorrebbe realizzare con il richiamo alla categoria del bene comune.

La disciplina autonoma dei profili inerenti la fruizione potrebbe aprire la via anche al superamento di quei problemi di compatibilità di parte della disciplina della generale categoria (dei beni di proprietà collettiva) con il regime tipico del sistema concorrenziale, e con il codice binario (costo/ricavo) sul quale esso è fondato.

Ovviamente il condizionale è d'obbligo perché per fare ciò occorrerebbe superare quella concezione della regolazione limitata alla formula “meno Stato, più mercato”, all'origine di quella *debtation* che parte della dottrina economica<sup>19</sup>, e non solo, vede come “l'inizio della deregolamentazione e della privatizzazione della finanza”, seguendo un percorso inverso, nel tentativo di ricondurre all'interno della “*rule of law*” l'azione dei governi, in modo da confinare l'esercizio dei poteri (legislativo ed esecutivo) entro un quadro valoriale complesso nella prospettiva di una *governance* democratica che intercetti anche quei beni la cui fruibilità è legata alla soddisfazione di diritti fondamentali.

<sup>18</sup> A. ROMANO TASSONE, *Relazione di sintesi*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. Police, Milano, 2008, pp. 697 ss., in particolare p. 706.

<sup>19</sup> A. PETTIFOR, *Debtation. How Globalization Dies*, in [www.opendemocracy.net](http://www.opendemocracy.net).

La autonomizzazione del profilo finalistico, speculare a quello della fruibilità, si porrebbe quale elemento per mezzo del quale superare anche quella incomunicabilità tra settore sociale e settore economico, quella mancata interferenza dell'uno sull'altro che ostacolando la riflessività sistemica, si pone all'origine di una crisi tra società e diritto che si radica nella dimostrata incapacità della regolazione di costruire "quadri regolativi di controllo delle relazioni tra singole aree di autonomia dei privati e di istituzionalizzare arene pubbliche dove negoziare le situazioni di conflitto sociale, assegnando al diritto il compito di assicurare un consenso discorsivo"<sup>20</sup>. Questo non comporta necessariamente l'abbandono del principio concorrenziale, o il ritorno a forme di assistenzialismo o di nazionalizzazione, ma solo una revisione di quelle forme di innamoramento assolutistico che hanno caratterizzato alcuni studi sulla regolazione, in favore della assunzione di una prospettiva diversa in cui essa, la regola di mercato ed il profitto che porta con sé, non siano intesi in senso assoluto. E questo, a mio avviso, lo si coglie appieno se si accetta l'idea che la regolazione non sia per la concorrenza, ma per il mercato inteso in senso ampio, come luogo in cui si inserisce il sistema sociale. Dunque una regolazione che subisce (e recepisce) le perturbazioni provenienti dal sistema sociale, divenendo il riflesso della società di cui esso è espressione, coniugando il principio di mercato con quei valori sociali che sono il nucleo delle norme fondanti il nostro sistema, e la stessa struttura della Unione europea, nella sua evoluzione verso un modello politico, come avuto in mente già da Altiero Spinelli.

Questo cambio di prospettiva consente di evidenziare un triplice e imprescindibile ruolo del sistema giuridico, una volta scelto il modello economico: disporre di un sistema di relazioni che, in applicazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà, garantisca la realizzazione e la operatività dello stesso sistema economico, attraverso una regolazione che ordini e coordini le attività, strutturi e risolva i conflitti; garantire il suo adattamento alle interferenze, esprimendo i bisogni, manifestati dal sistema sociale, funzionando da garante del rispetto i quei valori fondamentali che sono il limite naturale ed intrinseco della scelta del modello economico<sup>21</sup>; garantire l'applicazione del principio democratico in relazione ai principi del costituzionalismo e della *rule of law*. E ciò in quanto la relazione tra diritto ed economia si pone in una posizione di mutua influenza, così che il sistema politico coglie gli *input* provenienti dai sottosistemi non giuridici e li trasforma in regole che avranno effetti su di essi.

Ed è in questa prospettiva che, come rilevava Habermas nel suo volume *Morale, diritto, politica*<sup>22</sup>, i diritti fondamentali si pongono quali "condizioni discorsive di un processo (...) di formazione dell'opinione e della volontà", e la norma non

<sup>20</sup> A. FEBBRAJO, C. PENNISI, *Introduzione*, in G. Teubner, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano, 1996, in particolare p. XI.

<sup>21</sup> Sia consentito richiamare L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002.

<sup>22</sup> Ed. italiana a cura di L. CEPPEA, Torino, Einaudi, 2007, p. 85.

può che essere il risultato di un processo che, muovendo dagli impulsi provenienti dal polo sociale, venga filtrato a livello politico anche attraverso la garanzia di una effettività, in termini di azionabilità giuridica dei diritti fondamentali a garanzia di quella “dignità intangibile” dell’individuo<sup>23</sup> che assume rilievo come limite sia esterno sia interno all’attività delle istituzioni, degli altri individui e dello stesso soggetto interessato che, pertanto, dovrà esercitare i propri diritti fondamentali orientandoli verso il bene della collettività, legittimando in tal modo il potere politico<sup>24</sup>. È chiaro, dunque, che l’intervento dello Stato muta la sua consistenza ma non scompare, dovendo essere funzionale alla concorrenzialità del mercato, e allo stesso tempo al mercato considerato nel suo complesso, e, pertanto, deve essere realizzato attraverso l’introduzione di elementi esterni che assicurino un bilanciamento anche con elementi di politica sociale, in relazione ai quali lo Stato è solo il garante potendo (dovendo) allo stesso tempo limitare quegli effetti, particolarmente evidenti in relazione alla globalizzazione, che portano alla costruzione di una cittadinanza disuguale, in cui l’origine della diseguaglianza va rintracciata proprio in relazione al possesso dei mezzi (non soltanto economici) sufficienti per assicurare l’accesso a diversi e più vantaggiosi ambiti.

In questo senso, dunque, l’interesse pubblico, o forse più corretto dire gli interessi della collettività al funzionamento del mercato, alla sua stabilità e al rispetto dei diritti fondamentali, si collocano al suo interno, proprio attraverso gli strumenti della legislazione e dell’amministrazione, “per svolgervi la sua parte, costruttiva e ricostruttiva, in un processo di incessante controllo e regolazione, di garanzia e tutela”<sup>25</sup> e finiscono per influenzare le stesse categorie giuridiche, verso un recupero di quella fattualità del diritto che è l’elemento chiave per una reinterpretazione del sistema anche in chiave di effettività.

