



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto Amministrativo 1

DIRITTO E GOVERNANCE DEI BENI COMUNI

RELATORE
Chiar.mo Prof.
Marcello Clarich

CANDIDATO
Livia Larussa
Matr. 114583

CORRELATORE
Chiar.mo Prof.
Giuliano Fonderico

Anno Accademico 2015-2016

INDICE

Introduzione.....	6
-------------------	---

CAPITOLO PRIMO

“Quali beni comuni”

1. Cenni storici.....	11
2. Beni comuni: il dibattito ideologico.....	14
2.1. Hardin vs Ostrom.....	17
2.2. L'autogestione.....	21
2.3. Il dibattito internazionale.....	22
3. Le classificazioni giuridiche e dottrinali in Italia.....	25
3.1. Spazio fisico o urbano.....	26
3.2. Le peculiarità della categoria individuate dagli studiosi.....	27
4. La difficile collocazione di una disciplina dei beni comuni nel quadro normativo vigente.....	29
4.1. Un altro modo di possedere.....	31
5. La necessità di una sintesi.....	33
5.1. Una nozione relazionale.....	35

CAPITOLO SECONDO

I beni nell'ordinamento italiano e funzione sociale della proprietà

1. L'ideologizzazione dei beni comuni.....	37
1.1. Rodotà e Mattei, la visione “benecomunista”.....	37
1.2. I limiti.....	38
2. I beni nella Costituzione.....	40
3. La proprietà nell'ordinamento europeo.....	43
3.1. Dimensione sociale della proprietà: la sintomatica evoluzione in tema di indennità per l'espropriazione.....	46
3.2. L'adattamento della Corte Costituzionale.....	49
4. I beni comuni nel diritto positivo.....	51
4.1. Il codice.....	51
4.2. Forme di proprietà ed uso collettivi riconosciute: gli usi civici.....	54
4.2.1. Usi civici e beni comuni.....	59
5. Il dibattito sui beni comuni: oltre il pubblico ed il privato.....	61
5.1. <i>The new property</i>	62
5.2. Un <i>tertium genus</i> ?.....	64
5.2.1. Una critica illuminista.....	68
6. La giurisprudenza dei beni comuni.....	69
6.1. Cassazione SS. UU. 3665 del 2011.....	69
6.2. Un criterio di classificazione dei beni comuni.....	74
6.3. Le occupazioni culturali: il caso del cinema Palazzo.....	76

CAPITOLO TERZO

Dall'ambiente ad internet: i grandi temi della disciplina vigente

1. I beni comuni nelle singole fattispecie.....	80
2. L'ambiente.....	81
2.1. La tutela internazionale.....	82
2.2. La tutela nazionale.....	83
2.2.1. Le riforme più recenti.....	88
3. L'acqua.....	94
4. I campioni biologici.....	97
5. Internet.....	100
5.1. <i>Open government ed open data</i>	108

CAPITOLO QUARTO

La Governance dei beni comuni

1. Il principio di sussidiarietà.....	112
1.1. Beni comuni e articolo 118.....	114
1.2. Sussidiarietà: subsidio dell'efficienza.....	117
2. Sussidiarietà e partecipazione, la modernizzazione del sistema.....	119

2.1. La legge sul procedimento amministrativo del 1990.....	120
2.2 Il significato delle nuove tendenze nell'ambito dei beni comuni.....	125
3. L'operatività del principio.....	125
3.1 La giurisprudenza: il principio di sussidiarietà orizzontale applicato sui beni comuni.....	127
4. La dimensione "urbana" dei beni comuni.....	130
5. Il carattere innovativo del regolamento di Bologna.....	132
5.1. La componente pedagogica dell'amministrazione condivisa.....	136
5.2. Responsabilità e costi.....	138
6. La circolazione del modello.....	140
7. Normativa nazionale e Governance.....	143
7.1. Cenni al nuovo codice degli Appalti.....	145
8. Cenni ai contenuti del disegno di riforma costituzionale inerenti al tema in esame.....	146
<i>Conclusioni</i>	148
<i>Bibliografia</i>	158

Introduzione

L'oggetto del mio lavoro consiste in un'analisi del trasversale tema dei beni comuni e nel tentativo di inquadrare giuridicamente il fenomeno.

Come emerge chiaramente dall'elaborato, quella dei beni comuni è una categoria che non si presta ad essere descritta facilmente facendo ricorso al metodo definitorio: questo non solo per via della difficoltà di sintetizzarne in maniera efficace ed onnicomprensiva i caratteri peculiari, ma anche in quanto gli studi condotti sul tema neppure sottendono un'assoluta uniformità di vedute circa la stessa individuazione dei relativi caratteri.

Gli accesi dibattiti al riguardo, sul piano nazionale come sul piano sovranazionale, muovono quindi, *in primis*, dall'eterogeneità degli approcci adottati nel disegnare i contorni del concetto di "bene comune", lavoro che implica riflessioni di carattere etico, economico e sociale, oltre che giuridico.

Ciò non di meno, i beni comuni da qualche tempo attirano l'attenzione di moltissimi studiosi: giuristi, ma anche – appunto – economisti, sociologi, politologi, ecologisti, i quali cercano in essi un rimedio innovativo e sostenibile ai limiti di cui soffrono il sistema economico e la società che ne è frutto.

In momenti di crisi, in particolar modo, le istituzioni come i cittadini si trovano a dover ricercare metodi efficaci di recupero delle risorse necessarie a risollevarsi e per poterci riuscire risulta necessario, oggi più che mai, "spostarsi oltre la prospettiva della semplice ricerca di correttivi per il malfunzionamento del modello esistente, [...] sempre più ridotta nella ristretta visuale che rimane aperta tra la prospettiva della concorrenza nel mercato e quella della riduzione della spesa"¹. I beni comuni, nell'opinione di un numero sempre maggiore di studiosi, possono rivestire un ruolo fondamentale in questo processo.

Tuttavia, andare oltre le prospettive tradizionali, ed abbracciare quei metodi innovativi di cui necessitiamo, è possibile soltanto in virtù del superamento di alcuni dogmi che influenzano profondamente il nostro modo di

¹ M. Bombardelli, *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi, nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, in *Quaderni della facoltà di giurisprudenza* (Università degli studi di Trento), 2016

pensare quanto quello di agire, e che costituiscono un ostacolo alla realizzazione dell'evoluzione cui ambiamo.

Credo che possa risultare utile, a tal proposito, per dare inizio alla nostra riflessione, soffermarsi sul concetto di ricchezza. Essa è concepita come l'insieme di beni, materiali ed immateriali, dotati di un valore economico, di cui un soggetto è titolare e che, quindi, compongono il suo patrimonio. Più il suo patrimonio è vasto, più l'individuo è ricco.

È dunque molto facile, forse naturale, pensare al concetto di patrimonio e a quello di ricchezza come concetti coincidenti, indistinti e, conseguentemente, altrettanto naturale è che, nel perseguire l'obiettivo di soddisfare i propri bisogni, ogni individuo agisca al solo fine di accrescere sistematicamente il proprio patrimonio, concepito come sua unica fonte di ricchezza.

Assecondando una siffatta prospettiva, i cittadini non posso che aderire al paradigma comportamentale dell'*homo oeconomicus*, agendo con razionalità nell'interesse esclusivo per la cura dei propri interessi individuali. È di tutta evidenza che una società governata da tali logiche risulta logorata da insanabili contrasti sociali, dal momento che il perseguimento del benessere della comunità in quanto tale non rientra nell'interesse del singolo; ma le implicazioni del modello sociale improntato sull'*homo oeconomicus* vanno ben oltre tale spaccatura.

Prendendo in prestito i caratteri dei beni messi in evidenza dagli economisti al fine di differenziarli tra loro, si possono individuare due primi elementi distintivi dei beni comuni quali: la rivalità – il consumo di un bene comune da parte di un individuo, lo rende indisponibile ad un altro individuo potenzialmente interessato al consumo del medesimo – e la non escludibilità – impossibilità di estromettere gli individui dal consumo del bene –.

I beni comuni, così individuati in prima approssimazione, sono inevitabilmente vittima delle depredazioni dei soggetti privati, che in essi vedono un mezzo di soddisfazione dei propri bisogni egoistici che, non essendo escludibile – a differenza del proprio patrimonio – conviene aggredire al fine di trarne la massima utilità possibile, senza che ci si preoccupi della loro conservazione nel tempo.

I risultati di tale atteggiamento da parte della comunità mondiale, nei confronti di beni così caratterizzati sono sotto gli occhi di tutti: la spietata conduzione delle attività economiche, l'incontrollato sviluppo del progresso hanno portato ad un rapido aggravarsi delle condizioni ambientali, al depauperamento delle risorse naturali, ad un'enorme crescita del divario sociale tra i ricchi, cerchia sempre più ristretta e potente, ed i poveri il cui numero cresce e le cui condizioni sono sempre più critiche.

Risulta ora più chiaro il motivo per cui i beni comuni siano divenuti, nell'ultimo quarto di secolo, un tema progressivamente più cocente.

Naturalmente, nella riscoperta della categoria in esame, al giurista è demandato il compito fondamentale di montare una cornice disciplinare, tale da garantire che questi preziosi beni sopravvivano nel tempo e che vengano utilizzati per soddisfare i bisogni di cui sono portatori tutti i soggetti parte della comunità di riferimento ad essi relativa. La ricchezza di ogni individuo così non conterà soltanto del patrimonio di cui è titolare, ma anche dell'insieme di beni comuni a lui accessibili.

Il percorso logico che ho seguito nella trattazione dell'argomento, muove dall'esposizione – primo capitolo – delle più note teorie relative ai beni comuni, le concezioni della realtà di tali beni spaziano dall'idea che questi ultimi rivestano il ruolo di protagonisti di una commedia all'idea che siano invece protagonisti di una tragedia, i contributi più risalenti come quelli più recenti non potrebbero, dunque, essere più inconciliabili sia per quanto concerne l'idea stessa alla base del concetto, sia, conseguentemente, con riferimento alle modalità di regolamentazione e gestione da predisporre; ciò nonostante ognuno di questi contributi fa luce su aspetti della categoria che sono imprescindibili per la piena comprensione del fenomeno.

Particolare attenzione è stata dedicata alla dottrina italiana, sono numerosi i giuristi che si sono espressi sull'argomento, tanto che è stata anche istituita una commissione – la commissione Rodotà – al fine – non conseguito – di positivizzare la materia.

Dalla conclusione del primo capitolo emerge l'idea che si intende dimostrare nell'arco della riflessione esposta nell'elaborato: superare le

concezioni della categoria fondata su un inquadramento di carattere formale dei beni comuni e porre dei limiti alla vastità della comunità di riferimento relativa ai singoli beni comuni costituiscono scelte obbligate, se si ambisce a costruire una disciplina degli stessi che risponda alle esigenze della società.

Il secondo ed il terzo capitolo contengono entrambi un'analisi del diritto positivo. Il secondo in particolare è focalizzato su una serie di disposizioni, costituzionali, codicistiche e legislative che si trovano al centro del dibattito sul tema: vengono analizzate le argomentazioni interpretative dei teorici del diritto, troppo spesso e troppo profondamente influenzati dalla componente ideologica inerente all'argomento, nel tentativo di isolare le idee che si prestano ad essere efficacemente utilizzate per la costruzione di uno statuto dei beni comuni e che risultano quindi suscettibili di offrire non solo interessanti spunti di riflessione ma anche elementi concreti su cui fondare una eventuale disciplina, da quelle idee che sono dettate piuttosto da un'impostazione tanto ideologica e – per così dire – romantica, da risultare giuridicamente vuota. Una serie di pronunce giurisprudenziali verranno poi analizzate per rinvenire in esse elementi utili a comprendere i caratteri che il fenomeno assume in concreto.

Nel terzo capitolo ci si concentra sull'analisi del diritto positivo inerente ai singoli beni concepiti dalla maggior parte degli studiosi come beni comuni; si vuole qui rilevare come la patente di bene comune in molti casi non comporta e non potrebbe comportare una modificazione incisiva della disciplina vigente per tali beni, così da far venire meno la premessa logica della riflessione stessa.

D'altronde, il tema dei beni comuni è di grande interesse non certo per il fascino ideologico e politico del loro *nomen*: lo studio di tale categoria trova la sua *ratio* nella percezione da parte della comunità di una lacuna nel sistema della amministrazione degli stessi e questo è dimostrato dall'esistenza di realtà in cui i cittadini, riuniti in piccole comunità, si attivano autonomamente mettendo a disposizione le proprie energie per prendersi cura di questi beni, che pur non essendo di loro proprietà, sono funzionali al soddisfacimento dei bisogni di cui sono portatori.

Nel quarto ed ultimo capitolo sono messe insieme le conclusioni cui si è pervenuti nella precedente fase *destruens* del ragionamento, per pervenire alla fase

construens che, come lo stesso titolo anticipa, si fonda sul principio di sussidiarietà orizzontale e più specificamente sulla *governance* dei beni comuni.

Vengono quindi esaminati gli strumenti giuridici che incarnano tale concezione e viene descritta la virtuosa evoluzione che al sistema amministrativo è richiesta – e che in parte è cominciata – con riferimento ai moduli di azione più efficaci nel perseguire le azioni di cura e di gestione dei beni comuni.

I risultati della ricerca hanno condotto alla conclusione che gli strumenti che riescono a dotare i beni comuni di una disciplina che li valorizzi nel miglior modo possibile sono atti secondari, nello specifico regolamenti comunali. Nel contesto ristretto del Comune, infatti, non soltanto il fenomeno della partecipazione dei cittadini alla gestione di questi beni è suscettibile espandersi rapidamente, in virtù della visibilità delle iniziative intraprese; ma anche, e soprattutto, la dimensione ristretta dei beni comuni di cui ci si prende cura, fa sì che i cittadini percepiscano nell'immediatezza i vantaggi del proprio coinvolgimento nelle attività poste in essere rispetto a tali beni.

Come ho anticipato precedentemente, il primo cambiamento per salvare i beni comuni deve avvenire nella mentalità dei cittadini stessi: tuttavia quello del diritto, se utilizzato coscientemente, è uno strumento fondamentale per la realizzazione, diffusione e successo dei nuovi modelli di collaborazione con le amministrazioni.

Si è infine tentato di superare il limite della frammentarietà del fenomeno che potrebbe concretizzarsi laddove l'intrapresa del processo evolutivo di cui si tratta fosse lasciato alla discrezionalità dei Comuni. Fermo restando che una cristallizzazione del fenomeno in disposizioni legislative dettagliate non risponde alle esigenze di elasticità percepite, con riferimento sia alla definizione dei contorni della categoria che con riferimento ai nuovi schemi di *governance*; e che quindi l'orientamento unitario cui fare riferimento per garantire uniformità e coerenza al sistema dei beni comuni va ricercato altrove.

CAPITOLO PRIMO

QUALI BENI COMUNI

1. Cenni storici

L'ampiezza del tema "beni comuni" rende molto difficile l'elaborazione di una nozione unitaria: "la diffusione della formula è inversamente proporzionale alla sua perspicuità"².

Tuttavia, si può preliminarmente affermare che sono beni comuni quei beni che possono essere definiti condizione necessaria del vivere naturale e sociale. Dunque ciò che li caratterizza è il loro essere presupposto indispensabile della vita - sia naturale, sia sociale - e dunque il loro essere necessariamente condivisi. Diversi studi interdisciplinari si concentrano sull'analisi delle radici storiche dei beni comuni, nella loro accezione di beni della comunità. In effetti, l'attuale concetto di bene comune trae anticamente origine dalle *res communes omnium* del Diritto Romano³. L'enumerazione che di tali cose fa il giurista Marciano, inserita dai compilatori giustiniane nei *Digesta* e nelle *Institutiones* del *Corpus Iuris Civilis*, comprende l'aria, l'acqua corrente, il mare e il lido del mare. "*Quaedam enim iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, plerumque singulorum quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidam naturali iure omnium communia sunt illa; aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litura maris*"⁴.

² N. Gemga, M. Prospero, G. Teodoro, *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 119. Cfr anche L. Pennacchi, *Filosofia dei beni comuni, crisi e primato della sfera pubblica*, Roma, 2012, p. 11, che rimanda a O.L.Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012.

³ G. Ricoveri, *Beni comuni versus merci*, Milano, Jaca Book, 2010; W. Sachs, *I beni comuni capaci di futuro*, in U. Biggeri (a cura di), *La casa dei beni comuni*, Bologna, EMI, 2006.

⁴ Marciano, *Institutiones, Libro tertio*, D. 1.8.2, pr-1

Fin da allora la peculiarità della categoria risiedeva nel non poter impedire ad alcuno l'uso di tali beni, a differenza delle *res publicae* le quali, pur non facenti parte del patrimonio di qualcuno, essendo imputabili all'universalità dei cittadini, erano sottoposte ad un regime di autorizzazione per quanto concerne il loro uso da parte dei cittadini.

Con lo sviluppo della cultura giuridica romanistica, si cominciò ad instaurare il rapporto di appartenenza del territorio al popolo, e cioè il rapporto di "proprietà collettiva" insita nella "somma dei poteri sovrani" spettanti al popolo⁵; tale regime di proprietà collettiva implica la facoltà del cittadino di un uso corretto e condiviso del territorio, con tutti gli altri associati, nell'ottica della sua conservazione per le presenti e future generazioni.

Con l'avvento dell'epoca medioevale si passa ad una forma più significativa di proprietà collettiva sintetizzata nel termine *communia* o *communalia* che sta ad indicare una serie di diritti individuali che si esercitavano collettivamente: diritto di pascolo in terre non di proprietà, diritto di attingere acqua dalle sorgenti, diritto di raccogliere legname e spighe dopo la mietitura, diritto di far dissetare gli animali nei corsi d'acqua. Più in generale, i *commons* rappresentavano allora quelle terre su cui valevano questi diritti, e i *commoners* erano coloro che dovevano gran parte del proprio sostentamento proprio a quelle attività gratuitamente consentite.

L' "avere" in comune non era distinguibile dall' "essere" in comune⁶.

Il primo passo verso la fine dei *Commons*, si ha nel XV secolo con le *Enclosures* inglesi che rappresentano l'effetto più forte del binomio *anticommons Stato/proprietà privata*. Esse sancirono la fine del sistema feudale o, più propriamente, del sistema della gestione dei *Commons*.

In questo periodo storico, la maggior parte della popolazione europea viveva in un regime di economia di sussistenza, fondata sull'utilizzo delle risorse naturali

⁵ P. Maddalena, *Per una teoria dei beni comuni*, da MicroMega del 9/2013.

⁶ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, Editori Laterza, 2012, pag. 11.

presenti nel territorio la cui gestione si basava sulle relazioni della comunità lì stanziata⁷.

L'utilizzo delle risorse naturali era concesso tramite le "servitù" che gravavano sulle terre del principe⁸ o tramite i diritti collettivi o comuni di usufrutto di determinate terre, sempre di proprietà sovrana (*common rights* nella tradizione anglosassone, usi civici nella tradizione giuridica italiana).

In Inghilterra i campi utilizzati dai contadini per la propria sussistenza si distinguevano in *common lands* (i *commons* veri e propri, gestiti dalla comunità tramite norme informali) e *open fields* (campi ad accesso libero, utilizzati dalla popolazione più povera nei periodi dell'anno non legati alla semina e alla raccolta). La risorsa naturale era gestita dalla comunità locale residente che si occupava dell'organizzazione delle questioni agricole, ma anche delle sanzioni da imporre a chi non rispettava le regole⁹.

Secondo la *common law* britannica, la recinzione di un terreno comune richiedeva il consenso unanime dell'intera comunità. È in tale contesto che prese piede il fenomeno delle *Enclosures* da parte dei signori locali, attraverso espropriazioni. Affrontando questa situazione, tra il 1750 e il 1820, il Parlamento inglese approvò le *Enclosure Acts* che privatizzarono più di 6 milioni di acri di terre comuni, comprendenti terre per coltivare, terreni da pascoli e foreste.

Le *Enclosures* divennero l'archetipo delle privatizzazioni ai danni della "proprietà comune": i contadini vennero cacciati dai propri terreni, le foreste vennero chiuse e la spigolatura vietata, la raccolta di legna e frutta punita come furto.

I vincitori, in questo cambiamento, furono i proprietari terrieri, i quali videro estesi i terreni di propria appartenenza e riconosciuta la possibilità di utilizzo degli stessi in maniera illimitata, senza essere tenuti al rispetto delle esigenze delle comunità locali.

⁷ P. Grossi, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

⁸ M. Franzini, *Il significato dei beni comuni*, in "Labsus Paper", n. 21, 2011.

⁹ *Charter of Forest*, che garantiva i beni comuni di quella parte dei sudditi di sua maestà che non godeva di ricchezza e proprietà privata. La *charter* garantiva al popolo l'accesso libero alle foreste e all'uso dei beni comuni in essi contenuti contro le pretese di chiunque, sovrano incluso, di riservarle a se stesso per la cacciagione e lo svago.

La mentalità dell'epoca si rifletté anche nel colonialismo; in tutti i territori conquistati, includendo Africa, Asia e America, i terreni furono recintati per imporre la proprietà dei signori su di essi, con l'esaltazione dei bisogni individuali su quelli della collettività non proprietaria.

Naturalmente tutto ciò fu possibile anche grazie ad un apparato ideologico volto a sostenere tali trasformazioni sociali. Il rapporto con la terra, fondato precedentemente sulla sua funzione *sociale*, si fondava ora sul *possesso*. John Locke, uno dei principali sostenitori della proprietà privata, concepiva la terra come frutto del duro lavoro dell'individuo. La proprietà si erse quindi ad un *diritto naturale*, fondato sul lavoro dell'uomo.

La superiorità della proprietà privata della terra venne accettata come *dogma*; la metafora del comune come “luogo del disordine originario, della guerra di tutti contro tutti, dell'assenza del diritto, dello stato di brutalità in cui ogni organizzazione civile era impossibile”¹⁰ fu accettata come verità condivisa e sostenuta dai grandi pensatori dell'epoca¹¹.

I beni, da questo momento in poi, furono classificati o come pubblici, ovvero dello Stato, o come privati¹², appartenenti ai singoli. Il vecchio sistema di beni pubblici e comuni venne riformato, per portarlo ai modelli privatistici della proprietà. Cosicché la definizione di bene pubblico venne assimilata a bene *in proprietà* dello Stato¹³.

2. Beni comuni: il dibattito ideologico

Il dibattito sui beni comuni è un dibattito multidisciplinare, oltre che risalente: coinvolge, insieme ai giuristi, filosofi, economisti, storici, sociologi.

¹⁰ M. Olson, *La logica dell'azione collettiva*, Milano, Feltrinelli, ed. it. 1983.

¹¹ E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2009; v. anche G. Maifreda, *Risorse comuni: un percorso di lettura*, in “dialoghi internazionali”, n. 14, Univ. Degli Studi di Milano, 2010 pag. 109.

¹² C. Ford Runge, *Common property externalities: isolation, assurance, and re source depletivo in a traditional grazing context*, in “American journal of agricultural economics”, Novembre, 1981, pp. 595-606.

¹³ E. Ostrom, op. cit. sub nota 10.

Tuttavia, ancora sino ad oggi, non si è ancora riusciti a fornirne una nozione precisa e univoca: il concetto giuridico di bene comune spesso, vista la sua complessità del tema, “perde ogni pregnanza tecnica per caricarsi di significati etici e politici più generali”¹⁴.

Il giurista dunque, alle prese con concetti non disciplinati dal diritto positivo, ma analizzati, modellati, concepiti, da pensatori delle più svariate matrici culturali, si trasforma in Legislatore proponendo una casistica da recepire nel diritto positivo. Per altro verso il giurista si trasforma “in alchimista giuridico che separa, elimina, classifica in maniera creativa rispetto alla tipologia giuridica già stabilita”¹⁵.

All'interno del dibattito dottrinale il primo teorico che approfondì gli studi sul tema dei beni comuni fu Katharine Coman la quale affrontò la problematica relativa alla gestione del bene comune “acqua” in un articolo pubblicato sull'*American Economic Review* nel 1911¹⁶.

I tempi non erano ancora maturi perché si percepisse la rilevanza del problema sollevato. Solo con l'avanzare del capitalismo, dalla seconda metà del Novecento in poi, si avvierà un processo di progressiva consapevolezza sul fatto che la rigenerazione di alcune risorse naturali indispensabili allo stesso sviluppo economico, per quanto scontata possa apparire, dipende fortemente dall'attività umana, la quale può anche arrivare a comprometterla, persino irrimediabilmente.

Nel 1954 in un'opera di H. Scott Gordon¹⁷ si riviene un'anticipazione di quello che sarà definito il destino tragico e inevitabile dei beni comuni dovuto alla difficoltà di stabilire delle regole che permettano uno sfruttamento efficiente e tendenzialmente universale delle risorse, prevedendone l'esaurimento.

In questo articolo Gordon, prendendo con riferimento all'attività di pesca, definì quest'ultima una *common property resource*, ossia una risorsa naturale gestita da una comunità piuttosto che da singoli individui.

¹⁴ N. Genga, M. Prospero, G. Teodoro (a cura di), *I beni comunitra costituzionalismo e ideologia*, Giappichelli Editore, Torino, p. 1, 2011.

¹⁵ *Ibidem*, p.2

¹⁶ K. Coman, *Some Unsettled Problems of Irrigation*, in “*American Economic Review*”, vol. 101, n. 1, 1911, pp. 36-48.

¹⁷ H. Scott. Gordon, *The economic theory of a common property resource: the fishery*, in “*The Journal of Political Economy*”, vol. 62, n.2, 1954, p. 124.

Egli sostenne che, se un'attività come la pesca viene lasciata alla gestione autonoma dei pescatori, l'effetto immediato sarà quello di tentare di catturare una porzione sempre maggiore di pesci, andando così a ridurre gradualmente la quantità naturale. La conseguenza sarà che lo sforzo di pesca tenderà ad aumentare e lieviterà anche il costo del prelievo, senza che a ciò corrisponda il beneficio aumento delle catture.

A parere di Gordon, questo esito tragico ed inevitabile può sostanzialmente estendersi ad ogni altro tipo di *common property resource*, come l'estrazione petrolifera o la caccia.

Altro contributo che ha avuto un ruolo importante nell'approfondimento teorico dei *commons* è offerto da Mancur Olson¹⁸ il quale si concentrò in particolar modo sulla partecipazione e adesione a gruppi collettivi, proponendo una descrizione della logica dell'azione collettiva organizzata totalmente differente rispetto alle teorie del suo tempo. In particolare, partendo da un concetto di bene comune come bene non escludibile, Olson intese la società come sede di realizzazione di un programma di cooperazione ed anche di risoluzione di conflitti tra i soggetti accomunati dai medesimi interessi e quelli portatori di interessi differenti. L'autore si interrogò su come fosse ipotizzabile un'azione collettiva partendo da obiettivi comuni e condivisibili e quali fossero gli incentivi che avrebbero indotto l'uomo a favorirla. Olson ritenne che la razionalità fosse strumentale all'acquisizione di tutti quei vantaggi che ciascuno può trarre da una partecipazione ad un gruppo organizzato. "Solo un incentivo separato e selettivo stimolerà un individuo razionale in un gruppo latente ad agire in un modo orientato al gruppo"¹⁹.

Partendo da tale premessa, Olson concluse affermando che quanto più numeroso risulterà essere il gruppo di riferimento, tanto meno il gruppo riuscirà a raggiungere i propri interessi comuni e ciò in quanto il contributo del singolo sarà tanto più impercettibile quanto più le dimensioni del gruppo aumenteranno. Dunque, mentre i gruppi piccoli hanno ampie probabilità di raggiungere efficacemente l'obiettivo comune, per i gruppi numerosi o "latenti", come da lui

¹⁸ M. Olson, *The logic of collective action: public goods and the theory of groups*, 1965.

¹⁹ *Ibidem*

definiti, il bene collettivo non sarà perseguito se non con la coercizione o con una qualche forma di incentivo esterno che spinga gli individui ad agire nel loro interesse comune.

2.1 Hardin vs Ostrom

Nel 1968 l'economista Garrett Hardin per la prima volta descrisse il destino dei beni comuni nei termini di una vera e propria "tragedia"²⁰.

In questo articolo l'autore affrontò il problema dell'esaurimento delle risorse sul pianeta, giungendo ad affermare che gli utilizzatori di una risorsa comune sono intrappolati in un difficile dilemma, ovvero scegliere tra l'interesse individuale e l'utilità collettiva; questo dilemma può essere risolto solo con l'intervento di un'autorità esterna cioè lo Stato. Al fine di illustrare il suo modello teorico Hardin partì dal chiedere al lettore di immaginare una zona di pascolo aperta a tutti ed esaminò tale situazione dal punto di vista di un allevatore razionale: ciascun allevatore riceve un vantaggio diretto dal proprio bestiame e subisce costi derivanti dal deterioramento delle risorse naturali quando vi è uno sfruttamento eccessivo del pascolo; ogni allevatore è motivato ad accrescere sempre di più il numero dei suoi animali, in quanto ne riceve un beneficio diretto, mentre sostiene solo una parte dei costi che derivano dallo sfruttamento eccessivo del pascolo.

Secondo Hardin "questa è una tragedia. Ciascun uomo è intrappolato in un sistema che lo costringe ad accrescere la sua mandria senza limiti, in un mondo che è soggetto a limiti. La rovina è la destinazione verso cui tutti gli uomini concorrono, ciascuno perseguendo il proprio interesse, in una società che crede nella libertà delle risorse comuni"²¹: la tragedia cioè è data dalla prevalenza. L'unico modo per evitare la tragedia risiede nella nota dicotomia pubblico o privato, in qualunque caso una gestione escludente.

²⁰ G. Hardin, *The tragedy of the commons*, in Science, 1968, vol. 162 n.3859, pp.1243-1248.

²¹ G. Hardin, op. cit. p. 12-44.

Rifacendosi al discorso dello Stato-Leviatano in Hobbes²², l'autore evidenziò la necessità dell'imposizione di un'autorità esterna che tramite la legge potesse imporre tasse e sanzioni agli individui. Rilevò, quindi, la necessità di una coercizione esterna, ove con coercizione si intende “accordi sociali che producono responsabilità”, in particolare per quei beni impossibili da recintare.

In alternativa, la soluzione poteva essere anche trovata mediante l'introduzione di diritti di proprietà²³. Secondo l'autore, il sistema della proprietà privata sulla carta è addirittura il sistema migliore, perché egli giunge alla conclusione che il più adatto alla gestione di un bene sia il custode della proprietà.

Questa idea è stata messa in discussione soprattutto intorno agli anni '90 da Elinor Ostrom, la quale, con la sua opera ha illustrato come sia la gestione centralizzata dello Stato che quella di natura privatistica, pur potendo costituire entrambe un valido ausilio²⁴ nel risolvere alcuni problemi relativi ai beni comuni, non possono tuttavia rappresentare una soluzione compiuta. In quanto questa particolare tipologia di beni presenta dei caratteri che li sottraggono alla rigida applicazione del regime di proprietà pubblico-privato.

Scopo dell'opera di Ostrom è capire come gli individui si debbano auto-organizzare per ottenere benefici collettivi in situazioni nelle quali sono presenti tentazioni di individualismo. Lo studio parte dalla critica alla teoria di Hardin secondo cui l'unico modo per permettere un coordinamento da parte del singolo, e quindi passare da un'azione individuale non organizzata a un'azione collettiva, è l'imposizione di un'autorità esterna pubblica o privata. Al contrario, secondo l'autrice, siffatta disciplina della materia sarà l'unica opzione solo “fintantoché degli individui sono considerati come prigionieri”²⁵.

²² *Ibidem*.

²³ La conclusione secondo cui solo attraverso l'imposizione di diritti di proprietà privata si ottiene l'esito sperato di evitare la tragedia, è condivisa anche da altri autori: cfr. A. A. Alchian, H. Demsetz, *The property right paradigm*, in “Journal of Economic History”, n. 33, 1973; R. J. Smith, *Resolving the tragedy of the commons by creating private property right in wildlife*, in “Cato Journal”, vol. 1, n. 2, Washington, D.C., 1981.

²⁴ V. anche R.J.Smith, *Resolving the Tragedy of the Commons by Creating Private Property Rights*, in *Wildlife*, 1981, p. 467

²⁵ Ostrom E., *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006, p.19

La critica muove dunque dal fatto che la gestione statale o privata è spesso utilizzata come soluzione di tutti i mali, senza però che si precisino i dettagli normativi ed istituzionali riguardo la concreta gestione delle risorse.

Elemento fondamentale nella gestione dei beni comuni è considerato dall'autrice l'emergere dell'individuo e delle sue libertà: “nelle società tradizionali c'era uno strumento, la gerarchia, che consentiva a qualcuno o a pochi, normalmente sulla base di una legittimazione di tipo sacrale, di scegliere per tutti. In questo contesto gerarchico la tragedia dei *commons* semplicemente non si pone, poiché non c'è un contrasto tra libertà individuali e bene comune, per il semplice fatto che non esistono libertà individuali”²⁶. Senonché, nella società di oggi, ad un tale modello non si deve e non si può fare ricorso. Una soluzione accettabile sta invece nell'attribuire un ruolo all'etica individuale, per la quale ciascuno fa propria una determinata regola e la segue, nella consapevolezza che maggiore sarà la sua soddisfazione seguendo quella data condotta morale.

Nella sua disamina Ostrom si sofferma sulla distinzione tra *sistemi di produzione delle risorse e unità di risorse*, dipendenti fra loro ma differenti nella definizione. I primi sono da considerare come “uno stock di capitale, che in condizioni favorevoli producono un flusso di risorse che non deteriora né pregiudica l'esistenza del sistema stesso. Esempi pratici sono i bacini d'acqua sotterranea, i pascoli, le zone di pesca, i ponti, gli oceani e gli altri bacini idrici. Le unità di risorse sono ciò di cui gli individui si appropriano o fanno uso traendole dal sistema di produzione. Esempi sono i pesci raccolti in una zona di pesca e il foraggio consumato dagli animali del pascolo”²⁷.

I beni comuni a cui si riferisce l'autrice, sono le “risorse collettive”, note anche come *common-pool resource* (CPR) che differenziano dalle risorse a libero accesso (*open access*), proprio perché hanno la caratteristica di essere autogestite dagli appropriatori di riferimento. Mentre per le *open access* nessuno ha diritti di proprietà, nel sistema ad accesso limitato, ovvero quello dei *Commons*, un gruppo ben definito ha il diritto di utilizzare tale bene in comune. In una risorsa a libero accesso, il processo di appropriazione indipendente è equiparabile al gioco del

²⁶ A. Vestò, *i beni dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Giappichelli Editore, Totino, 2014, p. 253.

²⁷ E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, cit., pp. 52-53.

dilemma del prigioniero²⁸, in quanto nessuno è incentivato a lasciare le unità di risorse quando gli altri le possono liberamente raccogliere. In una risorsa collettiva ad accesso limitato, invece, gli incentivi dipendono dalle regole che governano quantità, tempi, luoghi di appropriazione e dal modo in cui le regole sono sorvegliate e fatte applicare. Le regole decise per regolamentare l'appropriazione influiscono sui costi della sorveglianza e della gestione e sul comportamento strategico dell'individuo.

L'autrice, nel dimostrare la validità e la correttezza della sua tesi, analizza la gestione della zona di pesca in Alanya, in Turchia. Nei primi anni '70 tale zona subì una forte crisi dovuta ad un uso non regolamentato dell'area di pesca e, conseguentemente, ad un aumento dei costi di produzione. La soluzione a tali problemi avvenne tramite un complesso sistema di assegnazione di punti pesca ai pescatori locali: da settembre a gennaio era prevista una rotazione quotidiana delle posizioni dei pescatori, consentendo così a tutti gli utenti la possibilità di aumentare il pescato con il vantaggio di non distruggere la risorsa e permettendo, nel contempo, ad ogni utente la possibilità di pescare nei punti migliori. La sorveglianza era gestita dai pescatori stessi, direttamente interessati al rispetto delle regole.

Il sistema si rivelò funzionante. Nonostante non si trattasse di un sistema in regime di proprietà privata, i diritti ad operare in determinate aree e l'obbligo di rispettarli erano ben definiti. E nonostante non si trattasse di una gestione pubblica, con la legittimazione da parte del governo il sistema si poté mantenere operativo ed ordinato.

Ebbene, tali studi consentirono ad Ostrom di individuare otto criteri progettuali attraverso cui risalire agli assetti istituzionali facilitatori della buona

²⁸ E. Ostrom, *ibidem*, pp. 46-47, narra che “il gioco, attribuita a Merrill M. Flood e a Melvin Dresher e formalizzato da Albert W. Tucker (R. Campbell), 1985, p. 3, è descritto come segue: due sospettati vengono messi in carcere, separati. Il procuratore distrettuale è certo che essi siano colpevoli di uno specifico reato ma non ha prove adeguate per farli condannare in un processo. Egli fa presente ai due carcerati che ciascuno di essi ha due alternative: confessare il reato che la polizia è certa essi abbiano commesso, o non confessare. Se nessuno dei due confessa, il procuratore distrettuale promette di incriminarli per un'accusa minore falsa, come piccoli furti o possesso illegale di un'arma, ed essi riceveranno entrambi una pena minore; se entrambi confessano, essi verranno processati, ma lui racconderà una condanna inferiore a quella massima; ma se solo uno confessa, in tal caso questi riceverà un trattamento indulgente per avere testimoniato contro un complice, mentre l'altro verrà trattato nel modo più severo”.

autogestione e della cooperazione tra gli individui in grado di agire sugli interessi sia dei singoli che della comunità, e di creare incentivi per un'azione collettiva per gestire i *Commons*.

2.2 L'Autogestione

Il sistema così creato di autogestione è un sistema fortemente democratico, in cui il rapporto tra *Commons* e democrazia “non è estrinseco e occasionale, ma è, al contrario, necessitato, imposto com'è dalla natura stessa della risorsa comune e dal tipo di problemi che essa solleva”²⁹.

In tale sistema l'individuo non è più considerato come agente razionale volto solamente al raggiungimento del proprio benessere al di là di ogni relazione sociale. Le scelte dell'individuo razionale nelle situazioni complesse e incerte date dalla gestione dei *Commons* si basano su diversi fattori: non solo le valutazioni dei costi e benefici, ma anche le norme interiori.

In situazioni incerte il massimo che si può aspettare da individui razionali è che procedano per tentativi, per imparare dai propri errori e quindi valutare meglio i costi e i benefici.

A causa della ripetizione delle situazioni, gli individui possono evolvere le proprie strategie e, quindi, migliorare la cooperazione con gli altri individui. Essi sono disposti a rinunciare a profitti immediati allo scopo di ottenere maggiori benefici congiunti quando vedono che anche gli altri utenti seguiranno la stessa strategia.

In definitiva, tramite l'autogestione dei beni comuni, l'individuo razionale, più che migliorare i propri vantaggi, sarà portato a sviluppare rapporti di reciprocità con gli altri utenti producendo un ritorno positivo non solo per sé stesso ma anche per l'intera comunità.

L'analisi di Ostrom risolve in gran parte i dubbi precedenti a proposito dei beni comuni, dimostrando che in tale ambito sarà più conveniente per l'individuo

²⁹ Nivarra, L. *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in Marella M.R. (a cura di), p. 79

osservare e applicare i principi progettuali, piuttosto che adottare l'approccio del *free rider*.

Il sistema dell'autogoverno è strettamente legato alla democrazia ed è considerato un sistema efficiente, nel senso che “favorisce un uso della risorsa collettiva in grado, per un verso, di soddisfare i bisogni di tutti gli appropriatori e, per un altro verso, di mantenere il prelievo entro limiti compatibili con la sua conservazione”³⁰.

2.3 Il dibattito internazionale

A livello internazionale la materia dei *Commons* assume sempre maggiore rilievo con il sorgere di numerosi movimenti a favore di una gestione comune dei beni e l'invocazione di un loro esplicito riconoscimento da parte di varie organizzazioni e centri studi.

Al riguardo di fondamentale importanza è stata la nascita del *National Research Council Committee on Common Property* e la conferenza tenutasi nel Maryland nel 1985 durante la quale gli illustri studiosi partecipanti decisero di fondare una vera e propria associazione di ricercatori che si occupasse dello studio interdisciplinare. Nel 1989 viene costituita l'*International Association for the Study of Common Property*, di cui fanno parte studiosi provenienti dalle più diverse discipline e di diversa nazionalità. In quegli anni si utilizza ancora l'espressione *common property*, e non semplicemente *commons*, in quanto oggetto di studio è il diritto di proprietà.

Con l'avanzare della ricerca si comprende che, all'interno della più ampia categoria generale dei *commons*, oltre alla “proprietà collettiva” rientrano anche i beni in regime di *open access* e ciò porta i ricercatori a modificare la denominazione dell'associazione in *International Association for the study of the Commons*.

Se l'attività dello IASC comprende tutto ciò che riguarda i beni comuni nel loro insieme, molte altre sono le istituzioni che operano a livello internazionale

³⁰ Ibidem, p.15

per approfondire e promuovere alcuni aspetti più specifici legati ai commons, tra i quali: il *Centre de coopération Internationale en recherche agronomique pour le développement* (CIRAD), il *Common Property Resources Institution* (CPRI), l'*International Land Colation* (ILC), l'*International Union of Forest Organisation* (IUFRO), il *Centre for International Forestry Research* (CIFOR).

Il tema dei beni comuni, è stato oggetto anche della Conferenza internazionale di Stoccolma del 1972 sull'ambiente umano e della successiva Conferenza internazionale di Rio 1992 su ambiente e sviluppo.

“Parlare delle risorse naturali, e in generale dei beni ambientali che di regola sono parte di territori gestiti direttamente da singoli Stati, qualificandoli come beni comuni significa, precisamente, mettere in evidenza la relazione strettissima, spesso indebitamente trascurata, che lega i diritti, degli individui e non degli Stati, e i beni: le situazioni giuridiche soggettive, da un lato, e le cose che di esse sono oggetto, dall'altro. Non si deve, infatti, dimenticare che i beni sono sempre oggetto di diritti e che, in particolare, quei beni che decidiamo, in virtù della loro natura o per qualche altra ragione, di qualificare come comuni sono oggetto di diritti di tutti, a tutela pertanto dell'accesso universale al loro uso e al loro godimento da parte di ciascun essere umano”³¹.

Così concepiti, i beni si aggiungono ai diritti universali dell'uomo riconosciuti dalla Dichiarazione dei diritti umani: proteggere quei beni comuni, dal cui godimento nessuno può essere escluso significa, infatti, difendere e promuovere l'uguaglianza tra gli esseri umani, in dignità e diritti, salvaguardando anche le condizioni ambientali in cui essi vivono e costruiscono le loro relazioni sociali.

Per poter garantire un accesso egalitario e solidaristico a tali beni-diritti è doveroso attribuirne la gestione alla sfera pubblica a discapito della sfera privata del mercato che viene riconosciuta perfettamente efficiente quanto alla produzione dei beni, ma non altrettanto per garantire una loro equa distribuzione. In tal senso, il caso dell'acqua appare per molti versi esemplare.

³¹ F. Mastromartino, *L'accesso ai beni comuni*, pubblicato in Treccani, la cultura italiana, consultabile su www.treccani.it

Nella Conferenza RIO+20, promossa dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite i singoli Stati e la Comunità internazionali si sono impegnati per ottenere la formalizzazione di impegni concreti per il riconoscimento del "diritto all'acqua", viste le evidenti difficoltà dovute al fatto che "i governi non hanno ancora stabilito nessun impegno per il diritto all'acqua. E quindi non si capisce come possano garantire il diritto"³².

Tra i beni comuni oggetto di riflessione da parte della comunità internazionale rientra anche il patrimonio culturale e la sua protezione: l'idea è che il diritto del singolo di godere del patrimonio culturale possa trovare un pieno completamento attraverso il coinvolgimento di ogni individuo nella definizione del processo e quindi delle attività di gestione e conservazione dell'eredità culturale. Già la Convenzione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948 prevedeva tra i diritti del singolo quello "di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità e a godere delle arti".

Il patrimonio culturale si compone, da una parte, di beni materiali, dall'altra, di componenti immateriali quali valori e identità culturali dei popoli. L'eredità culturale intesa in tal senso tuttavia va incontro a un crescente impoverimento, per la mancanza di risorse e per la progressiva erosione del tessuto sociale dovuta a fenomeni di globalizzazione, come rilevato dalla Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, promossa dall'UNESCO nel 2003 e ratificata dall'Italia nel 2007 con la legge n. 167.

In una prospettiva di reazione si inserisce la convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società (la c.d. Convenzione di Faro del 27.10.2005, firmata dall'Italia nel 2013).

Essa, infatti, segna un punto di svolta nella gestione dell'eredità culturale, esprimendo la volontà degli Stati di voler sostenere e promuovere politiche collaborative per l'amministrazione e la conservazione del patrimonio culturale.

A tal fine si rende indispensabile l'apertura a soggetti ulteriori, rispetto alle istituzioni pubbliche, per sviluppare un quadro giuridico, economico, finanziario e professionale che permetta l'azione congiunta di autorità pubbliche, esperti,

³² Rosario Lembo, *L'acqua a Rio + 20: il diritto all'acqua rischia di infrangersi* (a cura di), Comitato Italiano Contratto Mondiale sull'acqua Onlus, da www.contrattoacqua.it.

proprietari, investitori, imprese, organizzazioni non governative e società civile in modo che l'eredità culturale diventi fattore di sviluppo sociale e politico.

La tutela dei beni comuni, come evidenziato, rappresenta una tra le più importanti sfide che i governi internazionali sono chiamati ad affrontare essendo la sopravvivenza del pianeta legata indissolubilmente a tali beni ed alla loro doverosa inesauribilità.

“Una più compiuta evoluzione del diritto internazionale in direzione di forme di cooperazione globali orientate a un nuovo spirito solidaristico e riformatore dipenderà dalle risposte che le società umane vorranno dare a queste formidabili sfide”³³.

3. Classificazioni giuridiche e dottrinali in Italia

Alla luce di quanto sin qui, sia pur riassuntivamente, esposto: emerge già con palmare evidenza l'enorme complessità del tema, sotto il profilo etico ed ancor più giuridico. “I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future”³⁴.

Nel tentativo di razionalizzare ed inquadrare sistematicamente le svariate sfaccettature del fenomeno, i giuristi italiani hanno ideato una serie di classificazioni, ognuna frutto dei diversi approcci adottati allo studio del tema e delle differenti caratteristiche dei beni di volta in volta ritenute rilevanti. Senza pretese di esaustività, ritengo utile esporre alcune di tali classificazioni al fine di offrire un quadro dei maggiori aspetti del tema filtrato dal *background* culturale dei giuristi italiani e, quindi, dalle premesse concettuali legate agli istituti giuridici della nostra tradizione giuridica.

³³ F. Mastro Martino, *L'accesso ai beni comuni*, cit.

³⁴ 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 titolo I 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 ordinante del diritto della proprietà e dei beni (D. Min. Giust. 21.06.07).

Vincenzo Cerulli Irelli e Luca De Lucia offrono nel loro scritto *Beni comuni e diritti collettivi* un'esposizione dei quattro diversi ambiti cui l'espressione 'beni comuni' soventemente si riferisce.

In primo luogo si fa riferimento ad "interessi e valori (...) perseguibili attraverso politiche pubbliche che necessariamente (anche sulla base di vincoli costituzionali) fanno capo agli organi di governo"³⁵; si pensi al diritto alla salute ex articolo 32 della Costituzione o, ancora, all'istruzione. In tale accezione, i beni comuni divengono oggetto dei servizi pubblici.

Il secondo ambito di rilievo è costituito da alcuni beni immateriali. I beni cui si fa riferimento in questo caso, sono svariati ed eterogenei: i software, le opere d'arte, addirittura il genoma umano. Questa categoria di *commons* non si è però svincolata dai regimi privatistici che regolano la gestione dei beni che vi rientrano.

Nel terzo ambito rientrano i beni materiali utili a soddisfare un interesse umano, individuale o collettivo³⁶: categoria che comprende per lo più beni tradizionalmente indicati come "demaniale". Si pensi a fiumi, laghi, aria, parchi.

Ultimo ambito di riferimento è "lo spazio fisico in cui le collettività sono insediate e vivono: il territorio, il paesaggio, l'ambiente". Categoria, quest'ultima, di grande interesse in quanto presupposto per l'acquisizione del cittadino di una voce nella scelta di politica gestionale del territorio.

Nella tassonomia³⁷ tracciata da Maria Rosaria Marella, sembra riscontrabile una ratio di suddivisione simile: i beni comuni possono essere infatti materiali, immateriali, oggetto di servizi pubblici o rientranti nel concetto di "spazio urbano".

3.1 Spazio fisico o urbano

Si apprezza, in particolare, delle due classificazioni espresse, l'inclusione dello "spazio fisico" o "urbano" come accezione autonoma di bene comune. Infatti, i beni materiali ed immateriali possono essere ricondotti al *genus* delle *res*

³⁵ V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *academia.edu*

³⁶ F. Pugliatti, *Cosa (teoria generale)* in *Enc. Dir.*, vo. XI, 19

³⁷ M.R. Marella, *I beni comuni*, in *Il libro dell'anno dei diritti*, 2013

communes omnium, nella consapevolezza che i beni immateriali possono essere considerati tali solo in virtù della recente tutela ad essi garantita.

D'altro canto, i beni comuni oggetto di servizi pubblici sono gestiti dallo Stato a causa di caratteristiche che li rendono inadatti ad essere offerti adeguatamente sul mercato, perché non abbastanza profittevoli economicamente, per il fatto che la loro produzione comporti ingenti somme di denaro o perché si prestano a dar origine a pericolosi regimi privati monopolistici³⁸.

Il territorio invece, o spazio fisico, laddove concepito come comune, consente più e meglio di altri beni, l'attuazione di una vera e propria rivoluzione del rapporto cittadino-amministrazione.

Questo perché, innanzitutto, il territorio come bene comune è suscettibile di assumere diversi significati, non si tratta di un singolo bene, ma di un concetto che si può scomporre ed interpretare; è l'aggettivo "urbano" a restringere la cerchia di beni che rientrano in tale concetto. Vedremo inoltre che i beni comuni che hanno questa dimensione urbana sono quelli ai quali meglio si applicano i risultati degli studi di Ostrom e che, sono, in fondo, i soli a poter essere oggetto di una disciplina organica in quanto tali.

L'atteggiamento passivo del cittadino, destinato a rimanere in attesa dell'erogazione del servizio per vedere soddisfatti proprio bisogni, non sembra, essere reso necessaria da caratteristiche intrinseche del bene territorio, ma piuttosto frutto di dinamiche sociali più radicate nella tradizione che ispirate al criterio dell'efficienza.

3.2 Le peculiarità della categoria individuate dagli studiosi

Ancora, i beni comuni sono suddivisibili in beni tangibili o intangibili, beni locali e globali, distinguibili a loro volta in beni esauribili, beni inesauribili e beni rinnovabili.

La specifica nozione di bene comune inizia a svilupparsi grazie agli studi sull'ampia categoria dei beni pubblici, beni, cioè, intesi come socialmente

³⁸ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013

indispensabili, ma caratterizzati da costi elevati e, per tale motivo, non forniti dal libero mercato³⁹. Solo grazie agli studi di Samuelson vengono individuate due caratteristiche proprie dei beni pubblici: la non rivalità, secondo cui l'utilizzo del bene da parte di un individuo non diminuisce la possibilità di utilizzo da parte di altri; la non escludibilità, in base alla quale nessun soggetto può essere escluso dall'utilizzo dei beni.

Esiste però una differenza importante tra beni pubblici e beni comuni: l'uso dei primi non si riflette sulla disponibilità dello stesso bene a favore di un altro utilizzatore a differenza del bene comune il cui uso riduce comunque, in misura elevata o minima, la possibilità di consumo da parte di altri individui, diversi ed ulteriori rispetto alla comunità che vi ha accesso.

In questa accezione i beni comuni sono sottraibili e gli utilizzatori sono rivali.

Le caratteristiche della sottraibilità e non escludibilità sono utilizzate nella "teoria dei commons" per descrivere le risorse collettive e differenziarle rispetto alle altre categorie di beni; esse inoltre, consentendoci di comprenderne le peculiarità più concrete, mettono in luce l'opportunità di una loro regolamentazione diversificata ed autonoma.

Tale teoria, in particolare, differenzia i beni in quattro categorie definite dall'incrocio delle variabili della escludibilità e sottraibilità:

- 1- Beni pubblici, non escludibili e non sottraibili;
- 2- Beni privati, escludibili e sottraibili;
- 3- *Toll Good*, escludibili ma non sottraibili⁴⁰;
- 4- Risorse collettive, non escludibili ma sottraibili.

Questa suddivisione permette di comprendere come le risorse collettive o comuni condividano con i beni pubblici la difficoltà di escludere tutti gli individui dal loro uso e con i beni privati la concorrenza forte nel consumo. Il problema, pertanto, dei beni comuni riguarda la loro gestione, sia a livello locale che a livello globale.

³⁹ F. Marangon, *Imprese agricole e produzione dei beni pubblici. Il caso del passaggio rurale*, Working Paper Series in Economics, n. 1, Università degli Studi di Udine, Dipartimento di Scienze Economiche, p. 5.

⁴⁰ Esempi sono le autostrade, il trasporto pubblico e i parchi naturali utilizzati al di sotto della loro capacità di carico. Cfr. F. Marangon, *op. cit.*, p. 9.

Come esaminato nel paragrafo precedente alcune soluzioni al problema attengono al controllo delle risorse in capo ad un'autorità accentra, ossia lo Stato. Altri, invece, ritengono che la soluzione ottimale sia la privatizzazione delle risorse collettive.

Qui si ripropone la questione cui si è già fatto cenno di come accedere alla soluzione delle svariate problematiche afferenti alla gestione ed al controllo di gestione delle risorse "comuni": affidandole ad un'autorità pubblica e quindi in ultima analisi allo stato, ovvero procedere nel senso di una loro sostanziale privatizzazione in favori di singoli o specifiche collettività.

4. La difficile collocazione di una disciplina dei beni comuni nel quadro normativo vigente.

Il concetto di beni comuni appare ancora alquanto indeterminato: si va da una nozione onnicomprensiva - che fa confluire elementi che hanno caratteristiche strutturalmente diverse tra loro abbracciando le risorse naturali, la rete web, la comunicazione, i servizi pubblici - ad una più restrittiva - che considera beni comuni solo quelli necessari all'attuazione dei diritti fondamentali⁴¹. Ma anche anche questa ultima interpretazione non conduce a un'efficace delimitazione del concetto. In effetti, i diritti fondamentali che richiedono necessariamente tutela e garanzia sono molteplici ed eterogenei - solo per fare alcuni esempi, il diritto alla salute, il diritto all'istruzione, le libertà fondamentali (come circolazione, soggiorno, associazione), ecc.⁴² - ed ancor più numerosi e variegati sono, conseguentemente, i beni necessari all'attuazione degli stessi.

⁴¹ Cfr., in particolare, U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, ma anche S. Rodotà, *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013; M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona 2012 In primo luogo giuspubblicisti, giusprivatisti e filosofi del diritto. Cfr. U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011; Id., *Contro riforme*, Einaudi, Torino, 2013; Id., *I Beni pubblici: un dialogo tra diritto e politica*, in G. Alpa-V. Roppo (a cura di), *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, 119 e ss.; M. R. Marella, *Il principio sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in G. Alpa-V. Roppo (a cura di).

⁴² Nella ricostruzione di U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., lo spettro dei beni comuni è amplissimo: si va infatti dai servizi pubblici al patrimonio genetico fino al web e alle risorse

Parte della dottrina tende a risolvere il problema della collocazione giuridica individuando nel concetto di bene comune, una nuova categoria giuridica particolarmente utile, se non addirittura “indispensabile per capire e promuovere processi nuovi”⁴³. Questa nuova nozione offrirebbe un valido argine alle politiche di privatizzazione delle risorse naturali e supererebbe la «pervasività della dicotomia pubblico/privato»⁴⁴ incapace di far fronte alle nuove esigenze dei cittadini e, ancor di più, di garantire l’attuazione piena del principio solidaristico e di tutti quei principi costituzionali che ancora oggi rappresentano il faro del diritto. Ciò perché, la “narrativa che si fonda sui beni comuni rifiuta di collocare al centro del sistema politico tanto la proprietà privata quanto lo Stato visto che quest’ultimo, fondato sulla stessa struttura, presiede alla privatizzazione dei beni comuni adoperandosi per ampliare la sfera della proprietà privata»⁴⁵.

Non solo, dunque, tutta la struttura pubblica, a cominciare dallo Stato, risulterebbe assolutamente inadeguata per la tutela delle cose comuni e per garantire i diritti dei cittadini alla loro fruizione, ma addirittura anche l’appartenenza pubblica dei beni viene interpretata al pari di un ostacolo al loro libero godimento da parte dei cittadini. Ciò in quanto la fruizione dei beni pubblici sarebbe sempre necessariamente mediata dallo Stato “proprietario”, mentre, all’opposto, solo con i beni comuni ci troveremmo di fronte ad una “tipologia di diritti fondamentali di ultima generazione finalmente scollegati dal paradigma dominicale (individualistico) ed autoritario (Stato assistenziale)”⁴⁶.

La categoria dei beni comuni è individuata come l’unica valida alternativa alla proprietà individuale. Il concetto dei beni comuni, dunque, sarebbe necessario

naturali. S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, cit., 477 cerca di restringere la categoria dei beni comuni a quei beni che garantiscono l’attuazione dei diritti fondamentali. In particolare l’A. osserva: «Ricostruendo sia pure sommariamente un’intricata vicenda storica, si può ben dire che i beni comuni conquistano progressivamente una ribalta che li fa divenire ineludibile riferimento. E tuttavia, come già si è ricordato, questa rinnovata rilevanza rischia d’essere pagata con un allungarsi del loro catalogo che può privarli di forza analitica e ricostruttiva (se tutto è comune, non ha senso una identificazione specifica di beni comuni), e con l’assunzione di venature quasi fondamentaliste, che sconfinano nell’ideologia» (Ibidem).

⁴³ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., XVIII

⁴⁴ M. R. Marella, *Introduzione a Id. (a cura di), Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Ombre corte editore, cit., 11

⁴⁵ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 51.

⁴⁶ *Ibidem*

per affermare, nel mondo del diritto, l'idea di appartenenza collettiva di tutti quei beni che servono alla comunità e che sono indispensabili alla vita associata.

Al di fuori della nozione di beni comuni, non vi sarebbe spazio per dare accesso e tutela alle istanze sociali e collettive che sono intrinsecamente legate a tutti quei beni di cui la collettività ha bisogno per poter concepire la stessa vita associata. Ne deriva che pubblico e privato sarebbero due concetti affini, per nulla in contrapposizione, anzi accomunati dal tendere al medesimo obiettivo, quello della privatizzazione delle risorse comuni. Come evidenziato, la “narrativa che si fonda sui beni comuni rifiuta di collocare al centro del sistema politico tanto la proprietà privata quanto lo Stato”⁴⁷, essa non ravvisa nemmeno una sostanziale differenza tra lo Stato e la società per azioni: “Tanto la moderna società per azioni (corporation) quanto il moderno Stato sovrano” – si legge nel “Manifesto dei beni comuni” – “tendono a comportarsi rispetto ai beni comuni esattamente come l'avidio invitato al buffet: essi mirano sistematicamente alla massima acquisizione quantitativa di risorse a spese di altri”⁴⁸.

4.1 *Un altro modo di possedere*⁴⁹

Da qui nasce l'esigenza di tentare una personalizzazione (nel senso di rendere conforme ai diritti della persona) del modello proprietario, relegato nella classica suddivisione codicistica improntata al binomio pubblico – privato. Si può, o forse si deve, considerare, invece, un modello proprietario evoluto, ecologico, ecosostenibile, solidale, partecipativo, democratico, personalistico e culturale, incrocio tra pubblico e privato, attuativo del nuovo principio di sussidiarietà orizzontale. Questo modello proprietario è ipotizzabile in relazione a una rivitalizzazione della proprietà collettiva, madre di quelli che la dottrina più recente (per tutti Rodotà) chiama “beni comuni”.

⁴⁷ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit.

⁴⁸ *Ibidem*, 51.

⁴⁹ P. Grossi, *Un altro modo di possedere – L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

Ciò che tale dottrina vuol mettere in evidenza è la possibilità di far riemergere tra i monoliti proprietari pubblici e privati, una terza via: quella che Carlo Cattaneo definisce “un nuovo modo di possedere” – locuzione richiamata da P. Grossi nel titolo della sua opera - ⁵⁰, ossia la proprietà collettiva. “La proprietà collettiva non è mai solo uno strumento giuridico, né mai solo uno strumento economico; è qualcosa di più, ha bisogno di attingere a un mondo di valori, di radicarsi in un modo di sentire, concepire, attuare la vita associata e il rapporto tra uomo e natura cosmica”⁵¹.

Alla stregua di quanto sin qui esposto, emerge un modo di rileggere il sistema proprietario rintracciando il fondamento giuridico dei beni comuni nella loro capacità di esprimere utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali che la stessa Costituzione riconosce e garantisce. Essi costituiscono, secondo molti, la più grande “alternativa sociale rispetto al predominio della logica individualistica di mercato”⁵², una forma moderna di proprietà collettiva, poiché di essi la collettività ha l’effettivo godimento, mentre l’appartenenza al potere pubblico è finalizzata alla costituzione, conservazione, disposizione delle utilità collettive e collaterali e della gestione dei beni.

Diversamente dai beni pubblici, per i beni comuni si prescinde dalla titolarità, essendo decisivo l’ordine di fruizione del bene “e tutto questo viene proiettato nella dimensione della cittadinanza, per il rapporto che si istituisce tra le persone, i loro bisogni, i beni che possono soddisfarli”⁵³. Il comune rifiuta la concentrazione del potere a favore della sua diffusione.

Il comune ha come modello una comunità di individui o di gruppi sociali legati fra loro da una struttura a rete; esso respinge, più in generale, l’idea gerarchica a favore di un modello collaborativo e partecipativo che non conferisce mai potere ad una parte rispetto ad altri elementi del medesimo tutto. In questo

⁵⁰ P. Grossi, *Un altro modo di possedere – L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977.

⁵¹ P. Grossi, *Il problema storico-giuridico della proprietà collettiva in Italia*, in F. Carletti (a cura di), *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, Novene, 1993, p.7

⁵² C. Salvi, *Beni comuni e proprietà privata (a proposito di “oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni”*, a cura di Maria Rosaria Marella), in Riv. Dir. Civ., 2013, 1, 10209.

⁵³ S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 461.

senso il comune rifiuta la logica del potere *tout court* a favore di quella ben diversa della partecipazione.

Queste modalità di gestione e di proprietà appaiono fondamentali perché riguardano le modalità di costruzione della società, laddove i diritti fondamentali e i mezzi per realizzarli assumono responsabilmente una “nuova” centralità, come elementi costitutivi della persona e della sua cittadinanza.

Mediante questo legame tra diritti fondamentali e beni comuni la solidarietà ritrova così la sua funzione di principio costitutivo della convivenza. Una rivoluzione giuridica del sistema proprietario che riporta al centro del diritto l'essenzialità dell'essere rispetto all'avere, la persona ed il costituzionalismo dei bisogni.

5. La necessità di una sintesi

“The common is not, therefore, something that existed once upon a time that has since been lost, but something that is, like the urban commons, continuously being produced. The problem is that it is just continuously being enclosed and appropriated by capital in its commodified and monetized form, even as it is being continuously produced by collective labour”⁵⁴.

Le classificazioni dei beni passate in rassegna, che hanno alimentato il dibattito concettuale nazionale ed internazionale, se da un lato hanno il pregio di tentare di mettere ordine nel “sistema”, dall'altro rischiano di finire per imbrigliare il dibattito intorno ai beni comuni.

Ciò, diventa chiaro se inseriamo nella categoria dei beni comuni lo spazio urbano. Del bene comune spazio urbano, si è già anticipato qualcosa: lo si è infatti definito come ambito più naturale per l'attuazione di quella rivoluzione amministrativa ritenuta da chi scrive determinante per la costruzione stessa di nozione di bene comune.

Per spazio urbano si intendono le strade, le piazze, le stazioni, gli edifici pubblici, i parchi e ogni altro luogo soggetto ad un uso collettivo e finalizzato ad accrescere

⁵⁴ Harvey 2012, 77

il benessere della comunità e che agevola l'esercizio individuale dei diritti di cittadinanza quali: socialità, cultura, mobilità, svago.

Gli spazi urbani, proprio in quanto collegati al benessere della collettività, sono considerati beni comuni, come chiaramente si deduce leggendo la pienamente condivisibile su richiamata opinione di illustri giuristi italiani⁵⁵.

Una volta giunti a questa conclusione, con riferimento in particolare agli spazi urbani, acquista un significato di gran lunga più pregnante l'opinione di chi ritiene che i "beni comuni divengono rilevanti in quanto tali soltanto se accompagnano la consapevolezza teorica della loro legittimità con una prassi di conflitto per il riconoscimento di certe relazioni qualitative che li coinvolgono. In altri termini, i beni comuni sono resi tali non da presunte caratteristiche ontologiche, oggettive o meccaniche che li caratterizzerebbero, ma da contesti in cui essi divengono rilevanti in quanto tali"⁵⁶.

Detto altrimenti, a titolo puramente esemplificativo, un parco non è un bene comune in sé o solo perché è uno spazio urbano, ma lo diventa per la sua natura di luogo accessibile da tutta la collettività⁵⁷.

Come afferma lo studioso Donolo "i beni comuni sono un insieme di beni necessariamente condivisi. Sono beni in quanto permettono il dispiegarsi della

⁵⁵ M.R. Marella, *I beni comuni*, in *Il libro dell'anno dei diritti*, 2013; V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *academia.edu*

⁵⁶ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma – Bari, Laterza, 2011, pag. 52.