### 3. *La categoria del bene comune come risposta alla crisi dello schema proprietario. La criticità di un modello dagli incerti confini*

In questa prospettiva la rilettura della dinamica dei beni non può che prendere atto della necessità di riflettere sul macro-modello che poggia sullo schema proprietario, radicando su di esso le forme di tutela, includendo nell’ambito della

<sup>23</sup> P. F. SAVONA, *In limine juris. La genesi extra ordinem della giuridicità e il sentimento del diritto*, Napoli, 2005.

<sup>24</sup> HABERMAS, *op. ult. cit.*, p. 87.

<sup>25</sup> G. MARONGIU, *Interesse pubblico e attività economica*, in *Jus*, 1991, anche in *La democrazia come problema*, vol. I, t. 2°, *Diritto amministrazione ed economia*, Bologna, 1994, pp. 333 ss., in particolare p. 450: il mercato “è una vera e propria costruzione sociale intrisa di norme, oltre che di diritto privato, di diritto pubblico: un luogo in cui l’interesse generale funziona – per via interna – da limite e garanzia, e forse anche da forma propulsiva”, p. 451.

riflessione anche quei profili riguardanti la destinazione del bene e la sua fruibilità, garantendo così il godimento da parte della collettività, l'utilizzazione da parte dei membri della collettività, e l'eventuale sfruttamento del bene stesso da parte dei singoli. Per certi versi sembra rispondere a tale esigenza la graduale emersione di nuove categorie, quali quella dai confini certo non chiari, soprattutto in ragione dell'assenza di uno statuto giuridico, del bene comune rispetto alla quale non si possono non esprimere delle perplessità, soprattutto se si considerano le sue origini e i confini che nella disciplina da cui essa origina viene ad avere.

Frutto se si vuole di una traduzione letterale del termine *commons*, nella accezione fatta propria dagli economisti, da cui è stata importata, essa assume una valenza contenutistica del tutto differente rispetto ai *commons* richiamati in apertura, ricomprendendo non solo i beni materiali quali acqua, terra, foreste, ma anche quei servizi che per anni hanno rappresentato la principale espressione dello Stato sociale, fino ad arrivare a beni immateriali quali internet o la cultura in generale<sup>26</sup>. Dunque una categoria – di beni non rivali, cioè non escludibili – assai ampia la cui portata può essere ben compresa se si riguardano le riflessioni sviluppate in reazione a quello che molto significativamente venne indicato come “secondo movimento delle recinzioni”<sup>27</sup>, inteso come “una dinamica globale e diffusa di espropriazione di risorse comuni con conseguente trasferimento di prerogative di dominio collettivo a quello di mercato”<sup>28</sup>; come reazione all'affermarsi delle teorie neoliberali e liberiste e delle politiche di tutela della proprietà e di privatizzazione che esse portano con sé.

Non è un caso, infatti, che il nucleo problematico primario della categoria, venne ricercato dagli economisti nella limitatezza delle risorse e nel loro essere direttamente o indirettamente collegate alla soddisfazione/realizzazione di diritti fondamentali<sup>29</sup>. Una limitatezza in relazione alla quale Hardin<sup>30</sup>, già nel lontano 1968, parlava proprio di “tragedia dei beni comuni” a sottolineare che in relazione ad essi la mano invisibile di Adam Smith, anche in questo caso, non sarebbe riuscita a controllare gli effetti negativi degli interessi personali, con la vittoria del *free rider*<sup>31</sup>, che, noncurante degli interessi collettivi, avrebbe perseguito il proprio vantaggio a discapito degli altri, pur consapevole della limitatezza delle risorse che egli sta utilizzando per il suo esclusivo profitto. Ma nel sottolineare la importanza della regolamentazione pubblica Hardin

<sup>26</sup> V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Labsus, Laboratorio per la solidarietà*, [www.labsus.org](http://www.labsus.org).

<sup>27</sup> L'espressione è di J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and contemporary problems*, n. 66, 2003, pp. 33-75.

<sup>28</sup> In tal senso L. COCCOLI, *Introduzione. Ieri, oggi, domani: i beni comuni tra passato e futuro*, in *Commons. Beni comuni. Il dibattito internazionale*, a cura di L. Coccoli, goWare, 2013.

<sup>29</sup> F. CASSANO, “*Homo civicus. La ragionevole Follia dei beni comuni*”, Bari, Dedalo, 2004.

<sup>30</sup> G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, *Science*, vol. 162, n. 3859, 1968, pp. 1243-1248.

<sup>31</sup> In tal senso si esprimeva già David Hume nel suo *Treaties on Human Nature*, Londra, 1738.

accomunò due esempi: il primo relativo al pascolo utilizzato da più utenti, il secondo relativo all'inquinamento, evidenziando come in entrambi i casi la massimizzazione del profitto – che caratterizza l'atteggiamento dell'*homo oeconomicus* marginalista – e la carenza di investimenti non avrebbero potuto non portare alla rovina del bene.

Una tragedia che, come evidenziano le critiche alla tesi Hardiniana, è stata evitata “grazie a soluzioni collettive dei problemi legati alle risorse comuni”. Soluzioni che possono anche prescindere da formule istituzionali<sup>32</sup>, viste addirittura quale “origine” di alcuni dei mali. È interessante notare che nell'elaborare la sua critica al modello Hardiniano la Olstrom, in accordo con quanto già sottolineato da Crowe<sup>33</sup>, mette in guardia rispetto all'opzione per una disciplina interamente pubblicistica evidenziando proprio i rischi di cattura del regolatore: “ogni volta che enti legislativi nazionali sono stati utilizzati come gli unici sistemi amministrativi in grado di gestire i problemi di risorse comuni, piccoli gruppi altamente organizzati [hanno] sovvertito a loro vantaggio il processo normativo, impedendo ai gruppi più numerosi, ma non organizzati di persone coinvolte di esservi efficacemente rappresentati”. Un timore non nuovo se si ricordano le parole di Innes, docente di diritto costituzionale, che sul finire del XIX secolo rilevava come il problema della scomparsa dei *commons* fosse essenzialmente imputabile ad una prevalenza dei ricchi sui poveri, alla mancanza di una loro rappresentatività, significativamente sintetizzata nell'espressione “*The poor had no lawyer*”<sup>34</sup>. Ciò nonostante la Olstrom non escludeva aprioristicamente forme di regolazione (anche pubblicistica), pur evidenziando come la falla degli studi condotti sul tema fosse individuabile nella sottovalutazione “della creatività delle persone direttamente coinvolte nei problemi relativi alle risorse comuni”. Più in particolare individuava quali condizioni per la sopravvivenza del bene comune – che evidentemente ha una valenza puramente economica –, la presenza di una comunità stabile, di ridotte dimensioni, aggregata attorno a valori comuni, la presenza di un sistema regolatorio flessibile la cui effettività è garantita da un sistema sanzionatorio e, infine, la possibilità di accesso a meccanismi condivisi e poco costosi per la risoluzione dei conflitti.