⁵⁷ In tale ottica si pone P.L. Crosta, *Società e territorio, al plurale. Lo "spazio pubblico" – quale bene pubblico- come esito eventuale dell'interazione sociale*, in *Foedus*, 2000 in cui afferma che "pubblico non è lo spazio stabilmente destinato all'uso collettivo. È riduttivo considerare 'pubblico' uno spazio utilizzato 'in-comune'. L'uso in-comune (anche quando si tratti di più usi diversi) non 'fa' lo spazio pubblico. Il carattere pubblico non inerisce ad un luogo – detto altrimenti – solo che vi si svolgano (o venga destinato) ad attività collettive. Bensì, 'risulta' pubblico uno spazio in quanto costruito dall'azione sociale, a certe condizioni: è un costrutto sociale non necessario, eventuale". Ancora, I. Vitellio, *Spazi pubblici come beni comuni*, in *Critica della razionalità urbanistica*, 2005, n. 17, spiega come "Allo spazio pubblico, inteso come lo spazio che dispiega la funzione di attrezzatura o servizio prodotto dallo Stato per lo svolgersi della vita sociale, si affiancano e si sovrappongono altri servizi e altre attrezzature non contemplati nel repertorio stabilito e non prodotti da una istituzione politico-amministrativa (...) spazi pubblici privatizzati, spazi privati pubblicizzati, spazi quasi-pubblici e quasi spazi pubblici sorgono all'intreccio di reti di relazione sociale e singoli percorsi individuali, rendendo problematica la caratteristica di non appropriabilità e non sottraibilità dello spazio pubblico. Ma ci sono anche luoghi che, individuati e progettati come pubblici, sono oggetto di cura e di adozione da parte di abitanti, scuole, associazioni, mentre altri – spesso luoghi privati abbandonati, sono resi pubblici con forme di appropriazione da parte di movimenti sociali. (...) Qui più che in altre esperienze, gli spazi pubblici non restituiscono solo cittadini come utenti-clienti, ma come citizenry, persone attive in grado di tematizzare la materia pubblica".

vita sociale, la soluzione di problemi collettivi, la sussistenza dell'uomo nel suo rapporto con gli ecosistemi di cui è parte. Sono condivisi in quanto sebbene l'esclusione di qualcuno o di qualche gruppo dalla loro agibilità sia spesso possibile ed anche una realtà sin troppo frequente, essi stanno meglio e forniscono le loro migliori qualità quando siano trattati e quindi anche governati e regolati come beni in comune, a tutti accessibili almeno in via di principio”⁵⁸.

5.1 Una nozione relazionale

Da qui nasce e si afferma una nozione relazionale del bene comune, in contrapposizione alle tradizionali classificazioni basate sulle sue caratteristiche morfologiche e sulla sua formale titolarità.

Tale nuova nozione implica che i beni comuni esistono solo in quanto sono parte di una relazione qualitativa (e non acquisitiva/appropriativa) con uno o più soggetti. Quando si parla di beni comuni non si può separare il soggetto dall'oggetto; non si possiede un bene comune ma si è partecipi del bene comune⁵⁹.

La natura comune dei beni urbani discende dal loro essere strettamente collegati a cultura e tradizioni di un territorio e dal loro essere direttamente funzionali allo svolgimento della vita sociale. Questo vale anche se essi non ricadono nella titolarità formale di una pubblica amministrazione⁶⁰.

In definitiva, partendo dall'idea che occorre restituire certezza giuridica al tema attraverso il superamento delle teorie concettualistiche e, predisporre una disciplina normativa *ad hoc* che prescindendo dalla dicotomia pubblico/privato, forse focalizzare l'attenzione su una particolare accezione, o meglio, dimensione di bene comune (quella urbana), potrebbe risultare la strategia vincente.

Forti del fatto che l'ampiezza del dibattito in atto non ci consente comunque di prescindere dalle svariate sfumature assunte dal concetto di bene comune, risulta adesso opportuno individuare quegli strumenti giuridici offerti dal

⁵⁸C. Donolo, *I beni comuni presi sul serio*, in Labsus.org, 2010.

⁵⁹ C. Iaione, *Città e beni comuni*, p. 112

⁶⁰ C. Iaione, *Intorno ai beni comuni. La città come bene comune*, in *Rivista di arti e diritto online*, n. 1/2013.

nostro ordinamento cui si è fatto - o si potrebbe far - ricorso per darvi fondamento giuridico.

CAPITOLO SECONDO

I BENI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E FUNZIONE SOCIALE DELLA PROPRIETA'

1. L'ideologizzazione dei beni comuni

In Italia, come spesso avviene, il recente dibattito sui beni comuni e sul loro fondamento giuridico è stato influenzato da posizioni ideologiche, con la conseguenza che talvolta lo sforzo di cercare un riferimento giuridico diretto nel diritto positivo è sembrato fuorviante rispetto all'effettiva portata delle disposizioni richiamate.

I principali fautori della tesi della necessità del riconoscimento di un *tertium genus*, che superi il dualismo proprietà privata–proprietà pubblica, con l'inserimento dei “*beni comuni*”, forniscono definizioni parzialmente diverse degli stessi.

1.1 Rodotà e Mattei, la visione “benecomunista”

La commissione Rodotà per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici definisce i beni comuni come “cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona”, aggiungendo che “i beni archeologici, culturali, ambientali, e le altre zone paesaggistiche tutelate” sarebbero comuni.

Pertanto, in tale accezione, i beni sarebbero comuni in quanto necessari all'esercizio dei diritti fondamentali e quindi funzionali allo sviluppo della persona.

Un altro tra i principali sostenitori della teoria dei beni comuni (definiti in dottrina come *benicomunisti*), Ugo Mattei, radica invece la natura “*comune*” di un

bene alla sussistenza di rapporti sociali, seppur non esattamente definiti, ma di tipo partecipativo: “una piazza non è luogo comune in quanto mero spazio fisico, urbanistico, ma lo è in quanto luogo di accesso sociale e di scambio esistenziale”⁶¹.

Entrambe le posizioni conducono ad una ampiezza sostanzialmente indefinita del concetto di bene comune ed evidenziano una considerevole difficoltà di individuare nel concreto i confini della nozione voluta ed i possibili strumenti concreti di tutela e regolamentazione di detti beni. In tali accezioni infatti, le categorie di beni volute “*comuni*” sarebbero di ampiezza tale da non poter escludere, ad esempio: l’aria, l’acqua, il suolo, l’ambiente, la conoscenza, internet, i beni archeologici e culturali, il cibo, le città, i parchi⁶².

Per ognuno di tali beni le implicazioni e le problematiche di natura etica, politica, sociale e giuridica sono enormi, molteplici ed anche difficilmente sintetizzabili, se non a costo di generalizzazioni che porterebbero a vanificare il senso stesso dell’iniziativa tesa al disegno di una tutela di beni definibili comuni. A ciò aggiungasi l’ancor più pregnante considerazione che, se si vuole mantenere fermo questo virtuoso obiettivo, senza cedere a condizionamenti prettamente ideologici, occorre riconoscere che per la gran parte dei beni astrattamente confluibili nelle definizioni su richiamate ed in particolare per quelli di più ampia e libera accessibilità (*public goods*) la tutela può avvenire unicamente mediante accordi di natura internazionale, si pensi all’ UNESCO. Inoltre, non può essere trascurato il fatto che, a ben vedere, considerevole parte di detti beni è già sufficientemente tutelata dal diritto positivo.

1.2 I limiti

Aspra critica alla visione “benecomunista” che tende ad ampliare quasi irragionevolmente la sua area di influenza ed ad attribuire alla teoria del bene

⁶¹ U. Mattei, *Beni comuni, un Manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp 55

⁶² Tutti i possibili ambiti di applicazione della teoria dei beni comuni sono indicati nell’opera di V. Cerulli Irelli – L. De Lucia, *beni comuni e diritti collettivi, politica del diritto*, XL, n.1, 2014, pp.6-11

comune il carattere della novità, viene infatti da altra parte della dottrina che contesta sostanzialmente l'eccessiva connotazione ideologica dei fautori dei beni comuni, l'eccessiva ampiezza ed indeterminatezza del preteso spettro di azione ed il mancato riconoscimento della situazione di diritto esistente che di fatto eliminerebbe per un verso la necessità e per altro l'elemento novità della tesi: "il percorso è grosso modo il seguente: immaginare cose belle, buone e giuste, desiderabili e auspicabili dall'uomo qualunque, definirle come irrinunciabili, da erogare e fruire in condizioni di assoluta eguaglianza per tutti gli abitanti della dimensione di riferimento (di volta in volta: il mondo, parti di esso, comunità più piccole, ecc.) sostenere apoditticamente che per queste finalità, le categorie giuridiche delle modernità sono obsolete, non curarsi minimamente né dei processi che favoriscono la loro produzione, né dei costi relativi alla loro somministrazione, utilizzazione o gestione e, a questo punto, cominciare ad elencare"⁶³. Così, in tono evidentemente polemico viene descritto il *modus operandi* dei sostenitori di una ampia applicazione della teoria dei beni comuni. Anche con riferimento alla pretesa novità della disciplina proposta per coprire spazi lasciati fuori dall'Ordinamento o non adeguatamente disciplinati, la critica non è meno graffiante: "in realtà il canone della novità è una mera autoattribuzione, poiché, come è di tutta evidenza, si tratta di beni che già oggi vengono presi in considerazione dall'ordinamento, che li inquadra all'interno di categorie classiche e strumenti consueti, come i diritti individuali, i diritti sociali, la proprietà privata, la proprietà pubblica, il demanio, la distinzione tra titolarità e gestione, ecc".⁶⁴

Sembra in effetti che, indipendentemente dall'appartenenza pubblica o privata del bene, non si avverta l'esigenza di dover tutelare alcune categorie di beni che si vorrebbero comuni con il riconoscimento di tale natura e la creazione di ulteriori norme di complemento a tale riconoscimento attesa l'esistenza già di specifiche previsioni normative che le tutelano forse addirittura meglio di come si pretenderebbe di fare con l'istituzione di un nuovo, diverso regime proprietario o gestionale.

⁶³E. Somaini, *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, IBL libri, 2015, p 68

⁶⁴C. Martinelli, *Beni comuni e diritto pubblico* in *I beni comuni oltre i luoghi comuni* a cura di Eugenio Somaini, IBLibri, 2015, p. 68

L'esigenza della costruzione di tutela specifica è avvertita ed è auspicabile solo laddove l'ambito di intervento risponda ad una concreta esigenza espressa da una collettività, più o meno ampia.

È utile quindi procedere innanzitutto all'esame del diritto positivo riferito ai beni pubblici o privati nella nostra Costituzione e nel codice civile accennando anche all'istituto vigente che per vari aspetti sembra essere il più vicino al concetto di "*beni comuni*" costituito dagli usi civici rinvenienti dalla tradizione.

Successivamente si potranno analizzare le volute connessioni e gli spunti provenienti dai teorici dei beni comuni non senza la opportuna disamina del diritto vivente costituito da pronunce giurisprudenziali che si sono in qualche modo riferite al tema ed alle iniziative legislative intraprese ma che sin qui non sono state portate a compimento.

2. I beni nella Costituzione

Nell'attuale assetto costituzionale, i beni comuni non trovano esplicito e specifico riconoscimento. I beni, di natura economica, sono previsti dalla Costituzione che all'articolo 42 prevede che la proprietà è pubblica o privata e che i beni appartengono allo Stato, ad enti o a privati. In tal modo si pongono le basi del dualismo proprietà privata – proprietà pubblica.

Il secondo comma del suddetto articolo prevede che sia la legge a determinare i modi di acquisto, di godimento ed i limiti della proprietà, mettendo in relazione gli interessi del proprietario con quelli dei non proprietari ed assegnando una funzione sociale alla stessa, con l'intento di renderla accessibile a tutti.

Al terzo comma è previsto che nei casi stabiliti dalla legge, ma salvo indennizzo, la proprietà possa essere espropriata per motivi di interesse generale. I citati secondo e terzo comma, come sarà meglio evidenziato nel proseguo dell'esposizione, sono stati ripetutamente invocati dai sostenitori della teoria dei beni comuni, quali veri e propri punti di riferimento costituzionali, e fondamenti della teoria: "il legislatore costituzionale ha tutelato la proprietà in quanto le ha

assegnato una funzione sociale”, queste le parole di Rodotà, che ha visto nella lettera dell’articolo un profondo significato innovativo e di stimolo; il proprietario non potrebbe definire a piacimento il modo di esercizio del proprio diritto, perché il suo interesse deve essere temperato con quello collettivo, la tutela del privato è subordinata alla soddisfazione dell’interesse pubblico ed il Legislatore potrà conformare il diritto alle esigenze collettive.

In vero non sembrerebbe che l’istituto della proprietà privata, possa ritenersi totalmente svilito per essere sottoposto a programmazioni, limiti, controlli o altro. Vero è che rispetto allo Statuto Albertino, la Costituzione repubblicana ha inserito la proprietà nella disciplina dei rapporti economici, piuttosto che in quella dei diritti fondamentali della persona ed altrettanto vero è che, il diritto di proprietà si precisa e si costituisce solo nelle forme stabilite dalla legge, alla quale è demandato il suo riconoscimento e la previsione delle relative garanzie, non essendo riconosciuta alla proprietà una valenza pregiudiziale. Altrettanto vero è, tuttavia, che, proprio per il fatto che si prevede e si favorisce il diritto di ognuno ad accedere alla proprietà privata, quest’ultima non può essere svuotata dei suoi contenuti essenziali e non può fondatamente ritenersi che sia vista con sfavore dalla Costituzione. Essa può essere sottoposta a procedura ablativa, ma ciò rimane un’eccezione al principio di garanzia. L’articolo 42, infatti, solo dopo aver affermato che la legge riconosce e garantisce la proprietà privata, prevede al comma terzo che essa “può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi di interesse generale”. In proposito significativo è il lungo e tormentato percorso legislativo e giurisprudenziale in tema di indennizzo dovuto al proprietario a causa di procedura ablativa di cui si tratterà più diffusamente nel prosieguo.

La nuova collocazione sistematica della proprietà è certamente espressione di un diverso modo di guardare l’individuo, che aspira a realizzare il superamento del concetto formale della libertà e dell’eguaglianza: se, infatti, l’aspirazione ad una migliore giustizia sociale, sancita nell’art. 3, comma 2, Cost., mira a ridurre le posizioni di svantaggio del singolo, la scala dei valori costituzionali procede dagli aspetti relativi alla personalità dell’individuo – da garantire a tutti in egual misura – per poi soffermarsi su quelli della sua esistenza patrimoniale ed economica (che

sono strumentali rispetto a quelli personali e consentono di valutare le sperequazioni sulle quali lo Stato deve intervenire).

La sistematica costituzionale traduce, così, la centralità del valore della persona umana sintetizzata nel principio personalista.

La perdita di centralità della proprietà, non solo è cristallizzata nella rimozione del carattere di inviolabilità già attribuito ad essa dallo Statuto albertino, ma è anche confermata nell'art. 42, comma 1, Cost che riconosce uguale considerazione alla proprietà privata ed a quella pubblica. Il superamento dello schema liberale è stato possibile anche (e forse prima di tutto) modellando diversamente la vita economica attraverso l'affermazione di un sistema economico misto, capace di raggiungere l'obiettivo di dar vita a una democrazia sociale; la proprietà è divenuta il mezzo di integrazione dell'individuo nella comunità e non la leva per la separazione fra singolo e società. Il sistema economico misto pare saggiamente calibrato nel senso di bilanciare le istanze dell'individualismo e quelle della solidarietà, tutelando l'esistenza dei diversi regimi proprietari – quello privato e quello pubblico – che ne sono espressione. Adottando una prospettiva realistica, il Costituente ha ritenuto che la realizzazione concreta degli obiettivi della redistribuzione dei beni e della effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione economica del Paese, in attuazione del principio fondamentale di eguaglianza sostanziale ex art. 3, comma 2, Cost., richiedesse necessariamente l'intervento pubblico nei rapporti economici, secondo un modello consolidato dopo il tramonto dello Stato liberale astensionista; del resto, è evidente come la proprietà pubblica esprima un'esigenza sociale, che lo Stato sociale non può ignorare.

L'art. 42, comma 2, Cost. non sembra mirare a costituzionalizzare un diritto fondamentale dell'individuo: l'elemento principale che conduce ad escludere la proprietà dai diritti fondamentali è il suo strutturarsi in risposta non più solo alle istanze dell'individuo, ma anche a quelle della società. Infatti, la significativa novità introdotta dalla Costituzione è la valorizzazione dell'impronta solidaristica della proprietà; il Legislatore non è libero nello svolgere il compito di configurare i modi di acquisto, di godimento ed i limiti della proprietà, dovendosi

piuttosto adeguare ai (ed anzi sviluppando i) canoni della «funzione sociale» e della «accessibilità a tutti» previsti in Costituzione.

Grazie alla funzione sociale la Costituzione supera la naturale tensione fra il principio di eguaglianza e il riconoscimento del diritto di proprietà, prescrivendo che l'integrazione sociale sia costruita anche attraverso una disciplina della proprietà capace di armonizzare l'interesse individuale con quello della comunità, secondo la prospettiva tipica dello Stato sociale. Il carattere misto e sociale del sistema economico disegnato in Costituzione deriva, non solo dalla necessaria coesistenza del privato e del pubblico nell'economia, ma anche, su un diverso piano, dal riconoscimento che l'agire economico deve essere improntato sia al soddisfacimento dell'interesse individuale, secondo le regole del mercato, sia alla realizzazione di taluni valori sociali. La funzione sociale determina il fatto che la proprietà non sia considerata come diritto fondamentale dell'individuo.

La proprietà privata viene tutt'altro che negata dalla nostra Costituzione, essa viene inserita in una visione comunitaria ma si badi bene, non collettivista (come avverrebbe nei regimi comunisti).

3. La proprietà nell'ordinamento europeo

In tale situazione è intervenuta l'adesione dell'Italia alla Comunità Europea ed il suo conseguente obbligo di uniformarsi ai principi comunitari che hanno diretta applicazione negli Stati membri prevalendo addirittura su quelli statuali che dovessero essere in contrasto con essi.

A livello comunitario, la proprietà privata viene, significativamente, inserita nel Capo II, rubricato "Libertà" ed in particolare nell'articolo 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, evidenziandosi il suo essere diritto fondamentale dell'individuo, strettamente connesso con la sua libertà, come confermato dall'assenza di un riferimento alla funzione sociale⁶⁵.

⁶⁵ Numerosi sono i commenti volti a rilevare la preponderante dimensione individualista dell'art. 17 della Carta dei diritti dell'Unione. Ragiona della «marcata matrice individualistica» della Carta dei diritti, che trasparirebbe anche dall'espressione «ogni individuo» dell'art. 17 **A. Lucarelli**, *Art. 17*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei*

La Carta, piuttosto, richiama il concetto di interesse generale, inteso quale motivo capace di giustificare misure di regolamentazione dell'uso dei beni, anche se tale concetto non ha quella dimensione collettiva propria della nozione di funzione sociale presente nella Costituzione Italiana. Il principio cristallizzato nel primo periodo dell'art. 17, par. 1, della Carta, secondo il quale «*Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità*» acquista, per conseguenza, un nuovo significato rispetto a quello presente negli ordinamenti nazionali, invece orientati secondo i valori dello Stato sociale.

La disciplina dell'espropriazione, inoltre, conferma la prevalenza della dimensione individuale su quella sociale, cristallizzando i principi della «*giusta*» indennità prossima al valore di mercato del bene e del suo pagamento in «*tempo utile*». Del resto, il Preambolo della Carta è specchio di questa dimensione individualistica dei diritti in essa proclamati, perché specifica che l'Unione «pone

diritti fondamentali dell'Unione europea, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Il Mulino, Bologna, 2001, 142, secondo il quale la Carta sembrerebbe riportare la proprietà fra i diritti civili ed al «principio *albertino* dell'inviolabilità, proprio dello stato liberale non democratico», per conseguenza comprimendo, almeno in parte, il nesso funzionale fra soddisfazione di bisogni individuali e bisogni collettivi; nel medesimo senso anche **C. Salvi**, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa e diritto privato*, 2011, 451, secondo il quale la formulazione del cit. art. 17 «è più simile ai testi ottocenteschi o alle tesi di Nozick che alla formula della Costituzione italiana, ed è anche più arretrato (o più avanzato: dipende naturalmente dai punti di vista) dell'art. 832 del Codice civile.». Fortemente critico verso l'inclusione della proprietà fra i diritti fondamentali di natura personale è **M. Comperti**, *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, 5 ss. e **Id.**, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti per G. Grottanelli de' Santi*, a cura di A. Pisaneschi e L. Violini, Giuffrè, Milano, 2007, 761; l'A. parla espressamente di inclusione irragionevole, da disapprovare in ragione sia della sua antistoricità sia perché i diritti fondamentali dell'uomo sarebbero solo quelli di natura personale e non quelli di natura patrimoniale. Anche **S. Rodotà**, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, 159, avanza forti perplessità originate dall'art. 17 della Carta; secondo l'A. questa disposizione riapre la frattura sociale composta con la Costituzione di Weimar, cercando nuovamente di isolare il profilo individualistico della proprietà, separandolo dal legame sociale che invece caratterizza le Costituzioni europee del Novecento; tuttavia, sempre secondo l'A., ciò non significa far tornare la proprietà alla logica giusnaturalista che era presupposta al modello individualistico liberale.

Diversamente, **M. Trimarchi**, *La proprietà nella prospettiva del diritto europeo*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005, 150, ritiene che l'art. 17 della

Carta non vada interpretato nell'ottica di un ritorno alla proprietà ottocentesca, dovendosi piuttosto valorizzare i diversi valori desumibili dai Trattati comunitari; nel medesimo senso anche **M. Jaeger**, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale*, cit., 358-360.

la persona al centro della sua azione»; questa medesima prospettiva illumina anche l'elenco di valori che il Preambolo indica a fondamento dell'Unione, consentendo di ritenere che l'ordine con il quale sono indicati – dignità umana, libertà, uguaglianza e solidarietà –, e che corrisponde ai Titoli nei quali la Carta si articola, non sia casuale, ma sia invece il frutto consapevole di un disegno che dispone i diritti secondo un'ottica individualista.

L'art. 17, poi, riprende quel riferimento utilizzando l'espressione «ogni persona» («ogni individuo» nella versione del 2000 della Carta), che definisce chiaramente la dimensione individualista della proprietà, adottando la prospettiva soggettiva dei poteri del proprietario, già propria dei codici ottocenteschi.

Questa dimensione individualistica viene anche evidenziata dalla Corte di Strasburgo la quale, tuttavia, attraverso una lettura attenta dell'art. 1 del Primo Protocollo addizionale della Carta dei diritti fondamentali dell'UE⁶⁶, pone in evidenza l'apertura ad una dimensione collettivistica della proprietà laddove prevede il diritto degli Stati di disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale, oltre all'ovvio riferimento alla pubblica utilità che giustifica la privazione della proprietà.

La Corte europea sembra anche riconoscere un ulteriore spazio garantito alla dimensione sociale della proprietà affermando che il rispetto dei beni da parte dello Stato non è assoluto, perché è consentito l'intervento statale secondo il principio del giusto equilibrio tra le esigenze della collettività e il principio della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo.

Attraverso il principio del giusto equilibrio la Convenzione contempera l'interesse individuale e quello della collettività con specifico riguardo alla proprietà. Tuttavia, la Convenzione non indirizza questo bilanciamento, ad esempio prevedendone la finalità di assicurare la «funzione sociale» come nell'art. 42, comma 2, della Costituzione italiana; si limita piuttosto a porre una tutela

⁶⁶ Articolo 1 - Protezione della proprietà

“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.”

minima, che, come visto, non ha potuto orientarsi in senso marcatamente sociale per le divisioni fra i suoi redattori. Il bilanciamento necessitato dall'incontro fra l'interesse individuale e quello collettivo si traduce unicamente nell'attribuire agli Stati contraenti un margine di apprezzamento delle esigenze che giustificano le misure incidenti sul diritto al rispetto dei beni vantato dal proprietario.

3.1 Dimensione sociale della proprietà: la sintomatica evoluzione in tema di indennità per l'espropriazione.

L'influenza del diritto europeo si è manifestato con particolare evidenza in relazione a taluni profili della disciplina della proprietà, fra i quali emerge quello relativo alla problematica definizione dell'indennità in caso di privazione della stessa per ablazione.

Il tema del ristoro del proprietario è, infatti, diretta espressione del modo di concepire la proprietà, poiché una prospettiva più attenta alla dimensione sociale del diritto ammette che il singolo sopporti un peso maggiore di quanto invece consentito dall'accoglimento di una prospettiva individualistica, più protesa ad assicurare soddisfazione al singolo proprietario.

L'art. 42, comma 3, Cost. prevede la corresponsione dell'indennizzo, ma senza indicare alcun criterio per la sua determinazione, consegnando al Legislatore ordinario il compito di determinare il giusto temperamento tra l'interesse pubblico e quello dei privati proprietari.

La giurisprudenza costituzionale relativa a questo tema si è sviluppata nel tempo, dapprima secondo direttrici proprie e più di recente assorbendo l'elaborazione sovranazionale, in particolare della Corte di Strasburgo. Si è così consolidata la tendenza ad assegnare progressivamente maggiore attenzione alle ragioni del proprietario, applicando criteri sempre più favorevoli ad esso per la determinazione dell'indennità, a scapito dell'interesse collettivo alla riduzione della spesa per gli interventi rivolti alla soddisfazione dell'interesse generale.

Prima dell'influenza sovranazionale, la giurisprudenza della Corte (e con essa quella dei Giudici amministrativi ed ordinari), benché in costante evoluzione

e talvolta con significative oscillazioni, era sostanzialmente costante nell'escludere che l'indennizzo dovesse pervenire alla riparazione integrale della perdita patrimoniale subita dal privato in ragione dell'espropriazione; la prospettiva adottata da quella giurisprudenza era, infatti, quella che considerava inammissibile "che proprio la Costituzione, con tutte le finalità di progresso sociale che la ispirano, abbia inteso, relativamente all'indennizzo, arrestarsi e ritornare al criterio della effettiva corrispondenza al valore venale dell'immobile, che già le leggi precedenti, nella considerazione di finalità sociali, avevano superato" (Corte cost., sent. n. 61 del 1957).

Successivamente all'intervento del legislatore ordinario con la Legge n. 865 del 1971⁶⁷ che ha parificato il trattamento dei terreni agricoli e di quelli edificabili, riducendo, così, l'indennità per i proprietari di suoli destinati alla costruzione, la Corte ha approfondito i propri precedenti modificando la formula dell'indennizzo "non simbolico" o "irrisorio" con la diversa prospettiva, in chiave positiva e non più meramente negativa, dell'indennizzo congruo, che doveva rappresentare un serio ristoro per il proprietario .

Un diverso modello di indennizzo si è invece consolidato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo; si è visto come l'art. 1 del Prot. n. 1 alla Cedu non contempli espressamente il diritto di chi subisca la privazione della proprietà a ricevere un indennizzo, ma si è considerata la giurisprudenza della Corte europea che, invece, ha affermato quest'obbligo, in favore sia dei cittadini di Stati diversi da quello espropriante sia dei cittadini dello Stato espropriante; nel primo caso, in virtù del rinvio ai principi generali del diritto internazionale operato dal citato art. 1, nel secondo caso, in applicazione del principio di proporzionalità, che discende dal necessario rispetto del giusto equilibrio fra l'esigenza di salvaguardia della proprietà e l'interesse generale.

⁶⁷ L'art. 16, commi 5, 6 e 7, l. n. 865 del 1971 (come modificato dall'art. 14, l. n. 10 del 1977), disponeva che «L'indennità di espropriazione, per le aree esterne ai centri edificati di cui all'art. 18, è commisurata al valore agricolo medio di cui al comma precedente corrispondente al tipo di coltura in atto nell'area da espropriare. / Nelle aree comprese nei centri edificati l'indennità è commisurata al valore agricolo medio della coltura più redditizia tra quelle che, nella regione agraria in cui ricade l'area da espropriare, coprono una superficie superiore al 5 per cento di quella coltivata della regione agraria stessa. / Tale valore è moltiplicato per un coefficiente: da 2 a 5 se l'area ricade nel territorio di comuni fino a 100 mila abitanti; da 4 a 10 se l'area ricade nel territorio di comuni con popolazione superiore a 100 mila abitanti.»

Nel disegno della Corte europea, quindi, la determinazione del l'indennizzo, in caso di privazione della proprietà di un cittadino straniero avviene, secondo i principi generali del diritto internazionale, che sembrano tuttora prevedere, nonostante la loro difficile ricostruzione, il criterio dell'indennizzo pronto, adeguato ed effettivo, tendenzialmente prossimo al valore di mercato del bene, salvo che particolari circostanze, quali ad esempio un processo di nazionalizzazione o un evento imprevedibile, ne giustifichino la riduzione.

Il principio di proporzionalità richiede, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, che l'ammontare dell'indennizzo sia proporzionale al valore reale del bene, perché, diversamente, la privazione della proprietà costituirebbe un'ingerenza eccessiva nel diritto dell'individuo; tuttavia, non è escluso che in taluni casi l'indennizzo non corrisponda al valore integrale del bene, perché legittimi obiettivi di pubblica utilità o di giustizia sociale possono spostare il bilanciamento fra interesse del singolo e interesse della collettività in favore di quest'ultimo, sicché in questi casi il giusto equilibrio è raggiunto a un livello più basso per il proprietario e la misura privativa risulta proporzionata allo scopo perseguito solo se l'indennità è ridotta rispetto al valore integrale del bene.

In questo modo la Corte europea assicura in concreto che le Autorità nazionali possano bensì dare soddisfazione alle esigenze della collettività, ma senza addossare al singolo individuo danno eccessivo.

I principi formulati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di indennizzo sono poi stati recepiti nel diritto comunitario, che, tuttavia, ha apportato significative modifiche al modello convenzionale, in ragione della prospettiva sbilanciata in favore della dimensione individualistica: in particolare, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, all'art. 17, afferma espressamente, come accennato in precedenza, l'obbligo di indennizzo per la perdita della proprietà – che può avvenire solo «per causa di pubblico interesse» e «nei casi e nei modi previsti dalla legge» –, prevedendo “il pagamento in tempo utile di una giusta indennità”.

3.2 L'adattamento della Corte Costituzionale

La Corte Costituzionale italiana si è progressivamente adeguata al modello europeo di indennizzo in caso di privazione della proprietà, dimostrandosi sensibile, in particolare, alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'avvicinamento a quel modello è stato compiuto dalla Corte minimizzando le pur rilevanti divergenze con la propria pregressa giurisprudenza: la Consulta, infatti, ha fatto leva sul carattere relativo del bilanciamento fra l'interesse generale sotteso all'espropriazione e l'interesse privato, già affermato in talune decisioni, al fine di giungere al risultato di valutare l'adeguatezza dei criteri di calcolo dell'indennizzo con riguardo al contesto storico, istituzionale e normativo, aprendo alle novità di matrice europea, ma secondo una presunta linea di continuità con il proprio consolidato indirizzo.

Con la nota sent. n. 348 del 2007 la Corte Costituzionale ha di fatto conformato l'Ordinamento nazionale al giudicato europeo dichiarando l'illegittimità costituzionale dei criteri di calcolo dell'indennità di esproprio per le aree edificabili dettati dall' art. 5-bis del d.l. 333 del 1992, poi migrato nel testo unico in materia di espropriazione (art. 37, commi 1 e 2, d.P.R. 327 del 2001).

Nonostante il tentativo di trattenere la decisione nel solco tracciato dalla sua pregressa giurisprudenza, la Corte ha in effetti adattato il proprio percorso argomentativo alle pronunce della Corte Europea contraddicendo la sua precedente impostazione: nella sent. n. 283 del 1993 escludeva che il criterio di calcolo dell'indennizzo dettato dal cit. art. 5-bis fosse apparente, irrisorio o meramente simbolico, perché capace di esprimere “il massimo di contributo e riparazione che, nell'ambito degli scopi di generale interesse, la p.a. può garantire all'interesse privato”, di modo che l'indennità era bensì inferiore al valore venale del bene, ma non era astratta e del tutto svincolata da tale valore, realizzando un ragionevole bilanciamento fra l'interesse pubblico e quello privato; nella decisione del 2007, invece, afferma che quel criterio “non supera il controllo di costituzionalità in rapporto al ‘ragionevole legame’ con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il “serio ristoro” richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte”, giungendo,

pertanto, alla declaratoria di incostituzionalità, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., perché “il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà”.

Sicché oggi, dopo la dichiarazione di incostituzionalità e il successivo intervento del legislatore (con legge 24 dicembre 2007, n. 244), l'indennità di espropriazione per le aree edificabili è determinata, sempre dall'art. 37 del t.u. in materia di espropriazione, nella misura pari al valore venale del bene, mentre quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del venticinque per cento.