<sup>32</sup> E. OLSTROM, *Collective Action and the Tragedy of the Commons*, in G. Hardin e J. Baden (a cura di), *Managing the Commons*, W.H. Freeman, San Francisco, 1977, pp. 173 ss..

<sup>33</sup> B. CROWE, *The Tragedy of the Commons Revisited*, in *Science*, vol. 166, n. 3909, 1969, pp. 1103 ss..

<sup>34</sup> Non si può non ricordare come C. INNES, docente di diritto costituzionale, nel suo volume *Lectures on Scotch Legal Antiquities* (Edinburg, 1872) scriveva: *Looking over our community, the land held in common was of vast extent... Now as cultivation increased, the tendency in agricultural mind was to occupy these wide commons, and our lawyers let themselves to appropriate the poor men's grazing to the neighboring baron. They pointed to his charter with its clause of parts and pertinent, with its general clause of mosses and moors – clauses taken from the style book, not with any reference to the territory conveyed in that charter; and although the charter was hundreds of years old, and the lord had never possessed any of the common, when it can be divided, the lord got the whole that was allocated to the estate, and the poor cottar none. The poor had no lawyers*”.

Se fin qui gli spunti di riflessione per il giurista sono indubbiamente preziosi, quando si passa all'analisi dei confini della categoria non possono non sorgere delle perplessità, soprattutto se si considerano le successive evoluzioni che essa ha avuto nell'ambito della dottrina economica<sup>35</sup>.

Si consideri, ad esempio lo studio condotto da Carol Rose<sup>36</sup> la quale muove da una distinzione tra “bene comune” e “risorsa comune”, evidenziando come alcuni beni pur non essendo di proprietà comune, risultano essere una risorsa comune per la collettività quali, ad esempio, i beni oggetto del primo movimento di *enclosure*, quali pascoli e boschi, che di fatto erano di proprietà privata ma rappresentavano una risorsa comune per gli abitanti del posto, enucleando, così, una caratterizzazione sociale. Ma il richiamo al concetto di “risorsa” di fatto consente all'autrice di operare un ulteriore ampliamento dei confini della categoria includendovi, ad esempio, le infrastrutture che, indipendentemente dal regime proprietario, rappresentano comunque una risorsa per la collettività. E in questo senso lo sono certamente il sistema stradale e autostradale, ma anche quello ferroviario, portuale, le strutture sanitarie, nonché quelle scolastiche, e gli esempi potrebbero continuare.

E proprio in quanto “risorse”, la accessibilità, la fruibilità da parte della collettività, più ampia possibile, genererebbe non un momento di crisi – o una tragedia, per usare la terminologia Hardiniana –, ma al contrario, rappresenterebbe un vantaggio per la collettività stessa, risultando uno strumento per incrementare vantaggi e benefici in favore delle stesse collettività quali, ad esempio, lo sviluppo del commercio. Nella prospettiva prescelta dall'autrice l'utilizzo delle infrastrutture, pur nei limiti di capienza delle stesse, non porrebbe un problema di danneggiamento degli altri, come invece nell'esempio di Hardin dell'uso del pascolo, bensì un problema di garanzia dell'accesso al bene da parte di tutti i soggetti interessati, spostando l'attenzione dal profilo proprietario a quello della fruizione. Di qui il titolo (*The Comedy of the Commons*) di senso opposto rispetto allo studio di Hardin il quale, tra l'altro, proprio dopo il lavoro della Rose, riconobbe che il titolo del suo studio sarebbe dovuto essere “*The Tragedy of the Unmanaged Commons*”, individuando, così, l'elemento centrale nel fattore “gestione” del bene comune.

Il richiamo al concetto di “risorsa” evidenzia una diversa prospettiva che nel corso degli anni ha consentito un ampliamento – direi snaturamento – del concetto

<sup>35</sup> La dottrina sul punto è assai ampia. Sia consentito rinviare a AA.VV., *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ, Torino, 2007; V. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Politica del diritto*, 2008, pp. 531 ss.; AA. VV., *Beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice civile*, a cura di MATTEI, REVIGLIO, RODOTÀ, Roma, 2010; V. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2011, pp. 103 ss.; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2012; A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e beni comuni. Il nodo della tutela*, Torino, 2013; A. MASSARUTTO, *Il dovere dei doveri. I beni comuni e la scienza triste*, in *Ragion pratica*, 2013, pp. 376 ss.

<sup>36</sup> C. M. ROSE, *The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property*, in Faculty Scholarship Series, Paper 1828, 1986, in <http://digitalcommons.law.yale.edu>, pp. 711 ss..

comprensivo, ad esempio, dei c.d. *new commons o semicommons*<sup>37</sup>, cioè beni che hanno origini e caratterizzazioni differenziate, fino ad includere quelle risorse che, con l'evolversi della società, hanno acquisito una propria rilevanza in termini di accessibilità, quali, ad esempio quei beni, anche immateriali, prima non esistenti o non valutabili in termini di risorsa, quali ad esempio internet, ma non solo, i progressi nelle scienze mediche (si pensi a tutta la questione relativa all'accesso da parte delle popolazioni più povere alle terapie per l'HIV), cioè quei beni intellettuali<sup>38</sup> (*the intangible commons of the mind*) i quali sono oggetto di questo secondo movimento di privatizzazione che trova la sua giustificazione principe nell'esigenza di reperire gli investimenti necessari per lo sviluppo. O ancora alle risorse genetiche vegetali, non a caso definite nel trattato FAO del 1983 in termini di "patrimonio comune dell'umanità", il cui obiettivo è stata subito vanificato dalla possibilità, riconosciuta in molti stati occidentali, di brevettare tali risorse. E gli esempi potrebbero continuare, si pensi ai c.d. *urban commons* (ad esempio un quartiere particolare di una città, un parco, ecc.), le tradizioni nazionali, il paesaggio, il patrimonio culturale nazionale e locale.