Una volta affermata questa tendenza all'adeguamento alla giurisprudenza europea, la Corte costituzionale ha facilmente esteso il medesimo percorso argomentativo ad ulteriori aspetti dell'indennità per l'espropriazione.

In primo luogo, il ragionevole legame con il valore del bene non deve essere rispettato dal Legislatore solo per le aree edificabili, ma è un principio che abbraccia anche la determinazione dell'indennità per l'esproprio delle aree agricole o non edificabili.

Pertanto, la Corte costituzionale non dimentica il ruolo fondamentale che la funzione sociale deve svolgere nella disciplina della proprietà secondo l'art. 42 Cost.: nella sent. n. 348 del 2007 si premura di collegarla espressamente al principio supremo che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale, scolpito nell'art. 2 Cost.

Il bilanciamento fra la funzione sociale e l'adattamento alle decisioni di Straburgo è definito dalla Corte secondo il criterio della proporzionalità, nel quale si risolve in ultima analisi il teorema della tutela più intensa dei diritti: ad avviso del Giudice delle leggi, il Legislatore avrebbe dovuto ponderare nuovamente l'equilibrio fra interesse individuale dei proprietari e funzione sociale della proprietà, con l'obiettivo di arrivare ad un giusto mezzo che fosse espressivo del margine d'apprezzamento lasciato dalla CEDU agli Stati affinché la singola Parte contraente potesse discostarsi dallo standard generale, permettendo alla funzione sociale di recuperare uno spazio che altrimenti sarebbe stato svilito.

4. I beni comuni nel diritto positivo – 4.1 il codice

Così correttamente inquadrata la disciplina costituzionale ed i principi che regolano la proprietà e la sua funzione sociale la trattazione impone una breve disamina delle norme del codice civile che si occupano dei beni.

I beni comuni – anche nelle prospettazioni più comprensive dei loro sostenitori - rappresentano una *species* all'interno dell'ampia categoria generale dei beni. Pertanto la ricerca dei *commons* nel nostro Ordinamento non può prescindere dall'analisi di alcune posizioni dottrinali circa il criterio di definizione della nozione di bene giuridico e da una breve ricognizione del diritto positivo.

L'art. 810 c.c. è il dato di partenza in quanto enuncia la definizione di 'beni' come "cose che possono formare oggetto di diritti".

La dottrina tradizionale riteneva che dalla definizione in esame potesse desumersi la nozione di bene giuridico in generale, inteso come "qualsiasi entità materiale o ideale giuridicamente rilevante"⁶⁸. Secondo altra dottrina, invece, essa sarebbe priva di valore prescrittivo, non rivestendo la funzione di criterio normativo generale di qualificazione dei beni in senso giuridico⁶⁹, ma rappresenterebbe lo strumento per verificare perché e in che modo le cose sono "beni" secondo l'ordinamento giuridico e, quindi, possono essere oggetto di diritti⁷⁰.

La dottrina prevalente distingue nettamente il concetto di "bene" da quello di "cosa", in quanto "vi sono cose le quali non sono beni e quindi non possono formare oggetto di diritti. D'altra parte vi sono beni, i quali non sono cose"⁷¹.

⁶⁸ BIONDI, *I beni*, in Tratt. Vassalli, IV, Torino, 1953, p. 15.

⁶⁹ SCOZZAFAVA, *Dei beni*, in Comm. Schlesinger, sub art. 810 c.c., Milano, 1999, p. 5; JANNARELLI, *La disciplina dei beni tra proprietà e impresa nel codice del 1942*, in AA.VV., *Lecture di diritto privato*, Bari, 1994, p. 97

⁷⁰ COSTANTINO M., *I beni in generale*, in Tratt. Rescigno, I, Torino, 2005, p. 3

⁷¹ A. Vesto, *I beni dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Giappichelli Editore Torino, 2014, p. 15. In senso conforme P. Perlingeri, *Manuale di diritto privato*, (a cura di) P. Perlingeri – F. Ruscello, VI Ed., ESI, Napoli, 2007 p. 169, ove si legge che "la nozione di bene fa riferimento alle cose ed ai diritti: i beni non sono tutte le cose ma soltanto quelle che possono costituire oggetto di diritti. I beni non si identificano necessariamente con le entità materiali. Il termine cosa è generico ed è usato come sintesi verbale per indicare tutto ciò che, di materiale o di immateriale può formare oggetto di diritti: tanto una casa o una automobile quanto la paternità di un'opera dell'ingegno o l'etere e l'energia elettrica. Sotto questo profilo i beni si distinguono in materiali, cui si riferiscono le cose corporali, e immateriali, cui si ricollegano le cose incorporali".

Tuttavia, nell'applicazione pratica, le due nozioni vengono spesso confuse e adoperate come sinonimi. Una dottrina minoritaria, nonché meno recente, li reputa invece quali termini intercambiabili, valutazioni della medesima entità giuridica⁷².

Il concetto di cosa prescinde da valutazioni giuridiche, trattandosi di un'entità pre-giuridica⁷³, che si identifica in una porzione della realtà materiale⁷⁴. Più precisamente, poi, alcuni Autori evidenziano come tale porzione debba essere strutturalmente e funzionalmente suscettibile di sfruttamento autonomo⁷⁵.

In tempi meno recenti, la dottrina si divideva anche in ordine alla possibilità di configurare le cose immateriali come beni. Alcuni Autori, basandosi sulla considerazione che l'immaterialità le rendeva insuscettibili di essere oggetto di diritti reali, negava tale possibilità⁷⁶; altri Autori invece, partendo dal presupposto che la nozione di cosa, cui si rifà l'art. 810 c.c. non è naturalistica, ma economica e sociale, opponevano l'oggettività giuridica delle entità immateriali ammettendo l'esistenza della relativa categoria⁷⁷.

La dottrina moderna concorda con l'ultima tesi esposta, sostenendo che nella nozione dettata dall'art. 810 c.c. il termine “cosa” è usato in modo generico e sta ad indicare tutto ciò che, di materiale o immateriale, può formare oggetto di diritti. La conferma di ciò si rinviene all'interno dello stesso codice civile che, a titolo puramente esemplificativo, all'art. 814 considera beni mobili anche le “energie naturali che hanno valore economico”; all'art. 2800 ipotizza quale oggetto del pegno un diritto di credito⁷⁸.

Che la “cosa” costituisca l'oggetto indispensabile del bene e vada quindi intesa in senso ampio, ne dà conferma storica il diritto romano che con il vocabolo

⁷² BIONDI, op. cit., 15, ma contra NATOLI U., *La proprietà*, Milano, 1976, p. 70

⁷³ ZENO ZENCOVICH, *Cosa*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, p. 443

⁷⁴ SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1976, p. 55

⁷⁵ MAROI, *Cosa*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1938, 356; FERORELLI, *Le reti dei beni nel sistema dei diritti. Teoria e prassi delle nuove risorse immateriali*, Bari, 2006, p. 80.

⁷⁶ FRANCESCHELLI, *Beni immateriali. Saggio di una critica del concetto*, in *Riv. dir. industriale*, 1956, I, p. 394;

⁷⁷ DE MARTINO, *Beni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 810 c.c., BolognaRoma, 1976, p. 3; M. ARE, alla voce *Beni immateriali*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, p. 244.

⁷⁸ P. Perlingeri, *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 164.

res esprimeva i più svariati concetti: dalle entità materiali (*res quae tangi possunt*) a quelle immateriali (*res quae tangi non possunt*).

Accanto alla menzionata distinzione che fa leva sulla materialità/immaterialità del bene, il codice civile si sofferma sul dato formale della titolarità dei beni distinguendoli in pubblici o privati.

Ciò che emerge con chiarezza dal dato positivo è che non tutti i beni possono essere indifferentemente pubblici o privati; il codice civile, infatti, elenca alcuni beni per cui è preclusa la proprietà dei privati in quanto non possono che essere pubblici. Il criterio discriminante è costituito dall'appartenenza pubblica del bene o meglio dalla natura pubblica del soggetto a cui il bene appartiene. Ne discende che – nella logica del codice civile - un bene è pubblico quando è di proprietà di un ente pubblico.

Il codice civile dedica il secondo capo – artt. 822-831 – del titolo relativo ai beni in generale ai beni appartenenti allo Stato e agli enti pubblici.

L'art. 822 c.c. contiene un'elencazione tassativa dei beni demaniali i quali sono caratterizzati dal fatto di essere beni immobili o universalità di mobili appartenenti necessariamente ad enti pubblici territoriali (Stato, Regioni, Province e Comuni). Tali beni si distinguono in beni demaniali necessari, di proprietà esclusiva dello Stato, e beni demaniali accidentali. Fanno parte del demanio necessario, di cui al comma 1 dell'art. 822 c.c., il demanio marittimo, il demanio idrico e il demanio militare.

Il demanio accidentale, invece, comprende quei beni che possono anche non essere di proprietà di enti pubblici territoriali perché possono appartenere a chiunque. Rientrano in questa categoria: strade, autostrade, aerodromi, immobili di interesse storico ed artistico, ecc.

I beni demaniali, essendo collegati funzionalmente al pubblico interesse, soggiacciono ad un regime giuridico particolare: sono inalienabili, non acquistabili per usucapione e non possono formare oggetto di espropriazione forzata da parte dei privati.

I beni patrimoniali dello Stato e degli enti pubblici sono tutti gli altri beni che non hanno la caratteristica della demanialità e si distinguono in beni patrimoniali indisponibili e beni patrimoniali disponibili. I primi sono beni

pubblici mobili o immobili e possono appartenere a qualsiasi ente pubblico, non solo territoriale (artt. 826, commi 2 e 3, e 830, comma 2, c.c.). In tale gruppo rientrano le foreste, le miniere, le acque minerali e termali, la fauna selvatica, beni di interesse storico, archeologico, artistico, beni militari non rientranti nel demanio militare, edifici destinati a sede degli uffici pubblici, beni costituenti la dotazione del Presidente della Repubblica, aree espropriate dai Comuni nell'ambito dei piani di zona per l'edilizia economica e popolare e dei piani per gli insediamenti e di beni di interesse naturalistico e ambientale. Il regime giuridico di questi beni è previsto dall'art. 828 c.c. secondo cui "non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano".

I beni patrimoniali disponibili hanno invece carattere residuale e possono appartenere allo Stato e agli enti pubblici allo stesso modo in cui possono appartenere a soggetti privati e non essendo gravati da un vincolo di destinazione sono commerciabili, alienabili, usucapibili e soggetti ad esecuzione forzata.

4.2 Forme di proprietà ed uso collettivi riconosciute – Gli Usi civici

Ugo Mattei, Maria Rosaria Marella, Ermanno Vitale, Stefano Rodotà affrontano la vasta problematica dei beni comuni in chiave non solo giuridica ma anche ideologica, senza tuttavia trattare neppure marginalmente la tematica degli usi civici, che per tradizione consolidata costituisce il principale esempio, ben radicato nella storia, di proprietà collettiva. Come evidenziato in dottrina⁷⁹ "l'impressione che si ricava [...] è che, complessivamente, si vogliono escludere gli usi civici dal novero dei beni comuni cui i predetti autori fanno riferimento, quasi che l'esperienza storico-giuridica di cui gli assetti proprietari collettivi sono stati e sono ancora espressione sia riduttiva rispetto all'ampiezza della dimensione attuale dei beni comuni".

⁷⁹ Marinelli F., *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2, 2013, p. 407.

Invero, dall'esame dell'esperienza giuridica formatesi nel corso degli anni intorno agli usi civici si può cogliere una forte assonanza tra tali fattispecie e i beni comuni.

Gli usi civici sono disciplinati dalla L. 16 giugno 1927, n. 1766, dal r.d. 26 febbraio 1928 n. 332, che ha approvato il regolamento per l'esecuzione della legge, e dalla l. 10 luglio 1930 n. 1078, recante norme sulla definizione delle controversie in materia di usi civici.

Secondo una nota definizione, sarebbero tali “i diritti spettanti a una collettività, organizzata o no in una persona giuridica pubblica a sé ma comunque concorrente a formare l'elemento costitutivo di un comune o di altra persona giuridica pubblica, ed ai singoli, che la compongono, e consistenti nel trarre alcune utilità elementari (...) dalle terre, dai boschi o dalle acque di un determinato territorio (...). Contenuto dell'uso civico è, quindi, il godimento a favore della generalità e non di un singolo o di singoli (...). Ciò non toglie che i singoli componenti quella determinata collettività abbiano, proprio per il fatto che vi appartengono, il diritto *uti singuli* di esercitare i diritti suddetti”⁸⁰.

Si parla di uso perché il diritto in esame si manifesta in attività relative al godimento del bene, mentre l'aggettivo civico indica che tale godimento spetta ai componenti della collettività di riferimento, in quanto cittadini.

La legge n. 1766/1927 indica due tipologie di diritti di uso civico: gli usi civici in senso stretto, consistenti in servitù di uso pubblico su terre di proprietà privata, e il demanio civico, costituito da diritti di uso e di godimento su terre di proprietà collettiva. Mentre i primi sono soggetti a liquidazioni mediante risarcimento in denaro o in terra a favore della comunità, i secondi sono stati fortemente valorizzati e sottoposti alla normativa di tutela dell'Ambiente e del Paesaggio.

Il contenuto di questi diritti collettivi è vario: facoltà di pascolo, di alpeggio, di far legna, di raccogliere fronde o erba, di spigolare, di seminare. Si tratta di una destinazione partecipata da parte di tutti coloro che usufruiscono del bene allo scopo di garantire il godimento del bene stesso alle future

⁸⁰ Flore, Siniscalchi e Tamburrino, *Rassegna di giurisprudenza sugli usi civici*, Roma, 1956, p. 3.

generazioni, senza che sulle terre sottoposte ai vincoli degli usi civici vi sia un controllo pubblico o privato.

La proprietà dei beni di uso civico è una proprietà vera e propria e, al pari della proprietà individuale, viene trascritta nei registri immobiliari ed ha una sua circolazione sia pure limitata e sottoposta ad atti autorizzatori.

L'insieme dei soggetti comproprietari non è stata individuata come persona giuridica, e quindi il bene è normalmente amministrato dall'ente esponenziale della collettività e, cioè, il Comune.

Al riguardo il T.A.R. Torino ha precisato tuttavia non è necessariamente o esclusivamente la cittadinanza a costituire il requisito per poter partecipare all'uso civico riconoscendo valore al rapporto qualificato e prolungato con il bene : “la collettività locale, della quale il comune è ente esponenziale, normalmente coincide con l'insieme degli abitanti che formalmente possono essere identificati con i ‘residenti’ , ma ciò non esclude la rilevanza delle più ampie formazioni sociali che possono trovare la loro identificazione nel fatto di possedere immobili (beni civici) e di godere dei diritti (usi civici) acquistati ab origine attraverso il godimento prolungato e l'uso del territorio circostante, ed anche tali formazioni collettive trovano nel Comune il proprio ente esponenziale; pertanto, la nozione cittadini, nella legge sugli usi civici, può essere intesa in senso comprensivo anche delle collettività esorbitanti rispetto alla popolazione anagrafica, ma che trovano la propria identità giuridica proprio nel possesso dei beni e nella titolarità di diritti di uso civico”⁸¹.

Essendo oggetto di diritti collettivi, i beni di uso civico non sono usucapibili dal singolo⁸², non sono alienabili e non possono circolare senza specifiche autorizzazioni.

La caratteristica principale degli usi civici è costituita da un peculiare vincolo di destinazione: l'originaria destinazione agricola, soprattutto relativa a boschi e pascoli, è stata sostituita da una destinazione di tipo ambientale, dapprima contenuta nella legge 8 agosto 1985 n. 431 (c.d. Legge Galasso) e poi affermata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 1° aprile 1993 n. 133.

⁸¹ Tar Torini, Sez. 2, sent. n. 610 del 6 maggio 2016.

⁸² Masi A., *Il possesso degli usi civici*, in Usi civici ieri e oggi, p. 21.

La stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 156 del 1995, ha stabilito che gli usi civici sono strumenti di conservazione della forma originaria del territorio e, quindi, strumenti di tutela dell'ambiente. Ancora, con la sentenza n. 310 del 2006, i giudici costituzionali hanno previsto che la disciplina statale di riferimento tende a garantire l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici contribuendo ad una vera tutela ambientale partecipata.

Le peculiari caratteristiche poste dalla disciplina sostanziale degli usi civici si riverberano sul piano processuale basato su un processo di tipo commissariale. La Legge n. 1766 del 1927, infatti, attribuisce la giurisdizione in materia ai commissari regionali per gli usi civici a cui originariamente erano attribuite sia funzioni amministrative che giudiziarie.

I commissari svolgevano in prevalenza funzioni amministrative, ma quando nel corso delle operazioni sorgevano contestazioni su diritti dovevano risolverle in via incidentale come giudici sospendendo nel frattempo il procedimento.

Nell'ordinamento vigente i commissari sono nominati dal CSM (Consiglio Superiore della Magistratura). Nel sistema di cui all'art. 27 1. cit. i commissari, scelti fra magistrati ordinari di grado non inferiore a consigliere di Corte d'appello, erano nominati con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministero dell'Agricoltura e col consenso del Consiglio Superiore della Magistratura (e in precedenza dal Ministero di Grazia e Giustizia). Dopo il trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni operato dal d.P.R. n. 616/1977, i commissari sono nominati dal CSM: la Corte costituzionale, investita della questione, ha infatti ritenuto incostituzionale l'art. 27 nella parte in cui attribuiva il potere di proporre la nomina dei commissari al MAF che oramai non ha più le funzioni amministrative in materia⁸³.

Con l'attuazione dell'ordinamento regionale, la situazione è cambiata e le funzioni amministrative sono state trasferite pressoché integralmente alle Regioni. Il trasferimento ha avuto luogo dapprima nelle Regioni a statuto speciale dove gli

⁸³ Corte Costituzionale, sent. 13 luglio 1989, n. 398, in Foro it., 1989, I, 3028.

usi civici sono stati trasferiti come materia autonoma : nella Regione Trentino-Alto Adige le funzioni sono state trasferite direttamente alle Giunte provinciali di Trento e Bolzano con il d.P.R. 17 luglio 1952, n. 1064 (Norme di attuazione dello statuto speciale per il Trentino Alto Adige in materia di usi civici), ma fino a che non interverrà la normativa provinciale esse sono esercitate in via provvisoria dal Commissario di Trento (art. 1 d.P.R. n. 1064/1952, cit.).

Nelle Regioni a statuto ordinario il trasferimento ha avuto luogo, incorporando gli usi civici nella materia agricoltura, con la legislazione delegata sul decentramento amministrativo (art. 1, ult. co., d.P.R. 15 gennaio 1972, n. 11, e art. 66, 5° e 6° co., d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616). Le funzioni amministrative sono state così separate da quelle giurisdizionali e lasciate solo queste ai commissari: il commissario è rimasto sì giudice con poteri inquisitori, compreso quello di sollevare d'ufficio controversie, ma in continuità di rapporti con l'amministrazione regionale. La funzione giurisdizionale è sempre incidentale a quella amministrativa (ora regionale).

Al riguardo, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione si sono così pronunciate “All’atto della loro costituzione (l.n. 1766 del 1927) erano state demandate ai commissari per la liquidazione degli usi civici funzioni amministrative e giudiziarie; dopo il trasferimento delle prime alle Regioni (ai sensi del d.p.r. 616 del 1977, articolo 66) l’ufficio del commissario è rimasto operante solo come organo di giurisdizione speciale per la risoluzione delle controversie affidate alla sua cognizione (cioè, di tutte le controversie circa la esistenza, la natura e la estensione dei diritti di cui all’art. 1 l. n. 1766 del 1927, comprese quelle nelle quali sia contestata la qualità demaniale del suolo o l’appartenenza a titolo particolare dei beni delle associazioni, nonché tutte le questioni a cui dia nuovo lo svolgimento delle operazioni loro affidate) . Da tale ambito esula il compito di curare la completa esecuzione delle proprie decisioni e di quelle anteriori, ma non ancora eseguite, affidato ai commissari poiché anche per le pronunce emesse nell’esercizio della funzione giurisdizionale la esecuzione dà luogo ad attività che di per sé non richiedono la risoluzione di controversie. Resta, invece, attribuito ai commissari per gli usi civici, nella materia dell’esecuzione delle decisioni da loro stesse adottate in sede giurisdizionale, il

compito di decidere sulle opposizioni eventualmente proposte dalle parti interessate”⁸⁴.

La decisione tratteggia in modo compiuto la competenza del commissario regionale degli usi civici rispetto alla quale ha avuto modo di intervenire significativamente anche la giurisprudenza amministrativa: “In materia di usi civici, quando la controversia concerne un rapporto pubblicistico tra le parti che ha ad oggetto l’esercizio del potere amministrativo, ne consegue l’attribuzione della giurisdizione al G.A.; diversamente, rientrano nella giurisdizione del commissario regionale degli usi civici le controversie che implicano la necessità di decidere con efficacia di giudicato sull’esistenza, natura ed estensione del diritto di uso civico” (T.A.R. Cagliari Sez. I, sentenza n. 78 del 28 gennaio 2016). Ed ancora: “sussiste la giurisdizione del commissario per la liquidazione degli usi civici nella controversia avente ad oggetto la rivendicazione da parte di privati della piena proprietà di terreni in ragione dell’insussistenza su di essi di vincoli di uso civico” (Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 128 del 18 gennaio 2016).

Dopo il trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni è stata posta in discussione la permanenza dei poteri di ufficio del commissario per quanto attiene il promovimento dei giudizi. Sul punto la Corte Costituzionale⁸⁵ ha, tuttavia, dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 29 l. 16 giugno 1927 n. 1766, nella parte in cui consente al commissario regionale per gli usi civici di iniziare d’ufficio i procedimenti giudiziari che egli stesso dovrà decidere, in riferimento agli art. 24 e 111 Cost. e 6 CEDU.

4.2.1 Usi civici e beni comuni

Dall’esame della disciplina degli usi civici si possono trarre agevolmente le assonanze e le differenze con la materia dei beni comuni. In particolare, l’elemento accomunante va individuato nella funzione che è quella di permettere l’utilizzo collettivo del bene in misura ragionevole, cioè garantendone un uso

⁸⁴ Cass. Civ. SS.UU. sentenza n. 23112 del 12 novembre 2015.

⁸⁵ Corte Costituzionale, sentenza n. 21 del 11 febbraio 2014.

sostenibile che lo perpetui nel tempo, permettendo, così, un suo affidamento alle generazioni future. Essi, invece, si differenziano nella struttura in quanto gli usi civici rappresentano una proprietà collettiva riferita ad una specifica comunità, mentre i beni comuni, nella rappresentazione voluta dalla dottrina, costituiscono una proprietà - ovvero un uso, godimento ed una gestione - comune, diffusa, senza una specifica comunità di riferimento a meno di non voler intendere come comunità l'intera comunità umana. Il che pone il problema della gestione di tali beni in quanto, come osservato in dottrina, "se l'affermazione di principio sulla proprietà diffusa è certamente condivisibile, stabilire chi amministri tali beni e chi risolve i conflitti appare maggiormente complesso, ed a volte potrebbe essere addirittura insolubile. Infatti, non è detto che, una volta affermato il carattere comune e diffuso di determinati beni, questi vengano gestiti pacificamente, in quanto singole comunità possono ritenersi proprietarie esclusive di tali beni, e comunque si ritengono in diritto di affermare i propri usi esclusivi, e dunque di negare l'accesso di altri soggetti e di altre comunità"⁸⁶.

Vi è quindi la necessità di tratteggiare una gestione dei beni comuni che sia compatibile con il loro utilizzo presente e futuro.

Parafrasando il pensiero di Vitale, chi è colui che ha il compito di amministrare tali beni? La risposta forse potrebbe cercarsi proprio nella disciplina degli usi civici che, in armonia con il principio di sussidiarietà, attribuisce l'amministrazione del bene all'ente esponenziale della collettività, ossia al Comune. Ciò potrebbe consentire una certa aderenza tra il soggetto "amministratore" e la collettività di cui è espressione al fine di avvicinare il più possibile l'amministrazione dei beni comuni a livello della comunità utilizzatrice, evitando al contempo che l'utilizzo di risorse proprie di una comunità venga deciso a livelli di governo superiori spesso lontani dai luoghi che tali beni esprimono ed estranei rispetto a coloro che in tali luoghi vivono.

Tuttavia gli stessi sostenitori dei beni comuni respingono già in linea di principio l'idea di attribuire ai Comuni una competenza piena in materia. Vi è in effetti una non ingiustificata diffidenza rispetto alle Amministrazioni (anche e soprattutto a quelle locali che non hanno dato buona prova di sé negli ultimi

⁸⁶ F. Marinelli, *Usi civici e beni comuni* in *Rass. Dir. Civ.*, 2, 2013, p. 416.

decenni – basti pensare al caso Roma). Non viene riconosciuta ai Comuni la dovuta capacità in termini di efficienza, trasparenza e tutela dei reali interessi della collettività di riferimento. La ricerca del “consenso” ha troppo spesso e troppo a lungo allontanato gli amministratori locali dalla capacità di programmare il medio e lungo termine e di conseguire il “giusto”, il “proficuo” ed il “bello” dal punto di vista ambientale e culturale per la comunità.

Gli usi civici tuttavia potranno costituire un utile riferimento storico da utilizzare per i beni comuni come modello ma da migliorare se possibile anche in termini di semplificazione delle procedure.

5. Il dibattito sui beni comuni: oltre il pubblico ed il privato

All'interno del quadro giuridico sopra evidenziato, che identifica il concetto di bene giuridico e lo assegna indifferentemente al pubblico o al privato (con la particolare disciplina degli usi civici che, tuttavia, vanno via via scemando per effetto di riscatti, vendite, modifiche della struttura sociale e perdita di alcune tradizioni) , si inserisce il dibattito sui beni comuni ed il tentativo, non privo di difficoltà, di parte della dottrina di individuare per essi un proprio spazio autonomo.

Tale difficoltà viene così evidenziata dall'autore Prospero: “Scorrono fiumi di parole, con metafore spesso connotate da una irriducibile ambiguità semantica, sui beni comuni: inevitabile destino quando ci si imbatte in un concetto con sfumature militanti”⁸⁷.

I beni comuni, di cui oggi si discute, trascendono dal dato positivo e si insinuano entro una nozione allargata di pubblico e di privato determinando una serie di inevitabili problematiche e implicazioni importanti che, spesso, prescindono da un dato fattuale e concreto invadendo piani non prettamente giuridici ma valoriali-politici e, quindi, astratti.

⁸⁷ M. Prospero, *Beni comuni. Tra ideologia e diritto*, in Beni comuni tra costituzionalismo e ideologia (a cura di) N. Genga, M. Prospero, G. Teodoro, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p.1.

Il problema centrale nel teorizzare un diritto dei beni comuni e, quindi, nel costruire uno statuto giuridico degli stessi, è stato infatti, fin dagli inizi, superare la concezione secondo la quale la proprietà privata individuale fosse l'unica forma giuridica possibile della relazione tra cose e persone, e mettere in risalto, al contrario, quella tensione tra l'individualismo e la solidarietà, fra la proprietà esclusiva e la proprietà comune, che pervade l'intero sistema giuridico.

5.1 *The New Property*

Il tentativo di coniare nuovi tipi di proprietà è stato il tema centrale già a partire dalla seconda metà del 1900, periodo, appunto, in cui si iniziano a intravedere nuovi beni giuridici quali, ad esempio, i beni c.d. dell'“*informazione e della conoscenza*”, e dunque, i beni della proprietà letteraria e industriale c.d. “*tipici*”, ma anche tutti i nuovi beni immateriali tra cui le invenzioni biotecnologiche e i software,

Al riguardo, volgendo lo sguardo al passato, il concetto di *New Properties* e la loro prima elencazione vengono da un celebre saggio di Charles Reich, secondo cui si possono definire *new properties* utilità quali: a) “Occupational licenses”; b) “Drivers' licenses”; c) “Franchises”; d) “Income and benefits”; e) “Subsidies”; f) “Jobs”; g) “Services”; h) “Contracts”; i) “Use of public resources”⁸⁸.

Alla base della proposta di Reich, fortemente influenzata dal contesto socio-politico di riferimento che è l'America degli anni Sessanta, in cui lo Stato non è più il “*gendarme*” dell'ideologia liberale, ma è divenuto uno degli attori fondamentali nei processi di distribuzione della ricchezza, vi è la constatazione che un numero crescente di individui fonda una parte del proprio benessere su sussidi, sgravi fiscali, incentivi, contratti pubblici, licenze di commercio, abilitazioni all'esercizio di professioni, autorizzazioni all'utilizzo di risorse pubbliche; che tali elargizioni (*largess*) sono diretta emanazione dello Stato; e che

⁸⁸ *The New Property*, pubblicato su *The Yale Law Journal*, nell'aprile 1964 (Vol. 73, No. 5, pp. 733-787).

vi è una scarsità effettiva di garanzie giuridiche a tutela dei soggetti privati cui tali utilità sono attribuite, a fronte di una ampia discrezionalità amministrativa che, in nome di un quasi mai ben definito interesse pubblico, può privare questi soggetti della fonte principale od esclusiva del loro benessere. All'esito di queste considerazioni, la richiesta finale di Reich è, appunto, quella di riconoscere a tali utilità lo status di *new properties*, di nuove proprietà, o, forse più correttamente da un punto di vista definitorio, di nuovi beni.

Esaminare il tema delle nuove proprietà partendo dal contributo di Reich significa imbattersi da subito nei principali aspetti problematici che una tale teorica porta con sé. Tra questi, ve n'è uno di portata generale, che ritroveremo nella teoria dei beni comuni, che origina dalla difficoltà di applicare le regole previste per la proprietà a cose che cose non sono, almeno nell'accezione classica, di oggetto materiale (*rectius*, cosa corporale), che la dottrina era solita riservare a questo termine. Esso costituisce l'aspetto critico fondamentale di tutte le teorie sulle nuove proprietà e i nuovi beni, ed è appunto determinato dal fatto che l'oggetto di proprietà non è costituito da un bene materiale, bensì dalla titolarità di utilità immateriali – incentivi, sussidi, contratti pubblici, licenze, autorizzazioni, nel caso di Reich, ovvero altre utilità immateriali, come ad esempio i beni della proprietà intellettuale, in altre teorizzazioni – che, nonostante la loro non corporeità, sono suscettibili di procurare una utilità economica al soggetto cui sono attribuite.

Tale novità viene, peraltro, ripresa da Rodotà secondo cui “Quando nel 1964 Charles Reich pubblica (...) *The New Property* ormai sono in molti ad aver colto il nuovo ruolo dello Stato come diretto dispensatore di ricchezza, sia attraverso il canale della spesa pubblica, sia attraverso le varie forme di autorizzazione all'ingresso in settori di attività economicamente rilevanti” ; lo studioso americano prende le mosse proprio da questa realtà fatta di *largesses* per evidenziare come, nei sistemi giuridici odierni, in effetti, alcune delle esigenze individuate da Reich ricevono già soddisfazione; prova ne sia il fatto che la disciplina proprietaria si espande oltre il suo alveo tradizionale”⁸⁹ .

⁸⁹ S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 5-6, Itinerari moderni della

Il pensiero di Reich, pertanto, secondo lo studioso italiano, è fondamentale perché, con esso, si mette in luce la necessità di iniziare a guardare con occhio più attento la realtà moderna; di considerare che il concetto di proprietà non può arrestarsi al binomio pubblico-privato; che l'emersione di nuovi beni necessita di attenta indagine da parte del Legislatore.

5.2 Un *tertium genus*?

Proprio a partire da Stefano Rodotà, in Italia, inizia la cosiddetta era dei “benecomunisti”, rispetto ai quali, tuttavia, una parte della dottrina, in chiave alquanto critica afferma testualmente: “Nelle società contemporanee una delle qualità più importanti che deve avere una corrente di pensiero per imporsi all’attenzione dell’opinione pubblica è la sua capacità di essere trendy, cioè di apparire come innovativa nel panorama culturale, simpatetica verso i migliori sentimenti della collettività, risolutiva dei problemi che maggiormente angustiano il tempo presente [...] Il problema è accertare se dietro queste apparenze si celi una reale sostanza oppure l’appeal sociale di cui gode sia il frutto di un pensiero accattivante ma evanescente”⁹⁰.

Il problema interpretativo sorge, infatti, non appena ci si imbatte nel concetto stesso di bene comune, sotto la cui espressione vengono solitamente fatti rientrare principi, diritti fondamentali, entità materiali e concretamente tangibili, così come beni di difficile appropriazione concreta che sfuggono a identificazioni concettuali e definizioni lessicali, ossia beni immateriali.

Ebbene, tali difficoltà si evincono anche dall’analisi della proposta formulata dalla Commissione Rodotà nel 2007 che elabora uno schema di legge delega di riforma della disciplina dei beni pubblici con il precipuo intento di positivizzare la categoria dei beni comuni all’interno della dicotomia bene pubblico/bene privato.

proprietà, tomo II, 1976-77, 881-917, ora anche in *Il terribile diritto*, Bologna, 1990 (seconda edizione accresciuta rispetto alla prima del 1980), 47-74

⁹⁰ C. Martinelli, *Beni comuni e diritto pubblico*, in *I beni comuni oltre i luoghi comuni* (a cura di) E. Somaini, IBL Libri, 2015, p. 65.