Ma una siffatta indiscutibile ampiezza evidenzia quella ambiguità semantica che di fatto costituisce il vero nucleo problematico che da un lato ostacola la stessa definizione dei principi di un possibile quadro regolatorio, essendo certamente complesso, individuare dei tratti comuni tra un bene demaniale, un uso civico, sia esso un pascolo, un legnatico, un ghiandatico, le università agrarie, le aragoste del Maine e internet<sup>39</sup>; dall'altro consente che si faccia ricorso alla categoria alcune volte in modo del tutto strumentale.

#### 4. *Gli usi civici tra interesse paesaggistico e bene comune*

La necessità di un ripensamento delle formule emerge con palmare evidenza se si considerano le sorti che sono toccate alla categoria degli usi civici, qualificati

<sup>37</sup> C. HESS, *Mapping the New Commons*, 2008, in SSRN, <http://ssrn.com/abstract=1356835>.

<sup>38</sup> Sul punto è d'obbligo il richiamo allo scritto di JAMES BOYLE, *The second enclosure movement and the construction of the Public domain*, in *Law and Contemporary Problems*, 2003, pp. 33 ss., consultabile anche in <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/1.0> il quale parla appunto di "intangible commons of the mind".

<sup>39</sup> Il richiamo è al lavoro di P. GROSSI, "Un altro modo di possedere". *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, in *Quad. fiorentini*, 1977. Sul tema non si possono non richiamare anche i lavori di V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Trattato dir. civ. comm.*, Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2003; P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici e interesse pubblico*, in *Dir. Amm.*, 2013, pp. 183 ss.; M. VACCARELLA, *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, Bologna, 2008; E. BOSCOLO, *Beni pubblici, beni privati e beni comuni*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, pp. 362 ss. Per una ricognizione normativa C. ALVISI, *Usi civici*, in *Contratto e impresa*, 2005, pp. 825 ss.

come beni paesaggistici, accomunati ai beni comuni, a discapito della peculiarità della stessa categoria elaborata proprio per rispondere alle esigenze manifestate in ordine alla fruizione di alcuni beni, correlati ad esigenze fondamentali dell'individuo. Facendo leva sul "mutato quadro economico", anche per evitare che la categoria andasse incontro ad una sua "enclosure", l'interesse correlato all'uso civico è stato ancorato dal legislatore del Codice dei beni culturali e del paesaggio all'interesse paesaggistico (art. 142)<sup>40</sup>. Ma questo ancoraggio inesorabilmente rischia di determinare la scomparsa della categoria dovuta ad uno snaturamento dell'istituto stesso il cui fine non era certo quello della tutela del paesaggio e, non da ultimo, ad una sua fagocitosi all'interno della più ampia categoria del bene comune. Basti a tal fine pensare a quelle decisioni nelle quali, muovendo dalla constatazione del non assoggettamento del bene ad un regime proprietario privato, e della sua destinazione alla soddisfazione di un interesse generale della collettività di riferimento, sono state ritenute legittime forme di sfruttamento del bene assolutamente incompatibili con il suo fine originario e forse anche con quello ambientale<sup>41</sup>. I giudici costituzionali hanno infatti ritenuto di dovere "adeguare" il "modello" alle rinnovate esigenze espresse dalla società moderna, aprendo la possibilità di un ingresso "legittimo" nel bilanciamento tra contrapposti interessi, anche dell'interesse alla realizzazione di interventi di sviluppo del territorio, quali la disciplina di semplificazione delle procedure "per la realizzazione su terreni montani gravati da usi civici di opere pubbliche necessarie alla salvaguardia e alla valorizzazione delle zone montane"<sup>42</sup>. Così facendo, però, sono stati legittimati usi dello stesso che, sebbene tesi a soddisfare un interesse della collettività, di fatto rischiano di essere incompatibili proprio con lo stesso

<sup>40</sup> Sul punto cfr. E. BOSCOLO, *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, pp. 129 ss.

<sup>41</sup> Corte cost., 30 settembre 1991, n. 511 nella quale si legge che "le diverse più remunerative possibilità di occupazione, prodotte dal sopravvenuto sviluppo industriale del Paese anche nelle zone tradizionalmente agricole, hanno ridotto a dimensioni modestissime le economie familiari di produzione per il consumo, determinando un progressivo abbandono dell'esercizio degli usi civici collegati a quelle economie". Cfr. Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345 con nota di F.G. SCOCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale*, in *Giur. cost.*, 1997, pp. 3400 ss. nella quale l'uso civico diviene lo strumento attraverso cui "salvaguardare una serie di zone che si sono conservate nel loro stato naturale e tradizionale". Ma l'utilità connessa all'uso civico viene sostituita, di fatto, con altra economicamente più vantaggiosa, della apposizione di un'opera funzionale ad un impianto di rete per il trasporto dell'energia elettrica. In tal senso cfr. anche Corte cost. 10 maggio 1995, n. 156 nella quale si sottolinea che in relazione alle aree gravate da uso civico deve svolgersi "una ponderazione dell'interesse pubblico alla costruzione di un'opera ordinata allo sviluppo economico del territorio montano con l'opposto interesse al mantenimento degli usi civici quali strumenti di conservazione della forma originaria del territorio, e quindi strumenti di tutela dell'ambiente", con la conseguenza che "l'organo statale investito della domanda di esproprio non può compiere tale valutazione con piena cognizione di causa senza aver sentito il parere della regione interessata".

<sup>42</sup> Corte cost., 10 maggio 1995, n. 156.

fine proprio dell'uso civico, “*godimento collettivo di un terreno sottoposto a uso civico*”. Si pensi proprio alla realizzazione sullo stesso di un'opera funzionale al trasporto di energia elettrica<sup>43</sup> o a quanto, ad esempio, è accaduto in sede di programmazione del territorio per le “regole ampezzane”<sup>44</sup>. È evidente che si è operata una diversa valutazione tanto del profilo della destinazione, rivolta sì alla soddisfazione di un interesse della collettività, ma certamente un interesse diverso da quello originario, quanto della fruibilità.

Si tratta di una impostazione che, tra l'altro, si pone in contrasto con l'innesto del valore paesaggistico ambientale nel quadro dei “beni ad uso civico” considerati di “interesse paesaggistico” e, dunque, sottoposti a vincolo.

Altrettanto problematico è l'innesto nella categoria dell'interesse ambientale che diviene il motore della tutela e l'elemento che per certi versi giustifica il permanere di quell'impianto normativo degli usi civici che radica la tutela negli enti locali, territoriali e addirittura nei Commissari<sup>45</sup> – proprio in ragione della competenza in materia ambientale<sup>46</sup>. E ciò in quanto si rischia che l'uso civico

<sup>43</sup> In senso contrario Corte cost., 11 luglio 1989, n. 391 nella quale si legge espressamente: “già secondo le finalità della legge del 1927 la destinazione pubblica dei beni di demanio civico non si determina in funzione dell'esercizio dei diritti di uso civico, connesso ad economie familiari di consumo sempre meno attuali, bensì in funzione dell'utilizzazione di tali beni a fine di interesse generale. Per i beni silvo-pastorali la destinazione pubblica all'utilizzazione come fattori produttivi, impressa dalla legge del 1927 (art. 11, lett. A e 12, comma 1), viene subordinata, nel nuovo ordinamento costituzionale, all'interesse di conservazione dell'ambiente naturale, in vista di una utilizzazione come beni ecologici, tutelato dall'art. 9, comma 2, Cost.”. In senso analogo, Corte cost., 30 dicembre 1991, n. 511. Cfr. anche Corte cost., 27 luglio 2006, n. 310.

<sup>44</sup> Sul punto cfr. le riflessioni di C. CACCIAVILLANI, *La perequazione urbanistica nell'esperienza italiana*, in AA. VV., *Perequazione urbanistica. Materiali per una comparazione giuridica*, Torino, 2015, pp. 13 ss.

<sup>45</sup> Sul punto non si possono sottacere le perplessità espresse da parte della dottrina in relazione al riconoscimento (da parte della Corte costituzionale) della competenza dei commissari: “È degno di nota (e fonte di meraviglia) che la Corte ritenga che l'interesse paesaggistico ed ambientale sia garantito (non dagli organi amministrativi competenti ma) «dal potere di iniziativa processuale dei Commissari»: si tratta di una strana tesi sulla pertinenza, l'efficacia e, soprattutto, la sufficienza della tutela giudiziaria ad assicurare la cura di interessi che esigono di essere analizzati e valutati attraverso istruttorie e decisioni tecnico-discrezionali (estetiche, igieniche, geologiche ed altro) e quindi non attraverso decisioni assunte secondo parametri di pieno diritto” (così Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345 con nota di F.G. SCOCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale*, in *Giur cost.*, 1997, cit., in particolare p. 3407). In linea con la decisione richiamata cfr. Corte cost., ord. 11 febbraio 2014, n. 21 nella quale si esclude il contrasto con la disciplina CEDU e in particolare con il principio di imparzialità del giudice di cui all'art. 6.

<sup>46</sup> Cfr. Corte cost., 1 aprile 1993, n. 133, 8 febbraio 1995, n. 46 e 21 novembre 1997, n. 345. In senso difforme si erano espressi i giudici di Cassazione 28 gennaio 1994, n. 858 i quali avevano evidenziato l'autonomia dell'interesse alla conservazione degli usi civici rispetto all'interesse ambientale. Con riferimento all'innesto dell'interesse ambientale è indubbio che la sovrapposizione tra i due interessi potrebbe anche non sussistere poiché, come rilevato dallo stesso giudice costituzionale, “per una efficace tutela del paesaggio e dell'ambiente non è sufficiente un intervento successivo alla soppressione degli usi civici, ma occorre che lo stato possa far valere gli interessi di

divenga, come in parte è già accaduto, uno strumento attraverso cui “salvaguardare una serie di zone che si sono conservate nel loro stato naturale e tradizionale”<sup>47</sup>, stabilendo un rapporto servente tra i due interessi che finisce con lo snaturare quello connesso all’uso civico, correlato alla “esplicazione del diritto collettivo di godimento a favore della collettività utente e proprietaria dei beni”<sup>48</sup>, nella misura in cui si specifica che a fondamento degli stessi vi sia “l’interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell’ambiente e del paesaggio, in ragione del vincolo paesaggistico”, con evidente spostamento del baricentro verso un diverso profilo funzionale dei predetti beni<sup>49</sup>. Con il rischio, tra l’altro, di rendere impossibile in alcuni casi (si pensi alla costituzione dei Parchi) l’esercizio dei diritti ad esso (uso civico) correlati.

Infatti basta pensare ai contenuti dei diritti civici ed è subito evidente come vi possa certamente essere una “inconciliabilità” o meglio, come rilevato dalla dottrina britannica, un “potenziale” o reale conflitto tra essi e l’interesse ambientale<sup>50</sup>.

Analoghe osservazioni possono svolgersi con riferimento alla categoria del bene comune<sup>51</sup>, utilizzata per una rilettura dell’uso civico<sup>52</sup> in quanto questo pro-

---

cui è portatore sin dalla formazione del piano straordinario di accertamento demaniale, concorrendo a verificare se sussistono o meno le condizioni per la loro stessa affermazione” (Corte cost., 18 luglio 2014, n. 210 relativa alla legittimità costituzionale della legge regionale sarda 2 agosto 2013, n. 19 e a monte dello Statuto regionale per contrasto con gli artt. 9 e 117, comma 2, lett. s).

<sup>47</sup> Corte cost., ord. 22 luglio 1998, n. 316. Sul punto non si può non rinviare al lavoro di F. MARINELLI, *Trasporto di energia e vincoli ambientali*, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1988, pp. 309 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Verso una nuova legge nazionale sugli “usi civici”: problemi aperti*, in O. Fanelli (a cura di), *Gli usi civici. Realtà attuali e prospettive*, Atti del Convegno di Roma, 1-2 giugno 1989, Milano, 1991, p. 51.

<sup>48</sup> Così Corte cost., 25 luglio 1996, n. 310.

<sup>49</sup> W. GIULIETTI, *Poteri dispositivi sui beni civici e principi di pubblicità*, in *www.giustamm.it*, ne sottolinea la “transizione da una tutela del bene legata al collegamento con la comunità d’origine ad una salvaguardia indifferenziata dello stesso, percepito nella sua dimensione collettiva indivisibile, ed in quanto tale appartenente all’intera collettività dei cittadini” (p. 2).