Al criterio soggettivo, che individua i beni in base alla loro appartenenza/titolarità, il testo di legge propone di sostituire un diverso criterio, di tipo oggettivo, basato sulla destinazione del bene stesso e sulla sua capacità di far fronte alle esigenze della comunità. Ciò comporta che laddove il bene esprima solo utilità economiche mercantilistiche, allora tale bene sarà interamente disciplinato dal diritto comune, a prescindere dalla gestione che potrà essere privata o pubblica; viceversa, se il bene manifesta solo utilità sociali o comuni, allora la gestione di questo bene deve essere solo pubblica e non privata.

Sul piano sistematico, il regime giuridico dei beni comuni dovrebbe costituire, quindi, un *tertium genus* rispetto alla proprietà pubblica e privata; “il loro nemico è sempre la micidiale tenaglia tra la proprietà privata che legittima i comportamenti più brutali della moderna corporation, e la sovranità statale, che instancabilmente collabora con la prima per creare sempre nuove occasioni di mercificazione e privatizzazione dei beni comuni”⁹¹.

Ebbene, tale ricostruzione manifesta aspetti di fragilità sotto alcuni profili: in *primis* si trascura in maniera netta lo stretto legame tra proprietà privata e la sfera comune non considerando che, in realtà, da un lato la proprietà privata è “incastonata in un sistema di beni comuni”⁹² e dall’altro lato l’utilizzo dei beni comuni richiede sempre l’impiego di beni posseduti personalmente; in secondo luogo, il canone della novità attraverso la teorizzazione della necessità di andare oltre il pubblico e il privato e, quindi, la costruzione di una categoria autonoma di bene comune, sarebbe nient’altro che una *fiction*: la commissione, infatti, prevedendo nel testo di legge che “titolari dei beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o oggetti privati” compie, inconsciamente, un passo indietro verso quel criterio soggettivo già presente nel codice civile, annullando la stessa categoria dei beni comuni, i quali finiscono per ricadere nell’alveo del pubblico o del privato.

Ma uno degli ambiti in cui maggiormente emergono le criticità dell’“impostazione Rodotà” è quello cui si guarda espressamente come punto di riferimento, ossia il diritto costituzionale. Ed infatti, dopo aver riconosciuto che la

⁹¹ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma- Bari, Laterza, 2011, pp. Xii,xv.

⁹² E. Somaini, *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, cit. pp.27 e ss.

Costituzione, sotto il profilo della concezione della proprietà, si presenta come binaria ai sensi dell'art. 42, si afferma che il successivo art. 43 farebbe emergere una terza dimensione laddove prevede che, per finalità di utilità generale, la legge possa “riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, a enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio e abbiano carattere di preminente interesse generale”. Tale norma, se letta in combinato disposto con l'art. 42 e con i riferimenti da essa operati alla funzione sociale e alla necessità di renderla accessibile a tutti, giustificherebbe la terza via dei beni comuni.

È proprio sul concetto di accesso che si concentrano le critiche della dottrina avversa secondo la quale viene operata una forzatura interpretativa della Costituzione e si realizza Una insanabile contraddizione”⁹³ laddove si riconosce da una parte che con la locuzione in esame il Costituente “volesse alludere alla necessità per tutti e ciascuno di poter divenire titolari del diritto su un bene secondo il modello di proprietà solitaria”⁹⁴, ma, per altro verso, si afferma che “l'accesso costituzionalmente previsto ben può essere inteso come strumento che consente di soddisfare l'interesse all'uso del bene indipendentemente dalla sua appropriazione esclusiva”⁹⁵.

Non si riuscirebbe comunque a spiegare perché dalla separazione tra godimento-accesso e proprietà dovrebbero sorgere nuove figure giuridiche, da sempre, infatti, esistono nell'ambito del diritto positivo, figure e istituti giuridici che contemplano questa distinzione, come la locazione, il noleggio o l'usufrutto: “Se vogliamo prendere sul serio questa ricostruzione dobbiamo concludere che il Costituente, mentre includeva nel testo e disciplinava normativamente la libertà di iniziativa economica privata, la sua funzione di sviluppo sociale, i suoi rapporti con quella pubblica, la proprietà pubblica e privata, in realtà pensava a un superamento di tutto ciò a favore di un mondo in cui sarebbero esistiti solo bisogni e diritti, nessuno si sarebbe preoccupato di produrre beni per il loro soddisfacimento perché esistenti in natura o creati spontaneamente a prescindere

⁹³ C. Martinelli, *Beni comuni e diritto pubblico* cit. pp. 71 e ss.

⁹⁴ Rodotà, *Il terribile diritto*, pp. 462,463

⁹⁵ *Ibidem*

da qualunque interesse di tipo egoistico, appartenenti a tutti e a nessuno, e l'unico compito che avrebbe dovuto assolvere il diritto sarebbe stato di trovare gli strumenti procedurali per consentire a tutti di goderne"⁹⁶.

Il disegno di legge Rodotà si propone di innovare la definizione di bene contenuta nell'art. 810 c.c., ricomprendendovi anche le cose immateriali "le cui utilità possono essere oggetto di diritti".

Orbene, se si procede ad esaminare le opinioni dei diversi autori che sostengono tale prospettiva, ci si trova dinnanzi a un complesso eterogeneo di beni, valori, interessi la cui natura è talmente diversa che appare difficile l'individuazione di un fondamento unificante. Ed inoltre, occorre sottolineare come tali beni vengano già presi in considerazione da parte del Legislatore che li inquadra all'interno di categorie ben precise come i diritti sociali o individuali, il demanio, la proprietà privata, la tutela dell'ambiente.

Rodotà, inoltre, definisce i beni comuni attraverso i diritti fondamentali: "i beni comuni sono cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona"⁹⁷. La persona, i diritti e il rapporto con i beni ad essi funzionali si rivelano essere al centro di quel "costituzionalismo dei bisogni" cui auspica l'autore, che scrive: "intorno ai diritti diviene così possibile la costruzione di una identità costituzionale che non implica chiusura, che non isola le persone, ma produce legami sociali"⁹⁸. Ed ancora: "Non siamo allora, di fronte ad una semplice associazione tra diritti fondamentali e beni comuni, bensì alla produzione di beni comuni attraverso i diritti fondamentali"⁹⁹.

Egli ritiene, quindi, che dal fatto che un bene sia fondamentale quel bene debba essere considerato come comune e la sua gestione debba essere sottratta alla logica di mercato.

A proposito di questa lettura Maria Rosaria Marella porta l'attenzione su un possibile rischio considerando che "la tecnica dei diritti fondamentali gioca sul

⁹⁶ *Ibidem*

⁹⁷ Commissione Rodotà 2007, *Relazione di accompagnamento al disegno di legge*.

⁹⁸ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Editori Laterza, Bari, p. 69 e ss.

⁹⁹ S. Rodotà, *Verso i beni comuni*

terreno individuale e perciò occulta o trascura la dimensione collettiva che dovrebbe invece connotare la gestione dei beni comuni”¹⁰⁰.

Di pari avviso Belardinelli secondo cui “Il fatto che l’acqua sia un bene fondamentale ci autorizza forse a concludere che la sua gestione pubblica o comune sia da considerarsi, a priori, migliore di una gestione privata, basata su regole di mercato?”¹⁰¹.

5.2.1 Una critica illuminista

Ma la critica più radicale ai ‘benecomunisti’ è sollevata da Ermanno Vitale il quale, nel suo testo dal titolo emblematico *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, dedica al Manifesto di Ugo Mattei pagine tanto puntuali quanto sarcastiche. Le quattro domande che egli rivolge a Ugo Mattei meritano di essere riportate per intero: “Che cosa diavolo sono i beni comuni? Un manifesto dei beni comuni dovrebbero dircelo con la massima chiarezza possibile, ma l’elenco di entità tanto disparate – seguita per giunta da ‘puntini puntini’ – che troviamo nelle conclusioni non rassicura. [...] A chi sono comuni i (o quali) beni comuni? A piccole comunità tradizionali, come nei casi studiati da Ostrom, alla nazione, a collettività (idealmente)sovrnazionali come l’Unione Europea, all’umanità in quanto tale? O l’affermazione dei beni comuni implica un moto rivoluzionario che ridisegni tutta la nostra tavola dei poteri politici e delle competenze istituzionali? Vediamo se si trova qualche indizio in tal senso, perché rispondere ‘alle moltitudini che ne hanno necessità’, al netto della retorica, non vuol dire nulla. [...] Chi amministrerà i beni comuni? Certo non lo Stato burocratico, autoritario o colluso, ma allora chi? Tutti i consoci (i comunardi?) direttamente, come pare indicare l’espressione ‘governo partecipato dei beni comuni’, cioè in forme di democrazia assembleare, o saranno ammesse deleghe ad un ‘esecutivo’ e forme di rappresentanza, con o senza vincolo di mandato? [...] la quarta domanda riguarda il terreno più solido e delimitato del costituzionalismo. Si fa riferimento all’art. 43

¹⁰⁰ Maria Rosaria Marella, *Per un diritto dei beni comuni*

¹⁰¹ S. Belardinelli *Chi sono i benicomunisti*, in *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, pp.113-114.

della Costituzione Italiana [...]. Francamente mi pare che, anche a voler forzare un'interpretazione, lo spazio che la Costituzione Italiana riserva all'eventualità dei beni comuni sia residuale. Ahimè, la proprietà è pubblica o privata. [...] che ne vogliono fare i benecomunisti della nostra Costituzione? Continuare a tenerla in onore, forse trasformandola nella delicatissima prima parte (perché fino all'art. 54 siamo nella prima parte), o scriverne una nuova, una costituzione rivoluzionaria, prendendo magari a modello le osannate costituzioni dell'Equador e della Bolivia”¹⁰².

6. La giurisprudenza sui beni comuni

Al di là delle polemiche dottrinali si deve in ogni caso prendere atto del fatto che il concetto di bene comune sta entrando con sempre maggiore forza nella sensibilità della pubblica opinione ed anche la giurisprudenza ha in qualche modo, inevitabilmente, recepito e fatta propria tale sensibilità

Un fondamentale arresto in tema di beni comuni è rappresentato dalla sentenza n. 3665 pronunciata dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite il 14.02.2011.

6.1 Cassazione SS. UU. n. 3665/2011

Con tale sentenza la Corte ha deciso sul contrasto sorto tra una società privata (A.M.A. Azienda Marina Averte s.r.l.) e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia del Demanio e la Regione Veneto, in merito all'appartenenza o meno al demanio marittimo di una delle numerose valli da pesca (la Valle Averte) ubicata nella parte meridionale della laguna di Venezia.

¹⁰² E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 33-35.

Entrando nel merito della questione, il ricorrente sottopone alla Suprema Corte, tra gli altri, due quesiti di diritto fondamentali così formulati: <<datosi atto che nessuno atto statale è mai intervenuto per dichiarare la demanialità della Valle Averte dopo l'entrata in vigore dei due codici del 1942, dica la Corte se nello statuto costituzionale italiano ed europeo della proprietà, sia ammissibile che la mera classificazione legale di un bene demaniale statale sia idonea di per sé in quanto descrizione classificatoria, a togliere la proprietà al precedente proprietario e ad attribuirlo allo Stato e ciò anche senz'alcun intervento provvedimentoale e senza dar luogo a nessuna indennità di acquisizione>>; segue il secondo quesito così sintetizzato <<dica la Corte se sia compatibile con lo statuto costituzionale italiano ed europeo della proprietà, che la Valle che pur rivestisse i caratteri della demanialità necessaria (dato non solo non ammesso ma fermamente contestato), resti necessariamente demaniale fino a classificazione formale, anche nel persistente (per oltre mezzo secolo) disinteresse (mancata declaratoria di demanialità e mancata tutela della stessa) dello Stato ed anche a fronte di molteplici atti autorizzativi di interventi assolutamente incompatibili con la demanialità; dica se alla luce della evoluzione complessiva e sistematica dell'ordinamento le disposizioni denunciate (artt. 829 c.c. e 23 c.n.) possano considerarsi ancora vigenti>>.

A tali quesiti le Sezioni Unite rispondono sancendo la natura demaniale delle valli da pesca in questione, sottolineandone la finalità pubblica-collettivistica, finalità non rimovibile dall'attività dell'uomo o dall'inerzia o dalla tolleranza dell'ente pubblico che ne è titolare.

La Corte, ricostruendo il quadro normativo, giunge ad affermare il principio per cui i beni non si devono classificare col criterio della loro titolarità, bensì con quello della funzione e degli interessi ad essi collegati.

In particolare, dopo aver richiamato le tre categorie civilistiche dei beni pubblici (demaniale, patrimoniale indisponibile e patrimoniale disponibile) ed il relativo regime giuridico ed aver precisato che, per quanto riguarda il demanio marittimo, assumono rilievo gli artt. 28-35 c.n. e, per quanto riguarda la laguna, l'art. 28, co. 1°, lett. d), c.n., la Corte ritiene che non sia più possibile limitarsi, in tema di individuazione dei beni pubblici o demaniali, all'esame della sola

disciplina codicistica del 1942, risultando indispensabile integrare la stessa con le varie fonti dell'ordinamento ed in particolare con le norme costituzionali. Anche se la Costituzione non contiene un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, "tuttavia - afferma la Corte - dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del "paesaggio", con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa - codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività".

La Corte pone, in particolare, l'accento sull'art. 9 Cost., per il quale la Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione, affermazione contenuta nell'ambito dei principi fondamentali che negli ultimi anni ha costituito fondamento per una ricca legislazione culminata con il codice dei beni culturali e del paesaggio¹⁰³.

Le Sezioni Unite richiamano anche l'art. 42 Cost., il quale, affermando che la proprietà è pubblica o privata, implicitamente riconosce una diversità di fondo tra i due tipi di proprietà, nonché l'art. 117 che, per come modificato dalla legge costituzionale 18.10.2001 n. 3, ha attribuito alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali (2° comma), mentre ha ricondotto alla competenza legislativa concorrente Stato-Regioni la valorizzazione dei beni culturali e ambientali (3° comma); a seguire l'art. 118, 3° comma, Cost. il quale dispone che la legge statale disciplina forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Da tale quadro costituzionale - ad avviso della Corte - emerge l'esigenza interpretativa di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente

¹⁰³ Il richiamo va al D. Lgs. 29.10.1999, n. 490, poi abrogato, a decorrere dal 01.05.2004, dal D.Lgs. 22.01.2004, n. 42.

patrimoniale proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica.

Occorre superare la dicotomia beni pubblici/privati, in quanto circoscritta alla mera titolarità dei beni, per giungere ad una nozione funzionale di beni fornita dalla stessa Corte secondo la quale “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”.

In altri termini un bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice civile, quanto per essere fonte di un beneficio per la collettività.

Aggiunge la Corte “del resto, già da tempo, la dottrina ma anche la stessa giurisprudenza hanno fatta propria l’idea di una necessaria funzionalità dei beni pubblici, con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività, sino ad ipotizzare casi di gestione patrimoniale dei beni pubblici (come la loro alienazione e cartolarizzazione)”.

In tale prospettiva le Sezioni Unite richiamano l’art. 825 c.c., il quale analizza la figura giuridica dei diritti demaniali su beni altrui. La norma citata assoggetta al regime del demanio pubblico anche i diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti quando essi “sono costituiti per l’utilità di alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi”.

La prima ipotesi di riferisce alle servitù prediali: qualunque servitù fra un fondo appartenente allo Stato, alla provincia o al comune e altro appartenente a un privato ha carattere demaniale, solo se il fondo dominante sia costituito da un

bene demaniale. A titolo esemplificativo si possono menzionare le servitù a favore dei fiumi e di altri corsi di acqua.

La seconda ipotesi riguarda i diritti reali di godimento: questi devono essere rivolti al conseguimento di fini di pubblico interesse, cui normalmente servono i beni demaniali. Il più importante fra questi è il diritto di uso pubblico gravante sulle strade vicinali, che hanno la caratteristica di essere strade di proprietà privata e tuttavia soggette al pubblico transito. Titolare di questo diritto di uso è il comune, a cui apposite leggi speciali attribuiscono particolari poteri per regolarne l'esercizio nonché per assicurare la manutenzione delle strade.

“Mentre nelle servitù pubbliche risulta evidente la distinzione tra titolarità del diritto di proprietà e uso pubblico sulla cosa altrui, tale distinzione – afferma la Corte – è meno netta negli usi civici che [...] presentano la caratteristica della non appartenenza, a titolo di proprietà individuale, a persone fisiche od enti in quanto spettanti ad una comunità di abitanti che ne godono collettivamente”.

Il richiamo a tali figure giuridiche¹⁰⁴ è cruciale in quanto consente di individuare, nell'ordinamento vigente, norme che consentono il godimento e la fruizione di beni da parte della collettività, con la conseguenza che – conclude la Corte – “il solo aspetto della demanialità non appare esaustivo per individuare beni che, per loro intrinseca natura, o sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della stessa collettività”.

L'aspetto dominicale della tipologia del bene cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il pieno sviluppo della persona umana (art. 2 Cost.).

La Corte giunge alla conclusione per cui le valli da pesca, essendo costituite da bacini di acqua salsa o salmastra comunicanti (anche se non per tutto l'anno, nonostante l'esistenza di chiuse e/o analoghi meccanismi idraulici approntati dai privati) con il mare, ne presentano le medesime utilizzazioni,

¹⁰⁴ Le Sezioni Unite, oltre a soffermarsi sulle servitù pubbliche e sui diritti di uso pubblico, fanno un breve accenno alle aree protette regolate dalla Legge Quadro 6 dicembre 19941, n. 394 il cui art. 1, comma 1, prevede che possono essere individuate aree naturali protette sottoposte a particolari vincoli, la cui costituzione, però, non modifica l'appartenenza proprietaria delle aree medesime; non si creano quindi, diritti demaniali su beni altrui, ma vincoli finalizzati alla tutela del paesaggio⁹⁰ e della salute dei consociati.

secondo una oggettiva conformazione fisica ai servizi pubblici del mare, con la conseguente attrazione (ad eccezione delle zone emerse dall'acqua) alla relativa natura pubblica¹⁰⁵.

In dottrina¹⁰⁶ è stato affermato che la pronuncia n. 3665/2011 delle Sezioni Unite si colloca nella stessa direzione del disegno di legge elaborato dalla Commissione Rodotà istituita presso il Ministero della Giustizia con decreto del Ministro, il 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici.

Tanto la soluzione delle Sezioni Unite, che i lavori della Commissione Rodotà, evidenziano la tendenza al superamento della tradizionale classificazione dei beni pubblici¹⁰⁷.

6.2 Un criterio di classificazione dei beni comuni

Al di là della specifica vicenda concernente le valli della laguna di Venezia e della ricostruzione storica del quadro normativo, la sentenza n. 3665/2011 Cass. SS. UU. è importante per il fondamentale contributo che fornisce nel dibattito sul concetto di bene comune e per il principio di diritto enucleato per cui i beni non si devono classificare col criterio della loro titolarità, bensì con quello della funzione e degli interessi ad essi collegati.

Tale principio viene ribadito dalle stesse Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione nella sentenza 3811 del 16.02.2011 con cui viene risolto il contrasto sorto tra una società privata (Blue Valley s.r.l.) e il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e

¹⁰⁵ App. Venezia, 10.06.2008, in *Dir. Maritt.*, 2009, 782, con nota di Morbidelli, *Sulla natura privata delle valli da pesca <<morte>> della laguna veneta*; T. Greco-M. Greco, *La storia immutata delle valli da pesca dalla serenissima ad oggi*, in *Corr. Giur.*, 2011, p. 799. In generale sul demanio marittimo, si rinvia a Di Dio, *Il quadro normativo sulla tutela del demanio idrico fluviale*, in *Riv. Giur. Amb.*,

¹⁰⁶ Fimiani P., *Beni pubblici e privati. Criteri di individuazione della demanialità di un bene*, 2012.

¹⁰⁷ Cerulli Irelli, *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in *Econ. Pubbl.*, 1990, p. 523.

l'Agenzia del Demanio, in merito all'appartenenza al demanio marittimo delle valli da pesca site nella laguna Nord di Venezia.

Nello specifico i termini della questione possono così sintetizzarsi: la società privata chiedeva accertarsi il proprio diritto di proprietà su una valle di pesca ubicata nella laguna di Venezia, deducendo di esserne proprietaria sulla base di regolari titoli di compravendita risalenti sino al diciannovesimo secolo; deduceva altresì che, in base alla legislazione speciale per la Laguna veneta (L. n. 366/1963) nonché per la sua conformazione morfologica e per l'assenza di libera comunicazione con la laguna, la valle di pesca era estranea al demanio marittimo, essendo altresì inidonea agli usi marittimi quali la navigazione, la balneazione e la pesca c.d. vagantiva.

Le Amministrazioni convenute si costituivano in giudizio assumendo che l'attrice occupava i beni immobili in questione senza alcun titolo, trattandosi di beni appartenenti al demanio; a tal fine richiamavano l'artt. 28 c.n. in base al quale sono compresi nel Demanio marittimo il lido, la spiaggia, i porti, le rade, le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa e salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano con il mare ed infine i canali utilizzabili ad uso comune marittimo.

La questione è stata decisa e motivata dalla Corte con le stesse argomentazioni enucleate nella sentenza n. 3665/2011, così concludendo “in definitiva, le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico, inteso in senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali. Detta natura di tali beni (come del resto per tutti i beni pubblici) ha la sua origine costitutiva nella legge, quale ordinamento composto da una pluralità di fonti [...], sulla base della sussistenza all'attualità di determinate caratteristiche (fisiche-geografiche) in concreto previste dal legislatore, e prescinde quindi da disposizioni e provvedimenti di ordine amministrativo, come già affermato da questa Corte (in particolare, Cass. N. 1228/1990, ove si afferma che l'inclusione di un bene nel demanio naturale discende della presenza delle connotazioni fisiche

al riguardo considerate dalla legge, indipendentemente da atti ricognitivi o formalità pubblicitarie)”.

6.3 Le occupazioni culturali – Il caso del Cinema Palazzo

Nell’ambito delle c.d. “occupazioni culturali” realizzate negli ultimi anni da movimenti collettivi che si sono riattivati per la riappropriazione di spazi destinati alla cultura (tra le altre quelle del teatro Valle, dell’Angelo Mai, del Teatro Lido di Ostia, del S. a. l.p.S.e. Docks di Venezia del Coppola di Catania, del Collettivo La balena di Napoli, del Macao a Milano) i sostenitori della tesi benecomunista hanno invocato come particolarmente significativa e favorevole la vicenda del Cinema Palazzo sito nel quartiere San Lorenzo di Roma. Il Cinema Palazzo era stato occupato da parte di un gruppo di studenti e artisti del quartiere San Lorenzo il 1 aprile 2011. La società Camene S.p.a. affittuaria dell’immobile ha agito nei confronti di alcune persone indicate quali co-autori dello spoglio in via possessoria chiedendo la reintegrazione nel possesso e denunciando uno spoglio illegittimo e violento.

Il Tribunale di Roma ha rigettato l’azione possessoria. Alcuni passaggi della sentenza del Tribunale di Roma del 08.02.2012 nella parte motiva hanno introdotto spunti di riflessione e occasione di compiacimento per gli occupanti.

Così il Tribunale di Roma “si deve rilevare che l’interesse alla base dell’azione dimostrativa consistente nell’occupazione dell’edifici è di natura politica, non patrimoniale o egoistica: i dimostranti ... rivendicano la conservazione della tradizionale vocazione culturale dell’ex Cinema Palazzo. Non ricorre pertanto l’ipotesi del vantaggio patrimoniale che astrattamente qualifica il contributo dato allo spoglio da chi non né è materialmente autore”, aggiunge il Tribunale che l’azione di spoglio non appariva la più idonea atteso che non erano agevolmente identificabili gli autori dello spoglio e in ogni caso “l’ordine dato nei loro confronti non varrebbe nei confronti degli altri ed in ogni caso non contro gli attuali occupanti che non hanno partecipato all’azione violenta del 15.04.2011”.

Malgrado le citate aperture, il Tribunale di Roma ha chiaramente qualificato la fattispecie esaminata come “una situazione illecita” ed ha rigettato il ricorso ex art. 1168 c.c. più per motivi di difetto di legittimazione passiva che per altro: “l’azione intrapresa dalla ricorrente strumentale alla reintegrazione nella detenzione può rivolgersi esclusivamente nei confronti degli autori dello spoglio; contro gli occupanti abusivi che allo spoglio risultano estraneo è data l’ordinaria azione di rilascio di un bene occupato sine titolo”.

Ciò fa escludere una particolare valenza a favore della tesi voluta da alcuni sostenitori dell’occupazione. Infatti il Tribunale inevitabilmente ha applicato le norme del nostro ordinamento. Semmai in qualche modo più significativa potrebbe ritenersi, a favore della tesi dei beni comunisti, l’archiviazione del procedimento penale intervenuta per motivi attinenti al difetto dell’elemento psicologico del reato.

Gli occupanti hanno poi, decorso un anno dalla citata sentenza del Tribunale di Roma, agito essi nei confronti della società titolare del contratto di locazione del Cinema Palazzo ai sensi dell’art. 1170 del codice civile (azione di manutenzione). Tale azione è consentita in caso di possesso non acquistato in modo violento o clandestino che duri da oltre un anno, che sia continuo e non interrotto; ovvero in caso di possesso acquistato in modo violento o clandestino ma dopo che sia decorso un anno dal giorno in cui la violenza o la clandestinità è cessata. Tale azione, di cui non si conosce l’esito, appare invero difficilmente sostenibile e comunque non sembra poter inficiare un’eventuale azione di rilascio o di rivendicazione in via petitoria infatti con l’azione di manutenzione si può reagire avverso ingerenze di fatto sul godimento della cosa ovvero avverso ingerenze di diritto rappresentata da contestazioni inerenti il possesso tali da esporre a pericolo il godimento del bene. Nelle molestie di diritto rientrano, quindi, solo le contestazioni del possesso mentre sono escluse le azioni petitorie e le altre iniziative dirette a far valere l’insussistenza di un diritto posto a fondamento della situazione possessoria¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Sul punto Cass. 19.02.1999 n. 1409 e Cass. 30.07.2001 n. 10406.

Pertanto, le finalità degli occupanti di conservare il possesso a fronte delle azioni proposte dal proprietario o dall'affittuario del cinema difficilmente potranno essere conseguite con l'azione intentata.

La stessa dottrina favorevole alla c.d. occupazione culturale ha riconosciuto quanto sopra ed ha cercato di individuare nell'ordinamento una soluzione praticabile. La scelta è caduta sul D. Lgs. N. 42 del 22.01.2004. In proposito: "Certamente il cinema Palazzo può essere considerato un bene comune data la sua "tradizionale vocazione culturale", riconosciuta espressamente anche dal Tribunale di Roma nel provvedimento sopra esaminato, sussistente sin dal momento della sua nascita, nel 1939, nella veste dello storico "Teatro Palazzo". Esso è a tutti gli effetti un edificio storico-culturale destinato alla produzione e alla fruizione collettiva di arte e cultura (anch'esse di per sé beni comuni) una soluzione istituzionale praticabile consiste nell'avviare un procedimento volto ad ottenere a favore del cinema Palazzo la c.d. "dichiarazione d'interesse culturale" da parte del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma degli artt. 13 e 14 codice deo beni culturali e del paesaggio (D.Lgs. 22.1.2004 n.42). ai sensi dell'art.10 , comma III lett.d.) di tale normativa, sono degne della dichiarazione di interesse culturale " le cose immobili e mobili, a chiunque appartenenti, che rivestono un interesse particolarmente importante (...) quali testimonianze della identità e della storia delle istituzioni (...) collettive" e quindi, senz'altro, l'ex cinema Palazzo e tutti i vecchi cinema di quartiere che sempre più spesso vengono privati della loro vitalità culturale, adibiti a spazi per il gioco d'azzardo oppure chiusi, abbandonati. La finalità è quella di rendere la "tradizionale vocazione culturale" dell'ex cinema Palazzo un vincolo di destinazione immodificabile, in virtù del divieto sancito al'art.20 codice dei beni culturali e del paesaggio in base al quale "I beni culturali non possono essere distrutti, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione".

Una tale soluzione delegittima gli interessi speculativi del proprietario, il cui bene, in virtù de vincolo di destinazione imposto, da una parte perde di valore di scambio, dall'altra parte non può più essere sottratto all'accesso ed all'uso collettivo.

Più precisamente, la finalità di tutela dell'ex cinema come bene culturale si coniuga al riconoscimento della sua vocazione di bene comune, se all'opportunità di attingere alla disciplina predisposta dal codice dei beni culturali e del paesaggio- il quale è bene ricordarlo, nasce proprio in attuazione dell'art. 9 Cost. che prevede la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico nazionale quale principio fondamentale dell'ordinamento repubblicano- si accompagna una visione del rapporto fra proprietà e accesso ai beni alternativa rispetto al tradizionale paradigma proprietario individualistico ”.¹⁰⁹

¹⁰⁹ La nuova giurisprudenza civile commentata , C. Agabini “la Tutela possessoria e beni comuni, il caso Cinema Palazzo”, 10.10.2012-Anno XXVIII, Riv. Mensile Le nuove leggi civili commentate, pag. 856, ISSN 1593-7305,Cedam.

CAPITOLO TERZO

DALL'AMBIENTE AD INTERNET: I GRANDI TEMI DELLA DISCIPLINA VIGENTE

1. I beni comuni nelle singole fattispecie

La Giurisprudenza citata nel capitolo che precede viene invocata dalla dottrina che sostiene la teoria dei beni comuni come un riconoscimento da parte della Magistratura della correttezza della teoria e della vigenza nell'Ordinamento Italiano di norme che la riconoscono.

In effetti i precedenti richiamati si può dire che contengano “il germe” del bene comune e comunque che riconoscano in qualche modo, e con tutte le distinzioni tra i vari casi, una valenza all'uso collettivo dei beni oggetto delle controversie.

Tuttavia è necessario riconoscere e rilevare anche che in tutti i casi esaminati da detta giurisprudenza ci si riferiva a fattispecie particolari e specifiche ed a beni gestibili e gestiti da una relativamente ridotta e qualificata quantità di utenti.

I beni di più ampio respiro, quali l'ambiente, l'acqua, i campioni biologici, internet, pure invocati da molti come beni comuni hanno specifiche caratteristiche e portano con sé, tutti, molteplici e complesse peculiarità e problematiche.

Essi sono in gran parte disciplinati dall'Ordinamento vigente che offre una tutela ampia e variegata indipendentemente dalla qualifica di bene comune o meno e, probabilmente, addirittura più efficace di quella piuttosto genericamente auspicata dai sostenitori dei beni comuni, in quanto tiene conto appunto necessariamente e realisticamente anche degli aspetti economici e sociali, oltre che di quelli politici ed ideologici.

Senza possibilità in questa sede, o ambizione, di esporre con completezza tutta la disciplina vigente in tali materie, appare tuttavia utile alla comprensione

del dibattito richiamare quanto meno gli spunti più rilevanti rinvenienti nelle diverse norme vigenti, anche alla luce della giurisprudenza formatasi. Sarà così possibile una più consapevole riflessione sul fatto se si avverte davvero l'esigenza di intervenire in tali, così differenti e di per sé complesse, materie, con l'introduzione del c.d. *tertium genus* del "bene comune" e con un affidamento della loro gestione in qualche modo condiviso tra comunità da individuare.

Per la loro rilevanza ed attualità la breve disamina riguarderà i temi dell'ambiente, dell'acqua, dei campioni biologici e di internet.

2. Ambiente

Non si può dubitare che il diritto ad un ambiente salubre sia un diritto immanente della persona umana (*inherent right*), come il diritto alla vita (*right to life*) ed il diritto alla salute (*Human right to health*). L'accrescimento della popolazione e il progressivo ed inarrestabile ampliamento della produzione agricola ed industriale, con sfruttamento delle risorse naturali a livello globale si pongono inevitabilmente in contrasto con un ambiente salubre (*international solution problem*).

Prescindendo dal risalente dibattito circa l'esistenza e la distinzione tra *bona communia* (ontologicamente oggetto di proprietà collettiva) e *bona naturalia*, tra giusnaturalisti e positivisti (*res privatae natura nullae*)¹¹⁰, si tratta di verificare quali siano gli strumenti esistenti e comunque più idonei per garantire la piena tutela ambientale. Infatti, riconosciuta preliminarmente la necessità di una trattazione internazionale e globale della materia, si dovrebbe procedere alla individuazione dei soggetti legittimati a richiedere la tutela e, passivamente, a resistere, per poi provvedere a precisare come la tutela possa essere realizzata, considerando che, al momento, non esiste un organo giurisdizionale legittimato a conoscere nei termini della globalizzazione le violazioni del diritto all'ambiente

¹¹⁰ H. Donellus, *Opera omnia*, tom. I Florentiae, 1840, lib. IV. Cap. V § VI, c. 702; Cicero, *De Officiis*, I, 7, 21, "Sunt autem privata nulla natura".

salubre. Infine si dovrebbe precisare la natura dell'azione e stabilire se la stessa debba essere interdittiva, ripristinatoria, risarcitoria o tutte e tre le cose insieme.