<sup>50</sup> L. 431/85, d.l. 27 giugno 1985 n. 312, art. 1 – ord. 22 luglio 1998, n. 316: “*premesso che la giustificazione dell’introduzione di vincoli paesaggistici generalizzati in base a tipologie risiede nella valutazione che l’integrità ambientale è un bene unitario, che può risultare compromesso anche da interventi minori e che deve, pertanto, essere salvaguardato nella sua interezza con il più ampio coinvolgimento di aree allo stato naturale o che abbiano subito minori alterazioni ad opera dell’uomo, rispetto alle destinazioni tradizionali; e considerato che le tipologie indicate dal legislatore rispondono ad una scelta diretta a salvaguardare vaste porzioni di territorio, non solo secondo profili tipicamente paesistici, ma anche secondo lo specifico regime giuridico – usi civici comprendono vaste aree con destinazione a pascolo naturale o a bosco risalenti nel tempo nelle diverse regioni in relazione agli obblighi gravanti e alla particolare sensibilità alla conservazione da parte delle collettività interessate, in modo da consentire il mantenimento di una serie di porzioni omogenee del territorio, accomunate da un regime speciale e caratterizzate dalla tendenza alla conservazione dell’ambiente naturale o tradizionale come patrimonio dell’uomo e della società in cui vive*”. In senso analogo Corte cost., 18 luglio 1997, n. 247, ord. 17 marzo 1998, n. 68 e 8 maggio 1998, n. 158

<sup>51</sup> In tal senso S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia contro lo Human divide*, *Postfazione*, in M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012, p. 327.

<sup>52</sup> Sul punto, cfr. F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2, 2013, pp. 406 ss., il quale sottolinea: “proprietà collettiva riferita ad una specifica collettività, chiusa od aperta che sia”

cesso, come limpidamente evidenziato da una parte della dottrina<sup>53</sup>, è all'origine di un innesto sui predetti beni di ulteriori profili pubblicistici, come illustrato dal Prof. Grossi<sup>54</sup>, che non avrebbe dovuto incidere, sul loro *ubi consistam* la cui nota caratterizzante non è rappresentata dalla loro scarsità, dalla difficoltà di alcuni soggetti di accedervi, né dal loro essere atti a soddisfare un interesse "generale" di una collettività più o meno diffusa, bensì quella di soddisfare un interesse specifico di una "determinata collettività" di utenti (lo sfruttamento del bene per esigenze legate al loro sostentamento) cui va ad aggiungersi quello ambientale che però non dovrebbe sostituirlo o vanificarlo.

##### 5. *Cenni sull'esperienza dei commons*

Interessanti spunti per ciò che concerne gli usi civici possono trarsi dalla considerazione della "reale" esperienza dei *commons* britannici il cui esempio più noto è forse quello del Northumberland (Allendale e Hexhamshire).

Nel Commons Act del 2006 relativo al sistema Inglese e Gallese viene proposto un modello antitetico a quello prevalente nell'esperienza dell'isola, incentrato su quello che potremmo definire del "cittadino autarchico", ed il cui obiettivo dichiarato è quello di proteggere le "*common lands*", in modo da garantire uno sviluppo sostenibile, assicurando benefici per le imprese agricole operanti sul territorio; l'accesso pubblico e la tutela della biodiversità, prevedendo, a tal fine, una gestione condivisa tra *commoners* e proprietari terrieri realizzata attraverso i cosiddetti "*common councils*" cui sono riconosciuti poteri di disciplinare il pascolo ed altre attività agricole.

Recependo gli impulsi provenienti dal *Common Land Policy Statement* del 2002<sup>55</sup>, che in apertura individua quale obiettivo dichiarato quello di "*protect what remains of our common land by restricting the grounds for its de-registration*" (i presupposti per la loro sclassificazione), sono contemplate delle previsioni volte a evitare gli abusi e forme di sviluppo delle aree non autorizzate, nonché la regolamentazione delle attività in esso svolte in modo da garantire un bilanciamento tra i danni ad esse conseguenti ed i benefici perseguiti. Sono

---

per gli usi civici; "proprietà comune diffusa, senza una specifica comunità di riferimento", per, aggiungerei alcuni, beni comuni (p. 417). Beni "uguali nella funzione, che è quella di permettere il loro utilizzo collettivo in misura ragionevole, cioè garantendone un uso sostenibile che lo perpetui nel tempo, permettendo così un loro affidamento alle generazioni future" (p. 417).

<sup>53</sup> W. GIULIETTI, *op. cit.*

<sup>54</sup> P. GROSSI, *La proprietà collettiva e la sua dimensione ambientale e sociale: introduzione ai lavori*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2007, p. 11 ss.; ID, "*Usi civici*" una storia vivente, *ivi*, 2008, p. 19 ss.; ID, *Itinerari fra moderno e pos-moderno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, pp. 1059 ss.; E. BOSCOLO, *Beni pubblici, beni privati e beni comuni*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2013, p. 362 ss.

<sup>55</sup> Department for Environment, Food and Rural Affairs, luglio, 2002.

inoltre vietati trasferimenti o comunque cessioni dei diritti dei *commoners* se non assieme al trasferimento della proprietà che, come è chiaro, risulta gravata da una serie di pesi e servitù.

Si tratta di una disciplina di principio la cui concreta attuazione è demandata alla emanazione di “orders” da parte del *Secretary of State*, sempre per quanto concerne l’Inghilterra e dell’Assemblea Nazionale per il Galles.

È interessante notare come a base del sistema di regole così emanato vi sia la considerazione della necessità di garantire un intervento (pubblico) che in qualche modo faccia fronte alla intrinseca vulnerabilità di questi beni, dovuta, vuoi al loro scarso valore, vuoi alla assenza di un soggetto direttamente interessato alla loro protezione (*no one person has a dominant interest in its protection*).

Dopo una ricognizione dei *commons* e delle modifiche intercorse sotto il regime del *Common Registration Act* del 1965, il provvedimento del 2006 individua nella classificazione (*common register*) il fulcro attorno al quale ruotano, e dal quale dipendono, i diritti riconosciuti sui *commons*. E la connessione con i profili ambientali, che pure è presente (anche grazie agli impulsi derivanti dalla normativa comunitaria), viene vista dalla dottrina come “fonte di potenziali conflitti”, in quanto viene evidenziato come la legislazione in materia abbia per certi versi spinto verso una ridefinizione delle *common lands* in termini di vere e proprie risorse ambientali, senza in ciò considerare la natura dei diritti riconosciuti sulle aree che, come anche nel nostro caso, ben potrebbero porsi in contrasto con la tutela ambientale in senso puro<sup>56</sup>. Aree il cui sfruttamento è finalizzato, però, non al mero profitto, ma al sostentamento di alcune fasce di popolazione, all’esercizio di alcune specifiche attività, in altri termini una forma condivisa di benessere tra un gruppo che presenta un legame con quel territorio, e cui sono riconosciuti alcuni diritti sui quali tutt’ora si fondano alcune organizzazioni quali i *Common Good Fund*.

Più marcata, nel senso della tutela dei *common* l’esperienza scozzese<sup>57</sup> anche in ragione della caratterizzazione agricola del sistema economico. Ma in generale, in entrambi i sistemi del Regno unito si assiste al riconoscimento di una funzionalizzazione che giustifica il legame con le autorità locali, con la disciplina di stampo pubblicistico e con forme di autoregolamentazione dei *commoners*.

#### 6. Verso un ripensamento delle forme di tutela. Spunti dal quadro normativo in essere

Tornando alla nostra esperienza, il rilievo del profilo funzionale del bene stenta ad emergere quale momento caratterizzante, oggetto di un autonomo regime giuridi-

<sup>56</sup> Sul punto si rinvia all’interessante lavoro di C.R. RODGERS, E.A. STRAUGHTON, A.J.L. WINCHESTER, M. PIERACCINI, *Contested Common Land. Environmental Government Past and Present*, Earth Scan, London, 2011.

<sup>57</sup> Sul punto cfr. *The Land of Scotland and the Common Good. Report of the Land Reform Review Group*, Maggio, 2014.

co, rimanendo le diverse forme di tutela sempre ancorate allo schema proprietario. Si pensi già solo al riconoscimento dell'obbligo per l'amministrazione di valutare tutte le proposte avanzate dai privati in relazione alla possibile utilizzazione del bene<sup>58</sup>; o ancora alla riconosciuta irrilevanza del non uso del bene ai fini della usucapione, escludendo, pertanto, che la sua occupazione da parte del privato possa essere all'origine di una sua diversa classificazione anche in relazione ad una sua sdemanializzazione<sup>59</sup> o, anche, alla sua classificazione come uso civico, o allo stesso regime concessorio che garantisce proprio la permanenza del diritto dominicale in capo al soggetto pubblico<sup>60</sup>.

Il profilo proprietario, pertanto, rimane l'elemento prevalente attorno al quale viene costruita la garanzia del vincolo di scopo secondo uno schema che si pone di fatto nel solco tracciato dalle note sentenze della Cassazione annotate dal Prof. Sandulli, nelle quali il giudice individuava nella "essenza del bene pubblico" quel legame che giustifica lo statuto pubblicistico e la insuscettibilità del bene stesso di appropriazione privata.

Ma proprio la considerazione dell'essenza del bene consente di assumere una diversa e più ampia prospettiva, rivalutando il profilo della molteplice appartenenza (riflesso dei profili connessi alla destinazione ed alla fruizione del bene), così come delineato dalla giurisprudenza<sup>61</sup> e dalla stessa dottrina privatistica<sup>62</sup>, che porta di necessità alla costruzione di un modello flessibile che, in considerazione della natura e della funzione del bene, offra una disciplina (anche pubblicistica) di quella appartenenza di utilità di cui parla la dottrina privatistica.

In questo senso il nostro legislatore offre diversi esempi, oltre quello richiamato degli usi civici, dai quali è possibile trarre spunti interessanti per l'individuazione dei tratti essenziali di un possibile modello.

Accanto a opzioni tradizionali per un modello pubblicistico, troviamo degli interventi che, pur ricadendo appieno nello schema proprietario pubblico, presentano una autonoma considerazione del profilo della fruibilità che, in alcuni casi, è specificamente garantito anche rispetto a beni di proprietà privata.

<sup>58</sup> Cons. Stato, A.P., 25 febbraio 2013, n. 15.

<sup>59</sup> Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2010, n. 8199. In linea con questo orientamento cfr. Corte cost., 18 luglio 2014, n. 2014 in relazione all'art. 1 della legge regionale Sardegna n. 19/2013 in materia di sdemanializzazione di terreni appartenenti al demanio civico, con la quale la Corte ha riconosciuto la incostituzionalità del nuovo editto delle Chiudende, negando la possibilità ai comuni di realizzare piani di accertamento dei rispettivi demani civici esistenti sul proprio territorio che avrebbero avuto come conseguenza la sdemanializzazione di aree prive ormai della destinazione funzionale originaria di terreni a pascolo o boschivi, o per i quali non fosse documentabile la originaria sussistenza del vincolo, attribuendo ad essi nuove fruizioni.

<sup>60</sup> Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2014, n. 6414.

<sup>61</sup> Sul punto non si può non richiamare Cass., S.U., 14 febbraio 2011, n. 3665.

<sup>62</sup> Il richiamo è al lavoro di N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità di appartenenze)*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, vol. I, *Le concessioni idroelettriche*, a cura di M. Defocatis e A. Maestroni, Torino, 2014, pp. 1 ss.

Rientra certamente nella prima ipotesi considerata la disciplina dell'acqua, rispetto alla quale il legislatore, riconoscendone la rilevanza, ha effettuato una opzione per il modello tradizionale, statuendone la demanialità, indipendentemente dal suo contenitore<sup>63</sup>. E anche in relazione ad una ipotesi di proprietà pubblica, spunti interessanti possono trarsi dalla lettura della lett. e) del comma 1 dell'art. 3 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400<sup>64</sup> recante “*disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime*” nel quale il profilo della fruibilità viene in considerazione in relazione ai rapporti con i concessionari di beni demaniali in capo ai quali grava l'obbligo “*di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione*”. Si tratta evidentemente di una disposizione che incide sull'uso del bene demaniale marittimo, attraverso la previsione delle modalità di accesso ad essa<sup>65</sup> la cui determinazione grava in capo all'ente concessionario che deve intervenire a tutela dei diritti dei cittadini. E sul punto singolare notare, però, che nel fare ciò l'amministrazione, secondo quanto di recente affermato dal giudice amministrativo, deve utilizzare gli strumenti della “*programmazione, visitaione dei contenuti delle singole concessioni, rimozione immediata di cancelli non autorizzati*”<sup>66</sup>, non potendo *sic et simpliciter* fare ricorso ad una generica ordinanza recante un “*indistinto e generalizzato ordine di creazione degli accessi pedonali aperti per 24 ore*”, senza considerare contenuti e natura delle singole concessioni. Dunque un intervento sì doveroso, finalizzato ad assicurare un “*diritto civico*” ma che per essere legittimo deve “*essere mirato, ragionevole e proporzionale e, soprattutto chiaro nei suoi contenuti concreti*”. Un potere che è assistito da un potere sanzionatorio che va dalla semplice imposizione della “*eliminazione di cancelli, identificati nel dettaglio, apposti senza autorizzazione e/o in contrasto – con motivazioni da esternare in riferimento a ciascuna delle situazioni contemplate – con la specifica (tipologia di) concessione*” fino alla revoca (o decadenza) dalla concessione stessa, il tutto senza che l'amministrazione debba farsi carico di eventuali problemi di sicurezza delle strutture poste sull'area demaniale.