2.1 La tutela internazionale

Attualmente nel quadro internazionale la protezione del diritto all'ambiente è realizzata solo mediante strumenti pattizi, come tali privi di regime sanzionatorio ed effettiva coerenza (vedi Protocollo di Kioto).

Si tratterebbe, quindi, come indicato da Donati (¹¹¹), di procedere con la individuazione di un organo giurisdizionale internazionale (quale la Corte Internazionale per i Diritti dell'Uomo), che vada ad applicare la dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948 implementata con il diritto all'ambiente salubre.

Si deve procedere, quindi, in sintesi: alla formulazione del diritto all'ambiente salubre come *inherent (human) right*; al suo inserimento nella Dichiarazione Universale Del Diritto dell'Uomo con conseguente sua afferenza al diritto internazionale generale cogente; alla previsione dell'obbligo per tutti gli stati di adeguarsi alle relative prescrizioni e di una sanzione in caso di violazione di tale obbligo; all'insediamento di un tribunale internazionale per la tutela civilistica degli human rights; alla previsione della legittimazione processuale attiva configurata nei termini di *class action* di diritto internazionale.

Appare, dunque, evidente che, quanto meno a livello internazionale il dibattito sul riferimento all'ambiente - inteso quale aria, acqua, boschi, paesaggio e quant'altro - quale bene comune o meno sia del tutto irrilevante, dovendocisi piuttosto preoccupare degli enormi temi riferiti alla esigenza di una effettiva tutela e di individuare gli strumenti giuridici per garantirla. Oggi esiste la Convenzione UNESCO del 16 novembre 1972 che si riferisce alla tutela del patrimonio culturale ed ambientale rimandando, come di seguito sarà meglio evidenziato alla luce degli insegnamenti del Giudice delle Leggi, ai singoli Stati la valutazione della opportunità di specifica protezione dei siti individuati.

¹¹¹ I diritti della terra ovvero di un ambiente salubre nel quadro di una economia globalizzata, contratto ed impresa, 2013, 1, 256.

2.2 La tutela nazionale

A livello nazionale, al contrario, si riscontra una ampia, dettagliata e rigorosa normativa. La tutela dell'ambiente è materia di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art.117, co II, Cost. La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha più volte ed anche di recente tutelato la competenza legislativa esclusiva dello Stato dichiarando la incostituzionalità delle leggi regionali in materia (cfr. Sentenza Corte Cost. 12.10.11 n.263 che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art.1 co. I Legge Regione Liguria del 7.12.10 n.21 “provvedimenti urgenti di aree contigue di parchi naturali regionali” e Corte Cost. sent. del 2.12.11 che ha dichiarato illegittime diverse norme contenute nella legge regionale della Regione Puglia n.19 del 2010 che prevedevano la disciplina del parco naturale “Terra della Gravine”).

La Stessa Corte ha riconosciuto che la tutela dell'ambiente è un valore costituzionale protetto (cfr. sent.n.407/2002; sent. n. 641/1987) per cui la competenza statale sulla tutela dell'ambiente è invasiva su tutte le altre materie che coinvolgono l'ambiente ed il cui uso differenziato potrebbe compromettere la esigenza di uniformità di disciplina su tutto il territorio.

Il Consiglio di Stato in materia di parchi naturali e della Legge Quadro n.9314 del 6.12.1991 ha richiamato, aderendovi, la dottrina che vede nella protezione della natura mediante l'istituzione del parco la forma più alta ed efficace fra i vari possibili modelli di tutela dell'ambiente ed ha stabilito un principio biocentrico ritenendo che le disposizioni della Legge n. 844 tutelano il valore della natura in sé e non esclusivamente in relazione all'uomo¹¹².

¹¹² P. Maddalena, op. cit. 648., op. cit., 649. Cfr., inoltre, G. Diplinio, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, cit., 157, secondo cui la l. n.394 del 1991 “è ispirata alla coniugazione delle più rigide filosofie ecocentriche con una controllata apertura al principio “biocentrico”; op. cit. 649, il riferimento è alle impostazioni non antropocentriche della maggior parte dei filosofi morali dell'ambiente che attribuiscono un valore intrinseco al mondo non umano, rifiutandosi di considerare la natura in termini puramente strumentali; in argomento, v. W. Fox, *fondamenti antropocentrici e non antropocentrici nelle decisioni sull'ambiente*, in C. Poli-P. Timmerman, *l'etica nelle politiche ambientali*, Padova, 1991,117. Alcuni riconducono l'origine delle devastazioni dell'ambiente alle radici giudaico-cristiane del mondo occidentale; per una critica a tali impostazioni, v. P. Dell'Anno, *Principi del diritto ambientale europeo nazionale*, Milano, 2004,136 ss. Secondo cui “la dottrina cattolica non legittima la distruzione del mondo naturale delle sue risorse per finalità egoistiche dell'uomo. In quanto il mondo naturale è creazione di Dio, l'uomo non ne è il padrone assoluto, ma un

In particolare il Consiglio di Stato¹¹³. ha precisato: “non può in sostanza porsi in dubbio che la ragione d’essere della delimitazione dell’area protetta risieda nella esigenza di protezione integrale del territorio e dell’eco sistema e che, conseguentemente, ogni attività umana di trasformazione dell’ambiente all’interno di un’area protetta , vada valutata in relazione alla primaria esigenza di tutelare l’interesse naturalistico, da intendersi preminente su qualsiasi indirizzo di politica economica o ambientale di diverso tipo, sicché in relazione all’utilizzazione economica delle aree protette non dovrebbe parlarsi di sviluppo sostenibile ossia di sfruttamento economico dell’eco- sistema compatibile con l’esigenza di protezione, ma, con prospettiva rovesciata, di protezione sostenibile”, intendendosi con tale terminologia evocare i vantaggi economici che la protezione in sé assicura senza compromissione di equilibri economici essenziali per la collettività ed ammettere il coordinamento fra interesse alla protezione integrale ed altri interessi solo negli stretti limiti in cui l’utilizzazione del parco non alteri in modo significativo il complesso dei beni compresi nell’area protetta.

Lo stesso Consiglio di Stato ha precisato la natura autonoma rispetto a quello delle regioni del potere del Ministro per i beni e le attività culturali di dichiarare il notevole interesse pubblico dei beni paesaggistici previsto dall’art. 38 co. III D. Lgs. 42 /2004 ed ha inoltre chiarito che “la delimitazione dei confini di una zona da sottoporre a vincolo paesaggistico quale “bellezza di insieme” ex art. 136, co. I Lett. D, D.lgs. n.42 /2004 (che non richiede necessariamente l’omogeneità dei singoli elementi) nel senso che non ogni singolo elemento compreso nell’area assoggettata al vincolo deve presentare i caratteri della bellezza naturale) costituisce tipica espressione di una valutazione di discrezionalità tecnica, non sindacabile se on sotto i profili della manifesta illogicità, incongruità, irragionevolezza o arbitrarietà”¹¹⁴.

amministratore che deve gestire con responsabilità e oculatezza le risorse che gli sono state affidate, conservandole per le attuali e le future. generazioni”. In argomento, v. A. Autiero, *esiste un’etica ambientale?*, in V. Domenichelli-N. Olivettirason-C. Poli, *Diritto pubblico dell’ambiente. Diritto etica politica*, Padova, 1996, 7 ss; C. Poli, *Etica ambientale: teoria, politica, pratica*, ivi ,29, ss.

¹¹³ Consiglio di Stato Sez. IV n.7472 del 16 novembre 2004

¹¹⁴ Cons. Stato Sez. VI, 7.3.16 n.916

Come si accennava in precedenza, la Convenzione UNESCO, adottata dalla Conferenza Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la Scienza, e la cultura, riunitasi a Parigi in data 16.11.1972, agli artt. 1 – 2 individua due fondamentali settori di intervento e di necessaria tutela: il patrimonio culturale che comprende monumenti, opere, strutture, agglomerati e siti di valore storico, artistico, scientifico; il patrimonio naturale costituito da formazioni geologiche fisiche e fisiografiche, siti naturali e zone di valore universale dall'aspetto estetico e scientifico e conservativo.

Recentemente la Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art 142 co. 1° del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D. LGS. 22.01.2004 n. 42) ritenuto dal TAR della Campania contrastante con i principi costituzionali nella parte in cui non prevede che fra i beni paesaggistici sottoposti a vincolo *ex lege* rientrino automaticamente i siti tutelati dalla Convenzione UNESCO. La Consulta ha rigettato la questione di incostituzionalità rilevando che in relazione agli artt. 4 e 5 della Convenzione recepita in Italia con legge n. 184 del 06.04.1977 è “riservata al legislatore la valutazione dell'opportunità di una più cogente e specifica protezione dei siti in questione”.

La Consulta ha precisato il quadro normativo di ampia tutela dei beni culturali e paesaggistici in Italia: “nel nostro ordinamento i siti UNESCO non godono di una tutela a sé stante, ma, anche a causa della loro notevole diversità tipologica, beneficiano delle forme di protezione differenziate apprestate ai beni culturali e paesaggistici, secondo le loro specifiche caratteristiche. Per i beni paesaggistici, in particolare, il sistema vigente, che si prefigge dichiaratamente l'osservanza dei trattati internazionali in materia (art. 132, comma 1, del codice dei beni culturali e del paesaggio), appresta anzitutto una tutela di fonte provvedimentale, laddove essi rientrino nelle categorie individuate dall'art. 136, comma 1, del codice, tra cui vi sono, appunto, i centri e i nuclei storici (lettera c) e le bellezze panoramiche o belvedere da cui si goda lo spettacolo di quelle bellezze (lettera d). Questi beni possono poi essere oggetto di apposizione di vincolo in sede di pianificazione paesaggistica (art. 134, comma 1, lettera c, del codice), come si evince anche dall'art. 135, comma 4, ove è previsto che «Per ciascun

ambito i piani paesaggistici definiscono apposite prescrizioni e previsioni ordinate», tra l'altro, «alla individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio, in funzione della loro compatibilità con i diversi valori paesaggistici riconosciuti e tutelati, con particolare attenzione alla salvaguardia dei paesaggi rurali e dei siti inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO». I siti Unesco, infine, sono assoggettati alla tutela di fonte legale di cui all'art. 142, comma 1, del codice dei beni culturali e del paesaggio, se e nella misura in cui siano riconducibili alle relative categorie tipologiche¹¹⁵.

D'altronde la normativa vigente sull'autorizzazione paesistica risultante dal combinato disposto degli artt. 146, co. 12, e dell'art. 167, co. 4° del d.lgs. 42/2004 è senz'altro severa in quanto esclude qualsiasi sanatoria ambientale per opere non preventivamente assentite con la sola eccezione di alcune fattispecie del tutto emarginali. Il principio fondamentale della tutela del paesaggio sancito dall'art. 9 della Costituzione assume carattere di preminenza rispetto agli altri beni giuridici che vengono considerati in ordine alla gestione del territorio. In tal senso la giurisprudenza amministrativa “Giova premettere che la tutela del paesaggio è principio fondamentale della Costituzione (art. 9) ed ha carattere di preminenza rispetto agli altri beni giuridici che vengono in rilievo nella difesa del territorio, di tal che anche le previsioni degli strumenti urbanistici devono necessariamente coordinarsi con quelle sottese alla difesa paesaggistica. La difesa del paesaggio si attua eminentemente a mezzo di misure di tipo conservativo, nel senso che la miglior tutela di un territorio qualificato sul piano paesaggistico è quella che garantisce la conservazione dei suoi tratti naturalistici, impedendo o riducendo al massimo quelle trasformazioni pressoché irreversibili del territorio propedeutiche all'attività edilizia (come gli sbancamenti, le perforazioni funzionali alla realizzazione delle fondamenta, i terrazzamenti ed in genere tutte le opere funzionali alla costruzione di edifici in territorio collinare); non par dubbio che gli interventi di antropizzazione connessi alla trasformazione territoriale con finalità residenziali, soprattutto quando siano particolarmente consistenti per tipologia e volumi edilizi da realizzare, finiscono per alterare la percezione visiva dei tratti tipici dei luoghi, incidendo (quasi sempre negativamente) sul loro aspetto

¹¹⁵ Corte Costituzionale sent. n. 22 del 11.02.2016

estriore e sulla godibilità del paesaggio nel suo insieme. Tali esigenze di tipo conservativo devono naturalmente temperarsi, senza tuttavia mai recedere completamente, con quelle connesse allo sviluppo edilizio del territorio che sia consentito dalla disciplina urbanistica nonché con le aspettative dei proprietari dei terreni che mirano legittimamente a sfruttarne le potenzialità edificatorie”¹¹⁶.

Ancora più recentemente il Consiglio di Stato ha ribadito che “Alla funzione di tutela del paesaggio (che il MBAC qui esercita attraverso esprimendo il suo obbligatorio parere nell'ambito del procedimento di compatibilità ambientale) è estranea ogni forma di attenuazione della tutela paesaggistica determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione: tale attenuazione, nella traduzione provvedimento, condurrebbe illegittimamente, e paradossalmente, a dare minor tutela, malgrado l'intensità del valore paesaggistico del bene, quanto più intenso e forte sia o possa essere l'interesse pubblico alla trasformazione del territorio. Invero, anche nel procedimento in questione (circa il quale è il caso di rammentare il precedente di cui a Cons. Stato, VI, 10 giugno 2013, n. 3205) il parere del MIBAC in ordine alla compatibilità paesaggistica non può che essere un atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica, dove – similmente al parere dell'art. 146 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 – l'intervento progettato va messo in relazione con i valori protetti ai fini della valutazione tecnica della compatibilità fra l'intervento medesimo e il tutelato interesse pubblico paesaggistico: valutazione che è istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto.

Questa regola essenziale di tecnicità e di concretezza, per cui il giudizio di compatibilità dev'essere tecnico e proprio del caso concreto, applica il principio fondamentale dell'art 9 Cost., il quale fa eccezione a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili (cfr. Corte cost., 29 dicembre 1982, n. 239; 21 dicembre 1985, n. 359; 27 giugno 1986, n. 151; 10 marzo 1988, n. 302; Cons. Stato, VI, 18 aprile 2011, n. 2378). La norma costituzionalizza e al massimo rango la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione - e questo richiede, a opera dell'Amministrazione appositamente

¹¹⁶ Cons. Stato Sez. VI 25/02/2013 n.1129

preposta, che si esprimano valutazioni tecnico-professionali e non già comparative di interessi, quand'anche pubblici e da altre amministrazioni stimabili di particolare importanza”¹¹⁷. La visione “costituzionalmente orientata” della materia ancorata all’art. 9 della Cost., inserisce dunque nel nostro Paese la “tutela del paesaggio” tra i principi fondamentali. Seguendo tale indirizzo il Giudice delle leggi, superando il significato meramente estetico di “bellezza naturale”, ha configurato il paesaggio nella sua unitarietà come il “*complesso dei valori inerenti il territorio*”, e l’ambiente come bene “*primario*” ed “*assoluto*”. La Corte Costituzionale – in conformità ai principi costituzionali e con riguardo all’applicazione della Convenzione europea sul paesaggio, adottata a Firenze il 20.10.2000 – ha affermato che l’oggetto della tutela del paesaggio non è il concetto astratto delle “bellezze naturali” ma l’insieme delle terre, acque, vegetazione, beni materiali, cose e le loro composizioni. Pertanto, “la tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, è un valore che precede la tutela – e che comunque costituisce un limite per gli altri interessi pubblici e privati – in materia edilizia, di governo del territorio, e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali”.¹¹⁸

2.2.1 Le riforme più recenti

In tema di tutela dell’ambiente nel nostro ordinamento è significativo l’intervento del Legislatore con la recente legge 6.8.2013 n.96 (cd. Legge europea). In effetti in precedenza il Governo italiano aveva emesso il d.l. 25.9.09 n.135 (cd. Decreto salva infrazione- modifica ambientale) conv. in L. n.166 del 20.11.2009 che all’art. 5 bis consentiva la qualificazione del danno ambientale sulla base del valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti, piuttosto che sul costo presumibile delle misure di riparazione da effettuare in funzione ripristinatoria della matrice ambientale lesa. La Commissione europea era intervenuta con la procedura di infrazione n.2007/4679 rilevando che le

¹¹⁷ Cons. di Stato VI 23/07/2015 n.3652

¹¹⁸ Corte Cost., n. 379/1994; nn. 182, 183/2006; n. 25/2004; Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. 2488/2013

modifiche al codice ambientale introdotte con l'art. 5 bis del d.l. 135/09 creava una frattura con la direttiva comunitaria in quanto introduceva un parametro di quantificazione del danno ambientale diverso rispetto al costo della riparazione. Secondo la Commissione europea la funzione del risarcimento ambientale è quella riparatoria ossia di garantire la effettiva riparazione di un bene collettivo di cui tutti possono usufruire e che non appartiene a nessuno. La procedura di infrazione aveva rilevato come gli artt. 311 e 317 della L. 166/09 contrastassero con la direttiva europea perché consentivano che le misure di riparazione potessero essere sostituite da risarcimenti pecuniari (peraltro l'art. 314 co. III prevedeva un criterio di quantificazione del danno del tutto svincolato dall'entità del danno rilevato e perciò in contrasto con la regola secondo la quale chi inquina paga). La legge n.97/2013 è intervenuta pertanto per adeguarsi alla procedura di infrazione ed ha previsto che chiunque cagioni un danno ambientale con dolo o colpa è tenuto al ripristino senza più alcun riferimento al risarcimento per equivalente e senza alcun richiamo all'art. 2058 cc. Si rimanda ad un Decreto Ministeriale la determinazione dei criteri e dei metodi, anche in valutazione monetaria, per determinare la portata delle misure di riparazione. In sostanza se il responsabile omette di effettuare le misure di prevenzione o riparazione la nuova disciplina prevede che gli si possa chiedere "il risarcimento del danno in forma specifica" con autonomo giudizio e con un'ordinanza di ingiunzione per il pagamento di somme di danaro corrispondenti ai costi delle attività necessarie per conseguire il completo ripristino.

Il nuovo sistema di riparazione conferma e valorizza quell'orientamento che considera già l'ambiente quale bene comune di natura immateriale, inaugurato dalla giurisprudenza costituzionale e confermato di recente dalle Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza già commentata nel capitolo precedente¹¹⁹.

¹¹⁹ Cass., Sez. Un. 14.2.11 n. 3665: "dalla applicazione diretta degli artt. 2,9 e 42 Cost, si ricava il principio della tutela della personalità umana e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche in relazione al paesaggio, con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per la classificazione legislativa-codicistica, il demanio ed il patrimonio oggetto della proprietà dello Stato, ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione, risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento ed al soddisfacimento degli interessi della collettività e che, per tale loro destinazione alla realizzazione dello Stato

L'ambiente si configura infatti come l'oggetto di un dovere, situazione giuridica che trova il suo referente costituzionale nel principio di solidarietà ex art. 2 Cost.¹²⁰

Il punto di partenza non è dunque il singolo ma la comunità degli individui. Come è stato giustamente considerato, infatti l'ambiente, inteso come materia di rilievo costituzionale, è un settore dell'Ordinamento in cui al "diritto, cioè alla facoltà del soggetto, è intimamente collegato il dovere, e la sfera d'azione del singolo non si estrinseca nell'illimitato campo della libertà individuale ma nell'ambito della conservazione della comunità biotica, cioè della vita e della sopravvivenza dell'uomo e della natura". In altri termini, la situazione giuridica che più chiaramente emerge in materia ambientale è quella del dovere

sociale, devono ritenersi "comuni", prescindendo dal titolo di proprietà, risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto ad interessi della collettività"; si vedano i commenti di Carapezza Figlia, *Proprietà e Funzione Sociale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2012, p.535 ss; Cascione, *Le Sezioni Unite oltre il Codice Civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in *Giur. it.* 2011, p. 2506; cfr. la coeva sentenza gemella Cass. Sez. UN. 16.2.11 in Guida al dir. 2011, p.32.

¹²⁰ Fracchia, *Sulla Configurazione Giuridica Unitaria dell'Ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. Econ.* 2002, p.231, l'Autore pone in rilievo anche l'importanza delle fonti comunitarie nella disciplina della materia che hanno portato all'elaborazione di principi ed istituti fondamentali ai fini della ricostruzione effettuata: quali il principio di sussidiarietà, quello di precauzione e di sviluppo sostenibile. Le difficoltà definitorie sono insite nella trasversalità della materia, inidonea ad individuare un oggetto specifico, ma in grado di intervenire in settori distinti; così come complessa e non esaustiva è la ricostruzione di un "diritto ambientale" nei termini di "diritto soggettivo all'ambiente". L'autore preferisce allora spostare la sua analisi dal piano dei diritti a quello dei doveri, sottolineando come "l'ambiente costituisca soprattutto un dovere che sia i singoli che lo Stato devono rispettare". Tale ricostruzione prende le mosse dall'art. 2 della Cost. dal principio solidarista: laddove la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, è possibile inserire il dovere di solidarietà ambientale che giustifica in capo a tutti i soggetti dell'ordinamento il relativo dovere di protezione. Si osserva infatti che: "la solidarietà ambientale costituisce una sintesi di quella politica, economica e sociale, nel senso che il mantenimento dell'equilibrio ecologico e ambientale è una precondizione per la sopravvivenza stessa della collettività e degli individui cui i doveri sono imputati". Il combinato disposto degli artt. 2 e 3, comma II, Cost., consente di leggere nel dovere di solidarietà ambientale il presupposto essenziale per la realizzazione dello "sviluppo della persona umana"; e consente altresì di coniugare il principio personalista con la dimensione sociale dell'individuo. da un lato quindi allo Stato spetta, in base all'art. 117 cost. la disciplina dei comportamenti doverosi di solidarietà ambientale, dall'altro il dovere di solidarietà grava su tutti i soggetti dell'ordinamento e il potere pubblico lascia spazio all'adempimento spontaneo. In questa prospettiva il principio di sussidiarietà orizzontale appare centrale in quanto suscettibile di garantire la cura dell'interesse ambientale"; Pennasilico, *Sviluppo Sostenibile e solidarietà ambientale*, in M. Pennasilico, *Manuale*, cit. p.49 ss.

dei singoli, della collettività e delle loro amministrazioni di non danneggiare la natura e anzi di tutelare l'ambiente, promuovendo la valorizzazione ¹²¹.

Prevale in tale prospettiva l'esigenza di imporre modi di utilizzazione ispirati ai principi di solidarietà e responsabilità intergenerazionale, che garantiscano la conservazione delle risorse ambientali, il loro godimento diffuso e la corretta gestione nell'interesse della collettività. Così anche la tutela apprestata dall'ordinamento al bene non si ricollega alla posizione soggettiva del titolare ma guarda all'intera collettività, viene cioè a rompersi la tradizionale connessione tra riconoscimento della titolarità di un diritto soggettivo e l'attribuzione al titolare di quel diritto della corrispondente azione giudiziale diretta a garantirne protezione.

L'individuazione dello Stato come titolare del risarcimento assume la mera funzione di indicazione del soggetto legittimato ad agire in giudizio, scopo di assicurare la "giustiziabilità" del bene ambientale. La tutela dunque è incentrata su una prospettiva rimediale giacché rivolta al bene e non al soggetto.

Ancora, con riferimento alla particolare attenzione e tutela riservata in Italia all'ambiente ed alle sue componenti si rivela di particolare interesse il recente disegno di legge n. C. 2039 presentato il 03.02.2014 e trasmesso al Senato dalla Camera dopo il regolare iter in Commissione e in Assemblea il 13.05.2016 avente ad oggetto "Contenimento del consumo del suolo e il riuso del suolo edificabile". Già il Consiglio di Stato (Sez. IV, 05.10.2015 n. 4631) aveva affermato come <<il risanamento urbanistico non dovesse avvenire "a macchia di leopardo" ma costituisca un "interesse dell'intera comunità nazionale">>.

Il disegno di legge si propone appunto di fornire una disciplina unitaria tesa alla salvaguardia del suolo che all'art. 1 viene evocato "*quale bene comune e risorsa non rinnovabile*". Si tratta della prima volta, con esclusione del disegno di legge Rodotà, che il Legislatore utilizza l'espressione "*bene comune*" individuando una categoria giuridica che prescinde dalla proprietà e che merita una tutela nell'ottica di un rispetto dei diritti anche delle future generazioni.

¹²¹ Particolare attenzione allo studio dell'aspetto del dovere in materia ambientale come attuazione del dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. è stato mostrato da: Fracchia, Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente, cit. p.215 ss; Martines, l'ambiente come oggetto dei diritti e doveri, cit, p. 42 ss

L'art. 2 prevede il principio, indicato come fondamentale della materia del governo del territorio, della "priorità del riuso e della rigenerazione edilizia del suolo edificato esistente, rispetto all'ulteriore consumo del suolo inedito".

Si tratta di un principio che era stato già in qualche modo accennato dalla legge regionale n. 20/2000 dell'Emilia Romagna (è possibile "il consumo di nuovo territorio solo quando non sussistano alternative derivante dalla sostituzione dei tessuti insediativi esistenti ovvero dalla loro riorganizzazione e riqualificazione") ed anche del co. 2 dell'art 6 della L. n. 10/2013 laddove è previsto che ai fini del risparmio del suolo "i comuni possono: a) prevedere particolari misure di vantaggio volte a favorire il riuso [...], b) prevedere opportuni strumenti e interventi per la conservazione e il ripristino del paesaggio rurale o forestale non urbanizzato".

Viene in seguito introdotta la previsione di una sorta di bilanciamento tra le superfici di nuova c.d. impermeabilizzazione (per effetto evidentemente di costruzione di manufatti) e superfici per le quali invece viene rimossa la impermeabilizzazione (per effetto di demolizioni). Si tratterebbe di un sistema che presenta interessanti analogie con quello dei c.d. "certificati verdi" in tema di emissioni di anidride carbonica nell'atmosfera (protocollo di Kyoto). In sostanza si consente il consumo di suolo solo se compensato da un equivalente recupero di superfici precedentemente edificate. Il recupero di una superficie in precedenza impermeabilizzata costituirebbe una sorta di *bonus* volumetrico o credito edificatorio che consentirebbe un corrispondente consumo.

L'iniziativa presenta senz'altro delle opportunità in quanto si potrebbero realizzare virtuosi processi di riqualificazione di aree urbane, industriali ed agricole degradate o in stato di abbandono, favorendo la rigenerazione e comunque attribuendo, per effetto del richiamato *bonus* volumetrico, un valore a manufatti (magari in stato di totale degrado) che potrebbe indurre i proprietari a scegliere tra la ristrutturazione e la demolizione e concessione del *bonus*.

Il tentativo di stabilire principi come quello che il suolo costituisce un bene comune e una risorsa non rinnovabile appare meritorio. Sarebbe stato opportuno per rendere più completa la disciplina prevedere o individuare il modo di stabilire quali parti del territorio occorre "non consumare", quelle per le quali è

opportuna una rigenerazione e quelle residuali nelle quali sia legittimo intervenire con nuove trasformazioni. Alla indicazione del suolo come bene comune, inoltre, non è seguita nel testo del disegno di legge alcuna previsione circa il ruolo dei cittadini, della società civile e delle formazioni sociali ai fini di una loro partecipazione, in un'ottica di "sussidiarietà orizzontale" in ordine alle scelte relative all'uso del suolo definito a questo punto in modo piuttosto astratto "bene comune".

È stato osservato in dottrina come la rigenerazione urbana deve essere correttamente intesa "come ripristino dell'integrità strutturale fisiologica della città e del territorio" e consiste "in un insieme integrato di azioni di carattere fisico, economico con una focalizzazione sull'inclusione sociale"¹²².

In ogni caso con riferimento a quelli che vengono individuati come beni comuni non può prescindersi dalla previsione "di più incisive modalità di partecipazione dei cittadini alle decisioni"¹²³.

In definitiva, lasciando in disparte gli auspicabili, ma oltremodo complessi, interventi in sede internazionale e globale, sembra che la legislazione Italiana e la relativa interpretazione ed applicazione da parte della Magistratura in tema ambientale si ampiamente orientata alla tutela del "bene" ambiente e non si vedono particolari benefici da un generico richiamo alla teoria dei beni comuni. Si tratta di materia che richiede regole certe e sanzioni altrettanto certe in caso di violazioni, come ci ha prescritto la Comunità Europea. Introdurre elementi dai contorni non esattamente definiti, con definizioni astratte e, magari, pretesi poteri diffusi per la tutela ambientale (in contrasto con quanto si è verificato essere il dettato della Costituzione, che la riserva essenzialmente allo Stato) rischierebbe di creare incertezze e confusione a discapito della efficacia dell'azione di contrasto al degrado ambientale.

¹²² Dipace R. , *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. Giur. Ed.*, II, 2014, p. 248-249.

¹²³ Chirulli O., *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2015, II, p. 614.

3. L'acqua

Il tema dell'acqua è stato uno dei più controversi ed è tra quelli su cui maggiormente hanno condotto una campagna di sensibilizzazione ed informazione i sostenitori della tesi dei beni comuni. In effetti è particolarmente sentito nel mondo intero il problema della scarsità di acqua dolce utilizzabile per l'uso domestico (pari all'1% dell'acqua esistente sul pianeta)¹²⁴. 748 milioni di persone non hanno accesso all'acqua potabile e 2,5 miliardi non usano servizi sanitari ¹²⁵.

Di fronte ad una tale situazione a livello globale nel diritto positivo italiano contenuto nel codice civile, le acque pubbliche sono un bene demaniale e le acque minerali e termali sono un bene indisponibile. La legislazione ribadisce che le acque superficiali e sotterranee anche se non estratte dal sottosuolo appartengono al demanio dello Stato (art.144 co. I, D.Lgs. 152/2006). Quindi l'acqua è un bene pubblico e le infrastrutture per la raccolta e la distribuzione sono considerate demaniali se di proprietà pubblica. Tutto ciò non impedisce che la gestione del servizio idrico possa essere affidata ad operatori del mercato, fermo ed impregiudicato il controllo pubblico sui limiti di operatività. La proprietà dell'acqua non esclude, infatti, ed anzi implica, la necessità di una sua gestione attraverso attività di estrazione, convogliamento e distribuzione. Essa costituisce un diritto fondamentale dell'uomo, necessario per la sua stessa vita e, nel contempo, richiede per il corretto godimento una serie di attività economicamente rilevanti a partire dalla distribuzione e dal controllo di qualità. Lo stesso avviene addirittura per l'aria di cui nessuno può fare a meno e che pure è stata fatto oggetto per scopi meritevoli di valutazione economica proprio per migliorarne la qualità. Si pensi al protocollo di Kyoto ed alle emissioni di anidride carbonica che possono essere scambiate con l'emissione di ossigeno quali beni economici.

La polemica ha toccato i suoi massimi livelli a proposito del referendum sull'acqua nel 2011 durante il quale secondo Simeoni la questione è stata

¹²⁴ United Nations Environment Programme, Overview of the state of the world's fresh and marine water, www.unep.org.

¹²⁵ United Nations, water for a sustainable world: the United Nations world water development report 2015, Unesco, 2015

ideologizzata¹²⁶: “La campagna referendaria a partire dal forum sociale di Firenze nel 2002 non è stato di certo improvvisata ma ha rappresentato un punto di un più vasto e capillare movimento sociale e culturale che, in parallelo a movimenti simili di altri paesi occidentali, ha utilizzato lo slogan dell’acqua come bene comune per ottenere non un risultato à la Ostrom, ma, più radicalmente, ripubblicizzazione della gestione del servizio idrico...omissis... il valore dell’acqua come bene comune è servito, di fatto e di diritto, non a spingere per una gestione comune, dacché non esiste, ma ad evitare le procedure ad evidenza pubblica, per la gestione dell’acqua e, nelle intenzioni dei promotori, a consentire il ritorno ad una gestione pubblica del servizio idrico”¹²⁷. La stessa autrice nell’evidenziare il carattere velleitario di una forzosa gestione “comune” riferita al servizio idrico ha evidenziato come presso il comune di Napoli (primo mandato del Sindaco De Magistris), è stato nominato un assessore ai beni comuni, apparentemente senza risultati concreti: “La precedente SpA pubblica è stata trasformata in un’azienda pubblica, il cui elemento partecipativo si riduce a due componenti scelti tra le associazioni ambientaliste. In compenso l’azienda dovrebbe preoccuparsi di modulare le tariffe su criteri di reddito e di usare gli utili per migliorare le infrastrutture, ma dal 2007 al 2014 le tariffe sono cresciute del 20% e la dispersione è aumentata del 11%”¹²⁸.

In effetti ipotizzare l’acqua come bene comune sottratto a qualsivoglia regime di gestione economica risulta in parte velleitario ed in parte improduttivo.

A livello internazionale una regolamentazione è possibile solo in via pattizia con appositi trattati. Occorre rilevare come l’acqua, se non opportunamente gestita in modo da renderla fruibile alla maggior parte delle persone attraverso ingenti investimenti, sarebbe di fatto accessibile ai pochissimi abitanti che abitano nelle immediate vicinanze dei corsi d’acqua rimasti non inquinati e fruibili.

In Italia viene riconosciuta la separazione tra proprietà del bene acqua ed il servizio idrico integrato. L’intera materia del servizio idrico integrato è stata

¹²⁶ Tommaso E. Frosini, *la Lotta per i Diritti*, Napoli, Ed. Scient. Italiane 2011, P.223.

¹²⁷ Sileoni S., *Acqua*, in *I Beni comuni oltre i luoghi comuni* a cura di Eugenio Somaini IBL libri 2015, pag. 130-131.

¹²⁸ Simeoni *ibidem*

oggetto di un intervento contenuto nel DL. 133/2014 che ha innovato la parte Terza del Codice dell’Ambiente. La Legge cd. Galli n.36/94 ha inteso qualificare il servizio idrico integrato come l’insieme dei servizi pubblici diretti alla captazione alla adduzione ed alla distribuzione dell’acqua ad usi civici nonché della fognatura e delle acque reflue (¹²⁹).

L’affidamento del servizio idrico è sottoposto a rigide procedure. L’affidamento *in house* consentito a società di gestione nelle quali le amministrazioni pubbliche abbiano la maggioranza od il controllo per effetto di convenzione stipulata tra le parti che consente comunque all’ente territoriale di avere un controllo effettivo sugli organi che svolgono il servizio.

Sul punto il Consiglio di Stato ha chiarito la necessità (e la sufficienza) del controllo strategico da parte dell’Ente di riferimento rispetto alla società affidataria *in house* : “emerge in particolare che, in deroga alle norme civilistiche sul funzionamento delle società per azioni ed in conformità ai principi stabiliti dalla Corte di Giustizia UE (sentenza 13.10.05, Parking Brixen, c-458/03, § 65), gli enti pubblici partecipanti sono posti nelle condizioni di svolgere nei confronti degli amministratori un controllo strategico e sui singoli atti di gestione societaria” Stato ¹³⁰.

Per garantire l’adeguatezza della società ai principi della giurisprudenza europea sul controllo analogo il diritto vivente ha quindi creato un diritto societario “speciale” con società per azioni in cui le amministrazioni, pur non disponendo della maggioranza azionaria, godono di poteri di controllo speciali.

Anche nella delicatissima materia dell’acqua si deve riconoscere che a livello internazionale sarebbe utile promuovere appositi protocolli, mentre a livello nazionale l’attuale legislazione garantisce il bene acqua considerandola un bene comune e con ed il principio della separazione della proprietà rispetto alla gestione. Certo è sempre possibile ed utile l’indagine dottrina su possibili miglioramenti, ma la strada del “bene comune” intrapresa con esperienze come

¹²⁹ A proposito della definizione della rilevanza economica del servizio di interesse generale: T.A.R. Lombardia (Milano), Sez. I, 28.5.14 n. 1356, in Foro Amm. 2014, 5, 1535; T.A.R. Campania (Napoli), Sez. I, 12.5.14, n. 2614, in Foro Amm. , 2014, 5, 1603. Si veda Cons. di Stato, Sez. V, 12.11.13, n. 5421, in www.giustizia-amministrativa.it; ID., 25.2.14, n. 877, in www.giustizia-amministrativa.it

¹³⁰ Consiglio di Stato Sez V, 14.10.2024 n.5080

quella richiamata del Comune di Napoli, senza adeguati e realistici approfondimenti degli aspetti anche strutturali (degli impianti necessari per la estrazione e distribuzione) ed economici, oltre che di quelli politici ed ideali, sembra affetta da sintomi di demagogia e priva di un reale valore aggiunto per il bene ed il suo utilizzo collettivo.

4. I campioni biologici

Il progresso della tecnologia nell'ambito della ricerca genetica ha rinnovato del tutto la questione dei campioni biologici.¹³¹

I campioni biologici in precedenza considerati essenzialmente scarti operatori sono fatti oggetto oggi di importantissime attività di ricerca previo necessario stoccaggio di organi, tessuti, sangue, cellule.

Si è quindi riaperta la diatriba in ordine alla appartenenza dei campioni biologici: secondo le tradizionali tesi, questi ultimi apparterrebbero all'individuo da cui provengono continuando a far parte della sua sfera giuridica patrimoniale¹³²; ovvero, secondo tesi più recenti, apparterrebbero a chi li conserva ed è in grado di utilizzarli per la ricerca scientifica, considerando che una volta separati

¹³¹ La L.22.2.06 n.78, recependo i principi della direttiva n.98/447CE, ha fissato limiti e condizioni per la brevettabilità del corpo umano. Sul tema di recente Sgaramella- Merli, Brevettare la vita- l'Italia recepisce la direttiva europea sulla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche, in *Rass. Dir. Farm.*, 2006, 1; Morelli Gradi. La Direttiva sulla "Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche" e la normativa dir ecepimento nazionale , in *Dir. Ind.* , 2006,21; Monteleone, Protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche e tutela della persona, *ibidem*, 405; Caforio, I trovati biotecnologici tra i principi etico-giuridici e il codi

ce di proprietà industriale, Giappichelli, 2006. Sul tema anche Magnus_Caplan-McGee, *Who Owns life?*, Prometheus Books, 2002; Caufield-Gold_cho, *Patenting Human Genetic Material: Refocusing the debate*, 1 *Nat. Rev.* , 227 (2000); Heller- Eisenberg, *Can patents deter innovation? The anticcommons in bionedical research*, 280 *science*, 698 (1998); Caplan-Merz, *Patenting gene sequences*, 312 *British Med. J.*, 926 (1996).

¹³² Cannelutti problema giuridico della trasfusione del sangue, in *foro.it*, 1938,IV,95.

tali tessuti “ non offrono alle persone né un interesse di godimento né un interesse di scambio ”¹³³.

Oggi esistono le biobanche che come definite dal nostro Ministero delle Attività Produttive “agiscono quali centri fornitori di servizi per la conservazione, il controllo e l’analisi di cellule viventi, di genomi di organismi e informazioni relative all’ereditarietà ed alle funzioni dei sistemi biologici, i quali conservano organismi coltivabili (microrganismi, cellule vegetali, animali e umane), parti replicabili di essi (genomi, plasmidi, virus, dna), organismi vitali ma non più coltivabili, cellule e tessuti, così come anche banche dati concernenti informazioni molecolari, fisiologiche e strutturali rilevanti per quelle collezioni”.

Tuttavia le biobanche ad oggi non hanno una specifica regolamentazione legislativa.

A livello comunitario sono sanciti i principi della gratuità nella cessione dei campioni biologici umani ¹³⁴ e dell’obbligo di ottenere il consenso informato del paziente per poterne conservare ed utilizzare i tessuti a scopo di ricerca medica.¹³⁵

¹³³ Bianca, *Dir. Civ.*, 1, la norma giuridica. I soggetti Giuffrè, 1978, 163. Più di recente sulla stessa linea Dogliotti, *Atti di disposizione sul proprio corpo e teoria contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1990, 291.

¹³⁴ Il principio di gratuità è stato sancito dall’art.21 della Convenzione Europea sulla Biomedicina, firmata ad Oviedo nel 1997 (recepita dalla L. 28.3.01 n.145). il principio di gratuità è espresso in numerose disposizioni. In particolare l’art.7 della Raccomandazione R (2006)4 del Consiglio d’Europa (disciplina della ricerca condotta sui materiali biologici di origine umana), l’art.3 della Carta di Nizza, la direttiva n.4/23/CE (definizione di norme di qualità e sicurezza per la donazione) nonché la Direttiva n.6/17/CE, di attuazione; la Direttiva n.2/98/CE (norme di qualità e sicurezza per la raccolta e distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti). In dottrina Ferrando, *Il principio di gratuità, biotecnologie e “atti di disposizione del proprio corpo”*, in *Eur. E Dir. Priv.*, 2002, 761; Messinetti, *Principio di gratuità ed atti di disposizione del proprio corpo*, in *Confini attuali dell’autonomia privata*, a cura di Belvedere e Granelli, Cedam, 2001, 5 ss; Galasso, *Biotecnologie e atti di disposizione del proprio corpo*, in *Famiglia*, 2001, 933 ss; Venuti, *Atti di disposizione del corpo e principio di gratuità*, in *Dir. Fam e pers.*, 2001, 827 ss. Critico nei confronti del principio, Piria, *Gli interessi scientifici e patrimoniali su parti staccate dal corpo oggetto di ricerche biotecnologiche*, in *Rass. Dir. Farm*, 1990, XXI, 808 ss.

¹³⁵ A questo principio si conforma anche l’Autorizzazione del Garante della Privacy in tema di trattamento dei dati genetici emanata in attuazione dell’art.90 D.Lgs. 30.6.03 n. 196. Sul tema di consenso informato, Rodotà, *La volontà delle scelte*, in *Dialoghi di bioetica*, a cura di Bonacchi, Carocci, 2003, 88; Rossi Carleo, *Brevi considerazioni sulla problematica della forma del consenso negli atti di disposizione del corpo*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, Jovene, 1988, 961.

Si è evidenziata la problematicità nello stabilire i eventuali diritti proprietari dei campioni biologici dopo il distacco ovvero quando i tessuti sono ceduti alla biobanca. I pazienti non hanno possibilità di sfruttare in alcun modo materiali biologici, possono solo avere benefici eventuali per la salute e comunque attribuire la proprietà dei tessuti raccolti nelle biobanche ai donatori finirebbe per impoverire l'integrità dei dati delle biobanche e mortificare la efficienza della ricerca medica. Per altro verso attribuire la proprietà dei campioni biologici alle biobanche ed ai ricercatori innescherebbe un conflitto di interessi perché a chi è affidato il compito di effettuare le ricerche sarebbe anche attribuito il controllo sulla riservatezza delle informazioni.

Parte della dottrina ha indicato come virtuosa la strada di considerare i campioni biologici alla luce della categoria economica dei "commons"¹³⁶. In questa prospettiva i tessuti non apparterebbero né agli individui che hanno subito l'ablazione, né ai ricercatori che utilizzano i tessuti, per diventare patrimonio dell'intera comunità. Il campione biologico da bene strettamente personale, a servizio dell'individuo, diviene, con il distacco ed il consenso del proprietario-paziente, un bene posto al servizio della collettività (¹³⁷).

In Inghilterra si è optato per la costituzione di una Autorità indipendente, deputata a controllare l'operato delle biobanche ed a disciplinare l'utilizzo dei campioni biologici umani. Con lo *Human Tissue Act* si è istituita la *Human Tissue Authority*, che ha il compito di stabilire i criteri di accreditamento al quale devono conformarsi gli enti che trattano i campioni biologici umani, di gestire il sistema di accreditamento, di predisporre un "*code of practice*" recante le regole a cui devono attenersi i soggetti che utilizzano i tessuti umani, di vigilare sul rispetto di tali regole.

¹³⁶ Sottolinea come il corpo sia un oggetto sociale che assume la massima dimensione relazionale quando l'attitudine distributiva del corpo si traduce in una esplicita destinazione sociale, nella messa a disposizione di altri di sue parti, Rodotà, *La vita e le regole*, cit. 95, cfr. Tallacchini, *Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani*, in *Corpo esibito, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*, a cura di D'Agostino, Giuffrè, 2003; ID. *Habeas Corpus? Il corpo umano tra non- commerciabilità e brevettabilità*, in *Bioetica*, 1998, 531 ss; ID. *Il corpo e le sue parti. L'allocazione giuridica dei materiali biologici umani*, in *Medicina e Morale*, 1998, 499 ss.

¹³⁷ Macilotti M. *Proprietà, informazione di interessi nella disciplina delle bio banche a fini di ricerca*, *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 7-8-, 20222.

Il *National Research Council* statunitense ha proposto di creare una banca mondiale di DNA che funga da *trustee* e *fund holder* per tutti i soggetti campionati ¹³⁸. La scuola americana si è spinta fino ad immaginare un innovativo modello di *trust*, designato *biotrust* e plasmato sullo schema dei *charitable trust* ¹³⁹, mercé il quale disciplinare ogni fase dell'attività di *biobanking*.

In Italia¹⁴⁰ è stato proposto un intervento legislativo teso a sottoporre le biobanche al controllo pubblico ed a renderle strutturalmente autonome in modo da dare al contempo tutela adeguata ai pazienti e distribuire equamente e democraticamente agli operatori del mondo della ricerca scientifica i dati (beni comuni) e gli strumenti necessari per portare avanti il loro prezioso lavoro.

Come è agevole rilevare le problematiche sul tema sono particolarmente complesse e nei diversi Paesi si prospettano soluzioni le più svariate. Considerato l'argomento, che in definitiva interessa l'umanità nella sua interezza, dovrebbero essere adottati protocolli e regole comuni a tutta la comunità scientifica avendo cura di garantire i fondi per la ricerca grazie al mercato ma, nel contempo, preservare la popolazione da una ottica di esclusiva speculazione economica da parte delle case farmaceutiche o di altre entità.

5. Internet

I fautori di una teoria dei Commons hanno sin dall'inizio invocato Internet come bene essenziale e comune.

Elinor Ostrom, consacrata per l'attribuzione del premio Nobel per l'economia nel 2009, in un articolo del 2003 Ostrom ha dichiara che “anche strutture costruite per utilizzo condiviso come i *main frame* ed internet possono essere risorse comuni”. Per cui “ le utilità di risorse tratte da una struttura complessa come internet possono essere i pacchetti di dati oppure i files secondo

¹³⁸ National Research Council, Committee on Genome Diversity. Evaluating human Genetic Diversity, National Academy Press, Washington D.C., 1997.

¹³⁹ Winickoff- Winickoff, the Charitable trust as a model or genomic bionaks, cit. , 1182. Tale modello è già stato implementato in Irlanda, si veda in rete : <http://biobankireland.com>.

¹⁴⁰ Macilotti come nota 62

che internet venga studiata come risorsa infra strutturale o come risorsa informativa”¹⁴¹.

Ostrom nei suoi lavori cita prevalentemente internet come bene comune nell’ambito più ampio della conoscenza. E quando si è confrontata anche sugli aspetti quali la infrastruttura, i server e quant’altro, ha parlato di “risorse comuni artificiali che ricadono nelle categorie dei beni comuni istantaneamente rinnovabili”. Charlotte Hess, sua collaboratrice, ha tentato di approfondire lo studio di internet con i beni comuni in quattro relazioni congressuali¹⁴², nelle quali ha riconosciuto il mancato approfondimento dei vari e differenti aspetti della natura stessa della rete, la cui mancata comparizione multiforme impedisce di giungere ad una definizione accettabilmente scientifica delle diverse risorse comuni presenti su internet, delle comunità coinvolte, della gestione delle reti, delle infrastrutture, dei dati e degli accessi.

Più di recente sono stati numerosi i tentativi di meglio inquadrare la natura di internet all’interno della categoria dei beni comuni¹⁴³, giungendo così ad individuare : a) una infrastruttura materiale; b) i protocolli e gli standard tecnici; c) i contenuti. Sulla scia di questi orientamenti si muove un forte movimento in Italia che oltre a Stefano Rodotà ed Ugo Mattei comprende Cervo, Coccoli, Donoli, Lucarelli, Meli, Settis, Marella.

La fondazione sistema toscana ha recentemente promosso un manifesto per “*internet bene comune*” ed ha promosso gli “*open data*” (di cui si tratterà di seguito) archivi e dati riprodotti dalla P.A., accessibili ed utilizzabili da tutti on

¹⁴¹ Charlotte hess- Elinor Ostrom, *Ideas, Artifacts and Facilities: Information as a Common-Pool Resource*, *Law and Contemporary Problems*, vol.66, n.1-2, 2003, p.121; Elinor Ostrom, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp.79-80.

¹⁴² *The Virtual CPR: The Internet as a Local and Global Common Pool Resource*, presentata alla quinta conferenza annuale dell’International Association for the study of Common Property, tenutasi a Bodoe, dal 24 al 28 maggio 1995, <http://bit.ly/1eLr3v7>; *Untangling the Web: The Internet as a Common*, presentata al seminario *Reinventing The Commons*, tenutosi a Bonn il 4 e 5 novembre 1995, <http://bit.ly/1NiaK3E>; *Mapping The New Commons*, presentata alla dodicesima conferenza biennale dell’International Association For The Study of The Commons, tenutasi a Cheltenham (UK) dal 14 al 18 luglio 2008, <http://bit.ly/1dkqRkR>.

¹⁴³ Stefano Montaldo, *Internet e Commons: le risorse della rete nella prospettiva dei beni comuni*, *Diritto dell’Informazione e dell’informatica*, n.2, 2013, pp. 287-306; Montaldo usa l’espressione Commons come sinonimo di bene pubblico e la nozione di Common-Pool resource nel senso indicato dalla Ostrom.

line, senza restrizioni di copyright, visti come nuovi beni comune a disposizione dei cittadini.

L'ex Ministro degli Esteri Giulio Terzi, nel suo video messaggio reso all'internet governance forum di Torino nel 2012, ha espressamente detto che "internet è il più grande spazio pubblico mai creato. Ed è un bene comune."

L'attuale Presidente della Camera, Laura Boldrini, nel corso di una dichiarazione congiunta Italia Francia sui diritti internet ha dichiarato che la rete è "uno straordinario strumento di comunicazione, confronto, di partecipazione dal basso, di sviluppo economico e sociale divenuto ormai presenza indispensabile della nostra vita professionale, politica e sociale.... La rete come bene comune, principio affermato dalla nostra dichiarazione congiunta del 28.9.15, che non può essere lasciato da solo nelle mani dei privati né tanto meno in quelle dei governi autoritari, come succede purtroppo in molti paesi".

La stessa Presidente della camera si era fatta promotrice della istituzione presso la camera dei Deputati di una commissione per i diritti e doveri in internet. Tale commissione ha concluso i suoi lavori dei diritti in internet il 28.7.15 sul presupposto che essa "è strumento indispensabile per dare fondamento costituzionale a principi e diritti nella dimensione sovranazionale". La commissione – dopo avere varato una prima bozza dei lavori sottoposta all'attenzione dei partecipanti alla riunione dei parlamenti dei paesi membri dell'U.E. e del Parlamento Europeo sui diritti fondamentali che si è tenuto presso la camera il 13 e 14 ottobre 2014, nel corso del semestre di presidenza dell'UE e dopo una consultazione pubblica tenutasi nel periodo dal 27 ottobre 2014 al 31 marzo 2015 – è pervenuta alla sintesi delle diverse posizioni registrate nella dichiarazione del 28 luglio 2015. Essa è composta di 14 articoli contenenti principi generali quali il diritto di accesso "l'accesso ad internet è diritto fondamentale della persona e condizione per il suo pieno sviluppo sociale" (art.2 co. I), il diritto alla conoscenza "le istituzioni pubbliche assicurano la creazione, l'uso e la diffusione della conoscenza in rete inteso come bene accessibile e fruibile dall'intero popolo in rete", (art. 3, co. I); il principio della neutralità della rete "ogni persona ha il diritto che i dati diffusi in rete non subiscano discriminazioni, restrizioni o interferenze in relazione al mittente, ricevente, tipo o

contenuto dei dati, dispositivo utilizzato, applicazioni o, in generale, legittime scelte delle persone. Il diritto ad un accesso neutrale ad internet nella sua interezza è condizione necessaria per la effettività dei diritti fondamentali della persona” (art. 4, co. I e II).

Come si vede anche in sede istituzionale la spinta per il riconoscimento di internet quale bene comune è forte.

Quando si passa sul piano della concretezza tuttavia emergono le difficoltà e le differenze delle impostazioni tra gli stessi sostenitori della tesi. Paiono infatti non sufficientemente soppesati gli aspetti economici che la multiforme realtà della rete coinvolge.

Parlare di Internet significa riferirsi ad un intero mondo costituito da elementi materiali ed in gran parte immateriali. A partire dai terminali degli utenti che sono beni privati, e proseguendo alle infrastrutture di connessione disposte dagli operatori delle compagnie telefoniche, al consumo della banda, ai contenuti, ai diritti di autore, ai proprietari della proprietà intellettuale ed artistica, ai diritti dell’individuo alla privacy ed all’oblio.

Si può probabilmente ritenere che i protocolli tecnici alla base del funzionamento della rete sono condivisi e come tali beni pubblici.

Una risorsa come bene comune è stata individuata da taluno nella *root zone* del dns, che è una sorta di elenco telefonico del *web* che consente di definire di trasformare i nomi di dominio in indirizzi ip (stringhe numeriche che identificano numericamente ogni apparato connesso alla rete in un dato momento). E’ una risorsa il cui consumo è soggetto a rivalità ma non escludibile, gestito da un ente no-profit indipendente (l’Icann) con il coinvolgimento degli *stakeholder*.¹⁴⁴

In ogni caso appare evidente che tanto più si sposta l’attenzione dalla dimensione materiale a quella immateriale diventa sempre più ampia, astratta ed

¹⁴⁴ Sull’argomento David G Post- Danielle K. Ehl, *controlling internet infrastucture*, open technology institute, aprile 2015, <http://bit.ly/1GN65oz>.

oggettivamente difficile la identificazione degli specifici beni ed ancor di più il loro inquadramento nell'ambito di una categoria comune ¹⁴⁵.

La rete viene considerata da Rodotà come uno spazio meramente politico, non economico concepito come area di diritti, di comunicazione personale e sociale, di partecipazione politica ¹⁴⁶.

Viene trascurato, forse volutamente, ogni aspetto di natura economica, nonché ogni considerazione sul processo tramite il quale le risorse rispetto a cui si postula un diritto di accesso vengono ad esistere. ¹⁴⁷

E neppure viene considerato come gli utenti di internet siano passati dai sedici milioni del dicembre 1995 ai 3,2 miliardi del dicembre del 2015 (¹⁴⁸) e ciò di fatto grazie alle forze del mercato e del regime privatistico della commercializzazione del web che hanno trasformato la tecnologia per pochi ad una dimensione globale.

Tali aspetti non sfuggono invece ad Ugo Mattei che, da una prospettiva fortemente critica, coglie i riflessi economici della rete. Egli vede in essa il fulcro di un nuovo “*capitalismo cognitivo*” basato sullo sfruttamento del precariato intellettuale e sulla trasformazione dei cittadini in consumatori. Addebita ad internet : “la finanziarizzazione dell’economia, alla riduzione dei posti di lavoro, il danno all’ambiente per le spedizioni a lunga distanza, la dipendenza dei cittadini dalle compagnie telefoniche, la carenza di contatto fisico della comunità e l’indebolimento del senso stesso di comunità”¹⁴⁹. Finisce per contestare “la retorica della rete come bene comune” in quanto essa più che unire in realtà divide, individualizza, illude.

Frischmann, più positivamente, ritiene che i cittadini sono trasformati in consumatori ma anche produttori.

¹⁴⁵ A tale conclusione giunge anche una sostenitrice dei beni comuni quale Jyustina H. Offmokl, da internet commons : towards an eclectic theoretical framework (international journal of the commons, vo. IV, num. 1, 2010, PT 238-240)

¹⁴⁶ Rodotà, il mondo nella rete, loc.81, 276.

¹⁴⁷ Frischmann, an economic theory of infrastructure , pp.496-497.

¹⁴⁸ Internet world stats. Com, l’international telecommunications union (ICT), facts and figures, the world in 2015.

¹⁴⁹ Mattei, beni comuni. Il manifesto, Roma-Bari, laterza, 2011, ed. kindle loc. 1623-1746.

Si registrano, dunque, contraddizioni ed incertezze tra gli stessi sostenitori dei beni comuni con riferimento ad Internet e ciò senza neppure giungere a considerarne tutti i suoi variegati aspetti.

Tra i tanti aspetti che non sembrano sufficientemente approfonditi, laddove si parla di internet come di un unico bene comune, vi è da registrare quello dei diritti sulle opere di ingegno.

In Italia le disposizioni relative alle misure tecnologiche di protezione e alle informazioni elettroniche sul regime dei diritti sono state introdotte nella sul diritto d'autore (L. 22 aprile 1941, n. 633) dall'art. 23 D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 68, in attuazione della Dir. 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione.

In particolare, l'art. 102 *quater* della L. 22 aprile 1941, n. 633 sul diritto d'autore e diritti connessi (l.d.a.) definisce le misure tecnologiche di protezione (TPM, acronimo dall'espressione inglese *technologic protection measures*) come «tutte le tecnologie, i dispositivi o i componenti che, nel normale corso del loro funzionamento, sono destinati a impedire o limitare atti non autorizzati dai titolari dei diritti» e sancisce il diritto dei titolari dei diritti d'autore e connessi e dei titolari dei diritti sulle banche dati di apporre sulle opere o sui materiali protetti «misure tecnologiche di protezione efficaci»¹⁵⁰

¹⁵⁰ Per una trattazione sistematica della disciplina delle misure tecnologiche di protezione delle opere dell'ingegno, informazioni sul regime dei diritti e *digital rights management* si vedano, tra gli altri Caso, *Digital Rights Management — Il commercio delle informazioni digitali tra contratto e diritto d'autore*, Padova, 2004; *Digital rights management — Problemi teorici e prospettive applicative*, Atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007 2005, Trento, 2008, reperibile in <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=mazziotti&sei-redir=1#search=%22ricolfi%20DRM%22>; Montagnani-Borghi, *Proprietà digitale — Diritti d'autore, nuove tecnologie e digital rights management*, Milano, 2006; Finocchiaro, *Misure tecnologiche di protezione e informazioni elettroniche sul regime dei diritti*, in *AIDA*, 2000, 280; Cuomo, *La pirateria audiovisiva e la protezione dei sistemi di trasmissione dei dati: file-sharing e pirateria*, atti dall'Incontro di studio organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura sul tema: «Il traffico di prodotti falsi e le azioni di contrasto al fenomeno della contraffazione», Roma, 25-27 novembre 2009. Inoltre Ricolfi, *Copyright for Cyberspace? The European Dilemmas*, in *AIDA*, 2000, 443; Arezzo, *Misure tecnologiche di protezione, software e interoperabilità nell'era digitale*, in *Il Diritto d'Autore*, 3, 2008, 341; Musso, *Diritto di autore sulle opere dell'ingegno letterarie e artistiche*, in *Commentario C.C.* diretto da F. Galgano, Bologna, 2008 pp. 215 e segg.; Della Chiesa, *Le misure tecnologiche di protezione nella disciplina del diritto d'autore: problemi e prospettive di riforma*, in *Dir. informazione e informatica*, 2006, 568. Dal punto di vista tecnico, le misure tecnologiche di protezione sono basate essenzialmente su crittografia, *watermarking* e

Anche prima di tali disposizioni venivano utilizzate misure tecnologiche di protezione sulle riproduzioni delle opere quali strumenti di difesa preventiva di un diritto assoluto di natura patrimoniale o personale condizionati solo dalla proporzionalità rispetto al diritto che si chiedeva di difendere. Si tratta di “*tutela ex ante*” basata sul blocco tecnologico.¹⁵¹

Le misure tecnologiche di protezione, finalizzate alla gestione dei diritti concessi in licenza, sono volte a controllare l'esercizio di una moltitudine di facoltà esclusiva in costante cambiamento ed evoluzione rispetto all'utilizzatore finale, al distributore ed all'aggregatore di contenuti.

La Direttiva 2001/29/CE in materia di diritto d'autore nella società dell'informazione prende in considerazione le “misure tecniche volte a proteggere le opere e altro materiale protetto e ad assicurare la necessaria informazione sui diritti in materia” (*considerando* n. 13): gli Stati sono tenuti a fornire protezione alle “misure tecnologiche che limitano in modo efficace atti non autorizzati dai titolari del diritto d'autore, dei diritti connessi o del diritto sui generis sulle banche dati, senza tuttavia impedire il normale funzionamento delle attrezzature elettroniche ed il loro sviluppo tecnologico”.

Il *Wipo Copyright Treaty* (WCT) del 1996 prevede all'art. 11 che gli Stati contraenti debbano tutelare e fornire effettivi rimedi contro la violazione di misure tecnologiche di protezione efficaci utilizzate dagli autori in relazione all'esercizio dei diritti ad essi spettanti sulla base del Trattato ovvero della Convenzione di Berna e che restringano utilizzi delle proprie opere non autorizzati o comunque permessi dalla legge.

Senonché i sistemi di protezione (tpm) oltre a svolgere la funzione di protezione del dato possono essere e sono utilizzati anche in modo improprio attraverso *software* e sistemi operativi che consentono di monitorare e tenere traccia di tutti gli utilizzi intervenuti, leciti o illeciti. Ciò trasforma uno strumento

fingerprinting. Con la crittografia da un contenuto fruibile dall'utente si passa a un contenuto inutilizzabile; solo attraverso le apposite chiavi di decifratura del crittogramma è possibile nuovamente accedere al contenuto originale. Il *watermarking* è una sorta di filigrana digitale invisibile all'utente, che serve per rendere riconoscibile un determinato documento in formato digitale e dimostrare, ad esempio, la circolazione non autorizzata. Il *fingerprinting* è una tecnica volta a identificare e fornire informazioni su chi utilizza il *file* digitale protetto.

¹⁵¹ Ghidini, profili evolutivi del diritto industriale, milano 2008, 1968.

che dovrebbe essere di difesa passiva in un potente strumento di polizia privata che consente l'intrusione con gli strumenti informatici dell'utente grazie a semplici condizioni contrattuali normalmente non lette. Inoltre essi si trasformano in strumenti di *marketing* che forniscono preziose informazioni sui clienti e sui loro orientamenti di consumo. L'applicazione delle tradizionali regole del diritto d'autore nel mondo digitale ha portato a nuove forme di sfruttamento e nuovi mercati ma nel contempo ad un sempre maggiore controllo dell'accesso dell'utente, agli *assets* immateriali: il brano musicale non viene più acquistato nel negozio fisico ma nel negozio virtuale con scarsa consapevolezza però di tutto ciò che vi è a monte.

Tutto ciò comporterà che la protezione della proprietà intellettuale tenderà sempre più a spostarsi dal piano normativo a quello contrattuale ¹⁵².

Altro tema che non risulta in alcun modo affrontato dagli autori che sostengono che la rete è un bene comune cui deve essere garantito a tutti l'accesso e l'intervento senza limiti è quello del diritto alla privacy dei singoli ed anche del diritto all'oblio, ovvero il diritto che il proprio nome e le notizie che riguardano la propria persona non possano essere pubblicate senza limiti di contenuto e di tempo.

Sul punto è intervenuta la Corte di Giustizia U.E, Grande Sezione¹⁵³ ha precisato che "L'articolo 2, lettere b) e d), della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati, deve essere interpretato nel senso che, da un lato, l'attività di un motore di ricerca consistente nel trovare informazioni pubblicate o inserite da terzi su Internet, nell'indicizzarle in modo automatico, nel memorizzarle temporaneamente e, infine, nel metterle a disposizione degli utenti di Internet secondo un determinato ordine di preferenza, deve essere qualificata come «trattamento di dati personali», ai sensi del citato articolo 2, lettera b), qualora tali informazioni contengano dati personali, e che, dall'altro lato, il gestore di detto

¹⁵² Barlow, the economy of ideas, wired 2,03 1994.

¹⁵³ CORTE DI GIUSTIZIA U.E., GRANDE SEZIONE - sentenza 13 maggio 2014 -causa C-131/12- Pres. Skouris, Rel. Ilešič - Google Spain SL e Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González

motore di ricerca deve essere considerato come il «responsabile» del trattamento summenzionato, ai sensi dell'articolo 2, lettera d), di cui sopra". E che: "Gli articoli 12, lettera b), e 14, primo comma, lettera a), della direttiva 95/46 devono essere interpretati nel senso che, nel valutare i presupposti di applicazione di tali disposizioni, si deve verificare in particolare se l'interessato abbia diritto a che l'informazione in questione riguardante la sua persona non venga più, allo stato attuale, collegata al suo nome da un elenco di risultati che appare a seguito di una ricerca effettuata a partire dal suo nome, senza per questo che la constatazione di un diritto siffatto presupponga che l'inclusione dell'informazione in questione in tale elenco arrechi un pregiudizio a detto interessato. Dato che l'interessato può, sulla scorta dei suoi diritti fondamentali derivanti dagli articoli 7 e 8 della Carta, chiedere che l'informazione in questione non venga più messa a disposizione del grande pubblico in virtù della sua inclusione in un siffatto elenco di risultati, i diritti fondamentali di cui sopra prevalgono, in linea di principio, non soltanto sull'interesse economico del gestore del motore di ricerca, ma anche sull'interesse di tale pubblico ad accedere all'informazione suddetta in occasione di una ricerca concernente il nome di questa persona. Tuttavia, così non sarebbe qualora risultasse, per ragioni particolari, come il ruolo ricoperto da tale persona nella vita pubblica, che l'ingerenza nei suoi diritti fondamentali è giustificata dall'interesse preponderante del pubblico suddetto ad avere accesso, in virtù dell'inclusione summenzionata, all'informazione di cui trattasi".