Anche nel sistema di tutela dei beni culturali e paesaggistici il profilo della fruibilità diviene oggetto di autonoma considerazione. È certamente il caso dei beni culturali di proprietà privata rispetto ai quali, va precisato, prevale in linea generale comunque lo schema proprietario. Si pensi agli istituti quali la prelazione (artt. 61 ss.), in caso circolazione dei beni, l'espropriazione degli stessi per implementare le condizioni di tutela ai fini della fruizione pubblica (artt. 95 e 96), la proprietà dello Stato in caso di ritrovamento (art. 91). Non manca, però, la considerazione di alcuni profili di tutela relativi alla

<sup>63</sup> Sul punto si rinvia alle osservazioni svolte da S. S. SCOCA, *Le acque tra utilizzazione e sfruttamento*, relazione al Convegno *I beni pubblici tra titolarità e funzione*, Copanello, 25-26 giugno 2016, in corso di pubblicazione.

<sup>64</sup> Principio confermato anche nella legge comunitaria per il 2010 (L. n. 217/2911) che all'art. 11, comma 1, lett. d) espressamente contempla il “diritto libero e gratuito di accesso alla battigia anche a fini di balneazione”.

<sup>65</sup> Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 235.

<sup>66</sup> Tar Campania, Napoli, sez. VII, 11 febbraio 2016, n. 800.

fruizione cui è espressamente dedicato il Capo I del Titolo II del codice che contempla la possibilità di assoggettare a visita da parte del pubblico, con modalità da concordarsi con i proprietari e con il sovrintendente, i beni immobili che rivestono un interesse eccezionale e le collezioni (art. 104), ponendo in capo al Ministero ed alle regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, l'obbligo di vigilare affinché “*siano rispettati i diritti di uso e di godimento che il pubblico abbia acquisito sulle cose e i beni*” per i quali la fruizione è garantita, confermando il principio espresso in apertura dello stesso Codice col quale si garantisce in generale la fruibilità dei beni appartenenti al patrimonio culturale (art. 2, comma 4). Uno schema analogo a quello previsto nell'ipotesi di partecipazione pubblica alle spese sostenute per il restauro o per gli interventi conservativi (art. 38), e nell'ipotesi di cessione del bene (art. 55, comma 2, lett. e).

Si tratta di una linea di pensiero che trova una valida sponda anche in quella parte di giurisprudenza della Cassazione<sup>67</sup> che recupera l'idea di bene comune, a patto, però, di superare il regime proprietario come cardine della tutela, riconoscendo in capo al soggetto pubblico, ma anche alle comunità di utenti, il potere/dovere di vigilare che i “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” siano garantiti<sup>68</sup> anche in relazione a beni di proprietà privata, in linea con le stesse prescrizioni contenute all'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo che legittima, in presenza di un “interesse pubblico legittimo”, un'ingerenza sulla proprietà privata a condizione che questa mantenga “un «giusto equilibrio» tra le esigenze di interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo”<sup>69</sup>, disponendo, eventualmente, forme di indennizzo in favore del proprietario<sup>70</sup>. In questo senso, dunque, la garanzia dell'interesse della collettività

<sup>67</sup> Cass., S.U., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit.; Cass., S.U., 18 febbraio 2011, n. 3937. Sull'ampio dibattito originato dalle decisioni richiamate si rinvia a F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: La Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2011, pp. 1170 ss.; C. M. CASCIONE, *Le Sezioni Unite oltre il Codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 12 ss. Sulla medesima linea, già prima delle richiamate decisioni, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà, dovere dei beni in titolarità pubblica*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Annuario Aipda, Milano, 2004, pp. 61 ss.; ID., *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. Disc. Pubbl.* II, Torino, 1987.

<sup>68</sup> Sul punto TAR Lazio, Roma, Sez. III bis, 4 marzo 2015, n. 3752.

<sup>69</sup> Così Corte E.D.U., sez. II, 23 settembre 2014, ric. n. 46154/11 – *Valle Pierimpì società agricola s.p.a. v Italia*, in particolare § 69. Per una analisi critica della decisione, raffrontata alla sentenza della Cassazione prima richiamata, cfr. T. GRECO e M. GRECO, *Valli da pesca, demanialità ed esérance légitime del privato nella giurisprudenza CEDU*, in *Danno e responsabilità*, 2015, pp. 129 ss.

<sup>70</sup> Così Corte E.D.U., sez. II, 23 settembre 2014, ric. n. 46154/11 – *Valle Pierimpì società agricola s.p.a. v Italia*, cit. § 71 e 72 ove espressamente si prevede che “Al fine di stabilire se la misura in causa rispetti il «giusto equilibrio» richiesto e, soprattutto, se non faccia pesare sul ricorrente un onere sproporzionato, si devono prendere in considerazione le modalità di indennizzo previste dalla legislazione interna. Senza il versamento di una somma ragionevolmente rapportata al valore del bene, una privazione della libertà costituisce normalmente un pregiudizio eccessivo. (...) Tuttavia, l'articolo 1 del Protocollo n. 1 non garantisce in tutti i casi il diritto a un risarcimento integrale. (...) Gli obiettivi legittimi «di pubblica utilità», come quelli che possono essere perseguiti dalle misure di riforma economica o di giustizia sociale, possono essere argomenti a favore di un

può trovare una adeguata tutela anche al di fuori dello schema proprietario pubblico, ove si dia rilievo al profilo funzionale nella sua duplice declinazione prima individuata, e ciò eventualmente anche facendo riferimento alla categoria del bene comune che, però, necessiterebbe di una preliminare definizione contenutistica onde evitare un uso strumentale della categoria stessa.

### Abstract

Destination and usability of assets (of public interest).  
Ideas for a review of the regulatory dynamics

by Loredana Giani

The essay deals with the theme of assets, and in particular of public assets by following the evolutionary trajectory of civil and public law which, on various occasions, have highlighted the failure of the “proprietary regime” as the keystone around which to formulate the rules intended to guarantee the collective interest. From this perspective it also offers a critical interpretation of the category of the public asset which, precisely because of the absence of a specific discipline, does not lend itself to replacing the traditional categories, also highlighting that the superimposition of different conceptual categories (commons, public assets, landscape assets) lends itself to interpretations that are likely to lead to conflict with the very *ubi consistam* of the initial category. From this point of view the functional profile of the asset has, or better should have, a central importance, but it struggles to emerge as a fundamental moment characterising the legal regime, regardless of its proprietary regime, ensuring the right balance between the general interest of the community and the imperatives of protecting fundamental individual rights.

---

rimborso inferiore al pieno valore di mercato”.