5.1 Open government ed open data

Con specifico riferimento al rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione ed alla trasparenza nell'ottica di un così detto *open government*, come si accennava sopra, vi è ampio dibattito anche sul fenomeno degli *open data* ovvero "dei dati che possono essere, riutilizzati e distribuiti da chiunque, soggetti eventualmente alla necessità di citarne la fonte (diritto di paternità), e di

condividerli con lo stesso tipo di diligenza con cui sono stati rilasciati”¹⁵⁴. Dato caratteristico è quello di rendere possibile la partecipazione universale all’open data.

Di open data parla l’art. 47 del decreto-legge 9 febbraio 2012, n. 5 come convertito con la legge 4 aprile 2012, n. 35 che prevede nell’ambito della cd. agenda digitale, nel quadro dell’agenda digitale europea, la “promozione del paradigma dei dati aperti (open data) quale modello di valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, al fine di creare strumenti e servizi innovativi”.

La lettera N del Dlgs. 7.3.05 n.82 art. 1 qualifica il dato pubblico quale dato conoscibile da chiunque in contrapposizione al dato con disponibilità limitata la cui conoscibilità è riservata a specifici soggetti. Il Dlgs 30.6.03 n.196 definisce poi all’art.4 co. I lett. D, il dato personale quale qualunque informazione della persona fisica identificata o identificabile mentre il dato anonimo, lett n, è definito il dato che “ in origine o a seguito di trattamento non può essere associato ad un interessato identificabile”..

Il documento amministrativo è invece qualcosa di più complesso ben definito dall’art. 22 co. I lett d) della L. n.241 del 7.8.90, come “ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”,

In linea di principio *l’open data* interviene su dati già resi pubblici in base alla normativa vigente ed è liberamente utilizzabile da chiunque senza limitazione come previsto dall’art. 68 del codice della regolamentazione digitale modificato dal dlgs n.95/10 che stabilisce che per formato di dati di tipo aperto si intende un formato reso pubblico.

Il dlgs n.150 del 27.10.09 introduce un concetto di trasparenza ispirato al sistema dell’*open government* che deve essere intesa come “accessibilità totale anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali”

¹⁵⁴ Manuale degli open data: <http://opendatamanual.org/it/>; Associazione italiana per gli open data, *Come si fa open data*:<http://www.scribd.com/doc/55159307/>.

accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità.”¹⁵⁵

Vi sono inoltre le norme che prevedono l'obbligo per le p.a. di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi con effetto di pubblicità legale.

Ma è necessario segnalare che il fenomeno dell'*open data* deve ritenersi del tutto distinto dal fenomeno del diritto di accesso. Nel primo il dato essendo pubblico impedisce e non necessita l'esercizio del diritto di accesso. Nell'ultimo è richiesto “un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e correlata al documento al quale è richiesto l'accesso” (art. 22 co. I lett d, l.241/90) ¹⁵⁶ .

Occorre inoltre sottolineare che l'art. 24 co. III della L. 241/90 stabilisce che “non sono ammissibili istanze di accesso preordinate con un controllo generalizzato dell'operato della P.A.”, per cui non può ritenersi esistente un vero e proprio diritto all'*open data*. Un accesso generalizzato non è consentito perché non sussiste un potere di natura ispettiva nei confronti della P.A. con lo scopo di non sovraccaricare la p.a. con compiti che non sono direttamente suoi a rischio di

¹⁵⁵ Sul concetto di accessibilità totale si veda: Griffi F.P., *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza, danno da ritardo)*, 2011, in www.giustizia-amministrativa.it. Carloni E., *La “casa di vetro” e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, 2010, in http://www.unipg.it/scipol/tutor/uploads/lezione_23_trasparenza_carloni_modelli-e-paradossi-della-trasparenza_.pdf, Domeniconi P., *La trasparenza nel ciclo di gestione della performance*, in *Azienditalia, Il Personale*, 2009, n. 11, pag. 477.

¹⁵⁶ Sulle differenze tra diritto di accesso (ai documenti amministrativi) e diritto di accesso ai dati personali si veda. Clarich M., *Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa*, 2004, in http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione%5Cstudi_contributi%5Cclarich4.htm Sull'oggetto del diritto di accesso e il diritto di accesso all'informazione ambientale si veda: Parola G., “«L'accesso all'informazione ambientale»: il diritto internazionale, europeo, nazionale e ... la Corte costituzionale”, commento alla sentenza Corte cost. 1 dicembre 2006, n. 399, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007, pag. 10 e seg.

compromettere il conseguimento del principio costituzionale del buon andamento. Il diritto di accesso è sempre riferito ad una specifica situazione giuridica rilevante e differenziata e non è configurabile un'azione popolare.

Vi è, tuttavia, una rilevante eccezione in materia ambientale ¹⁵⁷.

In tale materia informazione non si riferisce al documento ma al complesso di dati e notizie che hanno portato alla nozione di atti e documenti. Non sussiste quindi in via eccezionale il divieto di controllo generalizzato. Sotto altro profilo l'open data si avvicina molto all'accesso in materia ambientale attraverso una forma di controllo sociale che si raccorda con l'accessibilità totale.

Dagli spunti di riflessione, sopra solo accennati per evidenti esigenze di contenimento e di pertinenza, emerge già con chiarezza la complessità dell'universo Internet e la conseguente difficoltà di ricondurlo ad unità ed inquadrarlo *tout court* nella categoria dei beni comuni.

Ciò ha fatto concludere ai più critici che “l'allegoria di internet come bene comune...potrebbe forse funzionare solo supponendo che la rete fosse una creazione divina ed immutabile, così obliterando tutte le complessità delle sue diramazioni...l'impressione complessiva è che, nella declinazione telematica della dottrina dei beni comuni, quel che c'è di nuovo non sia particolarmente utile e quel che c'è di utile non sia affatto nuovo”. ¹⁵⁸

¹⁵⁷ Consiglio di Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006, n. 555, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵⁸ Massimiliano Trovato, in *beni comuni oltre i luoghi comuni* a cura di Somaini, IBL libri 2015, pag.278.

CAPITOLO QUARTO

LA GOVERNANCE DEI BENI COMUNI

1. Il principio di sussidiarietà

Secondo la regola generale sancita nel primo comma dell'articolo 118 della Costituzione, ai Comuni è attribuita la competenza per lo svolgimento delle funzioni amministrative, gli altri enti territoriali dello Stato sono a loro volta titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle che, in base al principio di sussidiarietà, oltre che di differenziazione ed adeguatezza, sono attribuite loro dalla legge.

Il principio di sussidiarietà è dunque consacrato a livello costituzionale nel titolo V della Costituzione italiana e funge da “principio ispiratore delle attività dei pubblici poteri”¹⁵⁹ con riferimento, in particolare, all'esercizio delle funzioni amministrative.

La lettera dell'articolo 118 della Costituzione lascia intendere come la sussidiarietà sia un concetto al servizio dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa, portate a compimento attraverso la ragionevole suddivisione delle funzioni tra vari soggetti.

La suddivisione posta in essere dalla norma, impone che “l'organizzazione di governo inferiore (*subsidiata*) abbia una vasta sfera d'azione (...) restando confinata, appunto, l'azione dell'ente superiore al *subsidio* di essa, laddove necessario”¹⁶⁰ ; questo perché le istituzioni che appaiono maggiormente idonee a conoscere i bisogni del cittadino e conseguentemente ad agire efficacemente per rimuovere gli ostacoli al suo pieno sviluppo, sono quelle più prossime a quest'ultimo. È questa la prima accezione del principio, riassunta nel concetto di sussidiarietà verticale.

¹⁵⁹ V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in <<Enciclopedia giuridica “Treccani”>>

¹⁶⁰ *Ibidem*

La seconda accezione del principio – di particolare interesse, in questa sede –, emerge dalla lettura dell'ultimo comma dell'articolo 118, in particolare laddove è sancito che: “Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”. In base alla c.d. sussidiarietà orizzontale, gli enti territoriali “favoriscono” il riconoscimento di un ruolo attivo nei confronti dei cittadini nella cura dell'*interesse generale*.

Il principio di sussidiarietà, dunque, in entrambi i suoi significati, accanto all' effetto positivo di attribuire il potere di esercitare funzioni di natura amministrativa, rispettivamente agli enti territoriali (sussidiarietà verticale) ed agli individui (sussidiarietà orizzontale), produce anche un effetto negativo: la sussidiarietà verticale, infatti, sottrae l'esercizio delle funzioni amministrative agli enti governativi più lontani dal cittadino, salvo attribuire loro la facoltà di intervenire a sostegno delle organizzazioni minori, laddove, nel caso concreto, risulti opportuno, in tal modo i principi di decentramento e di autonomia locale, già dotati di coperture costituzionale, ne risultano riscoperti e valorizzati.

Nell'ambito della sussidiarietà orizzontale, invece, sono le stesse istituzioni governative a doversi astenere dall'esercizio le proprie funzioni amministrative per consentire ai cittadini di organizzarsi autonomamente e gestire i propri interessi. Ai cittadini ed alle formazioni sociali viene per la prima volta attribuito a livello costituzionale un ruolo attivo, funzionale alla gestione del territorio. La pregnanza di tale attribuzione risiede nell'idea ad essa sottesa: i cittadini sono in grado, e quindi sono messi nelle condizioni, di collaborare tra loro per tutelare l'interesse generale.

Il principio di sussidiarietà, in entrambe le sue accezioni, è divenuto soltanto recentemente – a seguito della riforma del Titolo V del 2001 – il principale criterio di ripartizione delle competenze amministrative, sebbene anche precedentemente non fosse estraneo al nostro ordinamento. Si è sancito il superamento del precedente principio del parallelismo in quanto nel tempo è stata sempre più avvertita l'esigenza di superare i rigidi schemi formali tradizionalmente alla base del funzionamento degli istituti di diritto

amministrativo, per tendere, con progressivo favore, ad un sistema ispirato al criterio dell'elasticità.

A ben vedere, dietro la lettera del quarto comma dell'articolo 118 Cost. può cogliersi la concezione filosofica dell'uomo su cui si fonda il pensiero di Ostrom. Siamo lontani dall'idea dell'uomo destinato a sottostare alla regola dell'*homo homini lupus* nel muoversi nella società e per sopravvivere all'interno di essa; è invece dato pieno riconoscimento alla componente solidaristica e collaborativa¹⁶¹ della natura umana.

Il fondamento del principio di sussidiarietà ed in particolare di quella orizzontale "è la convinzione che ogni individuo umano, possieda in intrinseco e inalienabile valore, o dignità, e che dunque il valore della singola persona umana sia ontologicamente e moralmente superiore a quello dello Stato. (...) Tutte le altre forme di società, dalla famiglia allo Stato, all'ordinamento internazionale, dovrebbero essere in ultima analisi al servizio della persona umana"¹⁶².

Sembrerebbe dunque che le riforme costituzionali del 2001 possano inserirsi nel contesto dell'acceso dibattito sull'insufficienza del paradigma dell'*homo oeconomicus*¹⁶³, andando ad evidenziare la necessità di favorire le energie sociali focalizzate al perseguimento dell'interesse generale, anche l'opportunità di tale scopo. Tale opportunità si fonda sull'idea che l'uomo nel suo agire non è spinto unicamente da interessi egoistici: alcuni interessi del cittadino, coincidono con interessi degli altri cittadini e soltanto un'azione congiunta può portare al soddisfacimento di siffatti interessi (si pensi alla cura del proprio quartiere).

1.1 Beni comuni ed articolo 118

¹⁶¹ Ostrom E., *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006

¹⁶² P.G. Carrozza, *Sussidiarietà e sovranità negli ordinamenti sovranazionali*, in G. Vittadini, p. 115

¹⁶³ L. Becchetti, *Oltre l'homo oeconomicus. Felicità, responsabilità, economia delle relazioni*, Citta nuova, Roma, 2007.

Nell'ottica tradizionale del *Welfare State* la posizione cui il cittadino è relegato è segnata da un'inerte passività. Le pubbliche amministrazioni, destinatarie delle più svariate istanze sociali, tentando di soddisfare i bisogni dei cittadini, rimangono spesso intrappolate in complessi e costosi schemi burocratici che, nel migliore dei casi, rallentano e, fin troppo spesso, pregiudicano incontrovertibilmente la buona riuscita del procedimento. Lo stesso può dirsi del paradigma istituzionale dello *Stato regolatore*, in cui lo Stato assume il compito di arbitrare “il libero gioco della concorrenza fra operatori privati impegnati a produrre anche beni e servizi di interesse generale secondo logiche di mero profitto privato”¹⁶⁴, la società civile è parimenti destinata ad una posizione di inerzia.

Il clima di sfiducia nei confronti di quello che dovrebbe essere il principio cardine del sistema, il buon funzionamento della pubblica amministrazione, è ormai talmente radicato da apparire inevitabile.

È forse questa una delle ragioni principali per cui il principio di sussidiarietà orizzontale, fondamento della partecipazione diretta dei cittadini all'amministrazione, non ha ancora assunto il ruolo determinante che, nella cura dell'interesse generale, dovrebbe e potrebbe avere.

L'analisi delle effettive implicazioni che, potenzialmente, scaturirebbero da un'adeguata applicazione del principio, nonché del connaturato legame con il tema dei beni comuni, – nell'accezione degli stessi accolta in questa sede – non può che partire dal concetto stesso di “interesse generale”.

Preliminarmente è però bene ribadire come la sussidiarietà orizzontale detti il riparto delle funzioni pubbliche e private, in particolare nei due casi in cui l'iniziativa privata sussista e nel caso in cui manchi¹⁶⁵.

Nel primo caso, la pubblica amministrazione non può sostituirsi all'attività dei privati ma anzi deve favorirla, laddove l'iniziativa privata sia ispirata ai criteri di efficacia ed efficienza; nel secondo caso sono le pubbliche amministrazioni a dover provvedere al soddisfacimento dell'interesse generale, o quanto meno dovrebbero, considerati i limiti finanziari e strutturali che comunque

¹⁶⁴ C. Iaione, *Beni comuni e innovazione sociale*, p. 65

¹⁶⁵ V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in <<Enciclopedia giuridica “Treccani”>>

l'amministrazione si trova inevitabilmente a fronteggiare. Difatti, se ci si sofferma sul più volte richiamato concetto di interesse generale contenuto nell'articolo 118 ultimo comma, "sembra si possa affermare che la norma non si riferisca ai servizi pubblici (...) (pur essendo queste attività senz'altro configurabili come di interesse generale)"¹⁶⁶. Questo perché gli obblighi a carico dello Stato in tema di servizi pubblici hanno già matrice costituzionale (si pensi agli articoli 41, 42, 43, 117 Cost.), nonché europea (si pensi alla regolamentazione del settore dell'energia elettrica). Di conseguenza, poiché la disciplina sui servizi pubblici è già sufficientemente garantista, non si vedrebbe la ratio della modifica dell'articolo 118 scaturita dalla riforma del 2001.

I settori cui si riferisce la norma allorché fa riferimento alle "attività di interesse generale" potrebbero piuttosto essere individuati nella manutenzione dei beni pubblici o culturali, nella protezione e cura dell'ambiente¹⁶⁷, dunque proprio nella gestione dei beni comuni.

"Il concetto di beni comuni rappresenta, allora, una metonimia di "interesse generale", cioè uno scopo comune nel quale si compendiano, si fondono, si armonizzano, entrano in sinergia, convergono interessi pubblici, interessi privati, interessi collettivi"¹⁶⁸. Non deve sfuggire il fine proprio dell'articolo 118 comma 4: esso funge da base per la configurazione di un modello giuridico che consenta al cittadino di partecipare attivamente alle funzioni amministrative, sempreché le sue prestazioni si configurino come più efficienti rispetto a quelle alternativamente offerte dalle amministrazioni pubbliche.

Se così è, i beni comuni cui si è fatto riferimento, non possono che essere i beni collocati in una dimensione ristretta, urbana nel senso lato del termine. Chi, meglio di un gruppo di cittadini residenti nel medesimo quartiere, potrebbe predisporre programmi di cura e valorizzazione del relativo territorio, ad esempio predisponendo dei programmi a garanzia dell'ambiente? L'ambiente in quanto bene comune assume dunque delle dimensioni che sono a portata del privato

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 12

¹⁶⁷ E. Ferrari, *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. Pubbl.* 1. 2002, 99

¹⁶⁸ C. Iaione, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in ??

cittadino, il quale non può certo intervenire per garantirne la tutela a livello nazionale o, ancor meno, a livello globale, tuttavia può attivarsi e collaborare nel suo ambito contenuto, a vantaggio di tutti i residenti. Ed ecco che si realizza l'“interesse generale”.

1.2 Sussidiarietà: *subsidio* dell'efficienza

La funzione amministrativa è tradizionalmente concepita come attività autoritativa della pubblica amministrazione, la quale si avvale dei poteri attribuiti dalla legge, nel rispetto dei relativi limiti, per incarnare un ruolo centrale nell'esercizio del potere esecutivo: in tal senso, l'attività amministrativa è, dunque, “tecnica giuridica per il perseguimento di un compito, fondata su un potere”¹⁶⁹.

Tale concezione è, in realtà, strettamente connessa a quell'assetto organizzativo caratterizzato da “compattezza ed unitarietà, secondo il principio gerarchico”¹⁷⁰ che, in passato, ha caratterizzato l'amministrazione italiana.

Oggi non è più concepibile inquadrare così rigidamente il fenomeno dell'azione amministrativa in ragione del superamento del carattere monolitico ed autoritario dello Stato.

L'affermazione del principio di sussidiarietà verticale, spingendo verso una progressiva estensione dell'autonomia degli enti locali, ha infatti contribuito al superamento del principio gerarchico quale ratio di funzionamento del sistema amministrativo ed al conseguente affermarsi del principio della distinzione tra politica ed amministrazione¹⁷¹.

Alla base delle nuove caratteristiche che l'organizzazione e le forme di azione amministrativa hanno assunto, sicuramente risiede la scarsa efficienza del precedente modello.

¹⁶⁹ D. De Tommaso, *La funzione amministrativa tra semplificazione e sussidiarietà orizzontale*, in Altalex, 2014, p 1

¹⁷⁰ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013, p 323

¹⁷¹ *Ibidem*

L'affermarsi ed il mutamento degli interessi settoriali di cui una società in continua evoluzione come la nostra si fa portatrice non si prestano ad essere gestiti efficacemente ed efficientemente in assenza di adeguati margini di discrezionalità entro cui gli enti competenti possano muoversi.

Se si considera poi che, sempre più spesso, le amministrazioni sono chiamate ad intervenire in settori caratterizzati da un elevato livello di tecnicità, risultano ancor più lampanti i limiti strutturali di cui il nostro sistema soffre.

Laddove venga invece privilegiato "l'intervento dei soggetti nell'ambito più vicino possibile agli interessi coinvolti"¹⁷² e quindi si perpetri un'opera di redistribuzione dei compiti ai diversi soggetti, pubblici o privati, l'intero sistema potrà guadagnare in efficienza oltre che sostenibilità.

È in questa direzione che le recenti tendenze di semplificazione ed ammodernamento dell'ordinamento si muovono a partire proprio dalla riforma del 2001 al titolo V della Costituzione che eleva il principio di sussidiarietà – cui tali riforme sono ancorate – a rango costituzionale.

Un siffatto ammodernamento organizzativo, affinché funzioni, non può prescindere dalla previsione di forme di coordinamento tra i diversi soggetti partecipi dell'attività amministrativa.

Se tutto questo è vero ed è valido per quanto concerne l'aspetto verticale della sussidiarietà, lo è, a maggior ragione per quella orizzontale e può avere connessioni significative con il tema dei beni comuni.

In effetti si è sopra sottolineato come è sembrato velleitario ed improduttivo il tentativo di individuare i beni comuni con una metodologia ideologica, legata ad una visione precisa dell'assetto della società e riferita alle esigenze primarie della persona. Altra via, forse più concreta e proficua, potrebbe rinvenirsi proprio nel loro ancoraggio a profili di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Ma procediamo con ordine.

¹⁷² S. Staiano, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in *Federalismi.it*, 2006

2. Sussidiarietà e partecipazione, la modernizzazione del sistema

“Venendo a considerare il rapporto tra semplificazione e principio di sussidiarietà orizzontale, si osserva che [...] entrambi forniscono risposta all’esigenza di modernizzare il sistema in nome della nuova concezione del bene pubblico [...].

Dunque, il punto di contatto tra semplificazione e principio di sussidiarietà orizzontale sta nel paradigma della c.d. auto-amministrazione che descrive i casi in cui l’interesse pubblico viene perseguito da parte dei privati ai quali compete la definizione della fattispecie giuridica in luogo dell’amministrazione”¹⁷³.

Per cogliere la portata delle suddette tendenze di semplificazione ed ammodernamento, un utile punto di partenza può rinvenirsi nella legge sul procedimento amministrativo del 1990.

Sebbene fino ad ora si sia trattato di sussidiarietà orizzontale nella sua accezione più ristretta, vale a dire come principio che sottende la facoltà dei cittadini di sostituirsi *in toto* alla pubblica amministrazione nell’esercizio di attività amministrative, di fatto, applicazioni più late del principio hanno, a loro volta, un’indubbia rilevanza. In particolare infatti, in tema di partecipazione al procedimento, il principio base, più che il principio di sussidiarietà orizzontale, è il principio partecipativo-democratico¹⁷⁴: “la partecipazione è infatti uno strumento fondamentale della sussidiarietà, non la sua unica ed esclusiva declinazione”.

Considerato il vasto ambito di applicazione della legge 241 del 1990, la portata innovativa delle disposizioni in essa contenute può essere d’aiuto nel dimostrare come il nostro Ordinamento sia sempre più aperto a nuove forme di collaborazione pubblico-privata e come l’accresciuto livello di elasticità che ne consegue sia strumentale alla causa dei beni comuni, ancora privi di un’opportuna copertura giuridica, probabilmente proprio a causa dell’indeterminatezza che caratterizza il tema.

¹⁷³ D. De Tommaso, *La funzione amministrativa tra semplificazione e sussidiarietà orizzontale*, in *Altalex*, 2014, p 6

¹⁷⁴ U. Allegretti, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n 3, 2006

La legge 241 del 1990 non prevede una disciplina organica ed esaustiva del procedimento in tutte le sue fasi ma, piuttosto, contiene disposizioni che, applicandosi a tutti i singoli procedimenti amministrativi, li integrano attraverso alcuni fondamentali istituti¹⁷⁵ e ne stabiliscono i caratteri comuni. L'aspetto più innovativo ed in questa sede ritenuto rilevante, sta nel nuovo modello di rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione che ne risulta completamente ridisegnato. In primo luogo sono colmate "la distanza e la separatezza tradizionali tra amministrazione e soggetti privati, che vedevano come unico punto di contatto tra essi il provvedimento autoritativo emanato in modo unilaterale"¹⁷⁶: il privato è messo nelle condizioni di rivestire una parte attiva durante il procedimento, specularmente la Pubblica Amministrazione è provvista di informazioni utili allo svolgimento delle proprie funzioni, potendo così conoscere il punto di vista degli individui che più direttamente saranno destinatari dell'atto cui è preposto il procedimento stesso.

2.1 La legge sul procedimento amministrativo del 1990

Il capo III della legge è rubricato "partecipazione al procedimento", le disposizioni in esso contenute, dalla comunicazione di avvio al procedimento ex articolo 7, ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici ex articolo 12, incarnano la nuova fisionomia del rapporto cittadino-amministrazione, improntata sull'ottica della collaborazione: "al <<dialogo>> procedimentale possono partecipare, non solo i singoli individui incisi dal provvedimento amministrativo, ma anche i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati"¹⁷⁷.

In base all'articolo 10 della legge 241 del 1990:

I soggetti di cui all'articolo 7 e quelli intervenuti ai sensi dell'articolo 9 hanno diritto: a) di prendere visione degli atti del procedimento, salvo quanto previsto dall'articolo 24; b) di presentare memorie scritte e documenti, che

¹⁷⁵ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013

¹⁷⁶ *Ibidem*, p 234

¹⁷⁷ *ibidem*, p 234

l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

L'articolo 7 fa riferimento ai soggetti nei confronti dei quali sussiste l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento, vale a dire “i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire”, nonché “ai soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai suoi diretti destinatari”. Mentre l'articolo 9, nel disciplinare il diritto di intervento nel procedimento, si riferisce a “qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento”.

Risulta estremamente estesa la titolarità della facoltà di ottenere informazioni inerenti al procedimento e di partecipare ad esso direttamente, offrendo memorie scritte e documenti all'amministrazione competente sulla quale, peraltro, incombe l'obbligo di analizzarne e quindi valutarne il contenuto. Cittadino ed amministrazione sono dunque posti sullo stesso piano nella cura dell'interesse di volta in volta oggetto del procedimento e tale interesse appare sempre più chiaramente come un interesse non necessariamente qualificabile come un interesse legittimo. Il ruolo attribuito alle associazioni o comitati portatori di interessi diffusi risulta qui determinante.

Gli interessi diffusi possono infatti consistere oltre che in situazioni giuridiche soggettive tipizzate, quindi interessi legittimi o diritti soggettivi, anche in interessi di mero fatto, vale a dire interessi che, di norma, sono privi di tutela giuridica.

Essi “sono riferibili, in modo indistinto alla generali della collettività, o a categorie più o meno ampie di soggetti, (consumatori, utenti, risparmiatori, fruitori dell'ambiente)”.¹⁷⁸

L'articolo 9 dà, quindi, ingresso nel procedimento ad interessi della collettività che non necessariamente coincidono con l'interesse pubblico istituzionalmente curato dall'amministrazione competente.

¹⁷⁸ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo, il Mulino, 2013*, p. 142

Questo canale d'ingresso nel procedimento a favore di tali atipici interessi, è degno di nota se si considera che gli interessi di fatto sono tradizionalmente esclusi da ogni forma di tutela –procedimentale e giurisdizionale –; un interessante spunto di riflessione potrebbe risiedere nell'idea che gli interessi di fatto, cui l'articolo accorda effettivamente una tutela sono in particolare quelli qualificabili come “diffusi”.

La ratio su cui la tutela si fonda non sembra risiedere, dunque, nelle caratteristiche proprie dell'interesse, che, d'altronde, non assume neanche i connotati dell'interesse legittimo, ma piuttosto nella titolarità diffusa dell'interesse stesso.

È lampante che di tale disciplina i beni comuni possano giovare, e che, dalla sua applicazione, essi possano emergere nella loro estrema varietà: se un interesse diffuso che abbia ad oggetto la protezione, valorizzazione, amministrazione di un bene, trova nell'articolo 9 una – seppur embrionale – forma di tutela, bisogna ammettere che la proprietà del bene in questione è qui del tutto irrilevante, in quanto altrimenti si rientrerebbe nella situazione giuridica soggettiva dell'interesse legittimo, con conseguente irrilevanza dell'articolo in questione.

“In accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'articolo 10, l'amministrazione precedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo”. Così recita il primo comma dell'articolo 11 della legge 241 del 90. La disposizione così formulata, è frutto della modifica posta in essere dall'articolo 7, comma 1, lettera a), legge n. 15 del 2005: dunque l'evoluzione stessa della legge è in linea con il ruolo attivo che l'individuo sta assumendo rispetto alle materie oggetto dei provvedimenti amministrativi.

In particolare qui il cittadino è chiamato a partecipare alle scelte di carattere discrezionale dell'amministrazioni: scelte quindi che non sono pienamente determinate o caratterizzate da una illimitata libertà dell'ente competente.

La più autorevole dottrina concepisce la discrezionalità amministrativa

come “l’essenza stessa dell’amministrare”¹⁷⁹: essa consiste nella facoltà delle pubbliche amministrazioni, di adottare le decisioni più idonee alla realizzazione dell’interesse pubblico di cui sono portatrici, nel rispetto dei limiti posti dalla norma di conferimento del potere¹⁸⁰. L’interesse pubblico cui ho fatto riferimento, però, non deve essere inteso restrittivamente come l’interesse specifico direttamente coinvolto dal provvedimento, o comunque non solo. La pubblica amministrazione è infatti chiamata a compiere un bilanciamento di tutti gli interessi in gioco nel caso concreto e quindi a determinare il contenuto del provvedimento in maniera da limitare al massimo il sacrificio dei vari interessi contrapposti. All’interesse cosiddetto primario affidato all’amministrazione designata dalla norma di conferimento del potere, si affiancano così altri interessi suscettibili di essere lesi: abbiamo visto, non solo interessi legittimi, ma anche gli interessi diffusi, atipici, cui l’articolo 9 dà ingresso nel procedimento. Il cittadino entra quindi nel vivo dell’attività amministrativa, nell’attività discrezionale ed ha il diritto di farlo a prescindere da una rigida qualificazione formale della propria situazione giuridica soggettiva. Si afferma l’idea quindi di una pari dignità dei soggetti pubblici e privati nel farsi carico del compito di gestire gli interessi in gioco.

L’ultima disposizione della legge sul procedimento amministrativo che risulta rilevante per i temi qui trattati è stata introdotta *in toto* dall’ articolo 6 della legge n. 15 del 2005. Si tratta dell’articolo 10 *bis* che così recita: “nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del

¹⁷⁹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo, il Mulino, 2013*, p. 114

¹⁸⁰ A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli 1984, I, pp 571 ss

termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali”.

Questo istituto è stato espressamente considerato dalla giurisprudenza come un caso di attuazione dell'articolo 118 comma 4 della Costituzione¹⁸¹. Qui il cittadino chiamato a partecipare al procedimento è colui da cui è partita l'iniziativa, quindi il privato il cui interesse si può realizzare soltanto a seguito all'emanazione del provvedimento: gli è data la possibilità di presentare memorie scritte e documenti per dissuadere l'amministrazione investita del procedimento dall'emanare un provvedimento di diniego, laddove quest'ultima gli abbia comunicato i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. “Ciò che sembra più significativo è il nuovo dialogo che viene ad instaurarsi tra cittadino, con le sue ragioni, e organi amministrativi, con la possibilità di un accoglimento (tardivo) delle osservazioni dell'ultima fase procedimentale prodotte dall'istante: il risultato di un siffatto contraddittorio endo-procedimentale sembra destinato a produrre - tra gli altri vantaggi - un indubbio miglioramento in termini di qualità dell'atto finale”¹⁸². Si è detto che il richiamo della legge sul procedimento amministrativo non è propriamente da intendersi come un esempio di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale: la partecipazione, ribadisco, costituisce solo uno degli aspetti che ne scaturisce ma non l'unico, e sicuramente non il più significativo. Ciò nonostante, è stato rilevato in dottrina¹⁸³ che l'inserimento del comma 1-ter all'articolo primo della legge sul procedimento – *I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1* – ad opera dell'articolo 1 comma 1 lettera b) della legge 15 del 2005, consente la diretta applicazione dei principi di cui al comma 1 della legge 241/90 anche alle attività amministrative svolte da soggetti privati. Ci si riferisce, in particolare, ai criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza,

¹⁸¹ Tar Lazio, Roma, sez II-bis, 16 marzo 2009, n 2690

¹⁸² G. Mastrodonato, *la motivazione del procedimento nella riforma del 2005*, 2005, in *LexItalia.it*

¹⁸³ V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in <<Enciclopedia giuridica “Treccani”>>

nonché dei principi deducibili dall'ordinamento comunitario.

2.2 Il significato delle nuove tendenze dell'ordinamento nell'ambito dei beni comuni

Tutte le disposizioni richiamate contribuiscono a rendere un'idea della direzione che le evoluzioni in atto nel nostro ordinamento stanno assumendo. È di grande significato che le forze motrici di tali evoluzioni – sotto il profilo più pragmatico, la necessità di modernizzare i moduli d'azione amministrativa garantendo una maggiore valorizzazione del criterio di efficienza, sotto un profilo più filosofico, la concezione del cittadino come soggetto in grado, anche più dell'amministrazione, di curare gli interessi del contesto (territoriale, sociale, ambientale) in cui vive – siano pienamente coincidenti con quelle che dovrebbero guidare la costruzione della disciplina dei beni comuni. Se le istituzioni si lasciassero guidare da questi criteri, concedendo un margine di elasticità all'azione delle forze sociali che si stanno sprigionando, saranno i beni comuni stessi ad affiorare, nella loro accezione più autentica ed opportuna: il termine “bene comune” cesserà di rivestire l'ingrato ruolo del grande contenitore aperto ad essere riempito senza criterio.

3. L'operatività della sussidiarietà orizzontale

Si è tentato, fino ad ora, di mettere a fuoco le nuove sembianze che il rapporto tra cittadini ed amministrazione sta assumendo, con qualche cenno alla particolare rilevanza del tema in relazione al discorso dei beni comuni. Diventa ora opportuno far luce sulla portata e sul significato di queste connessioni, analizzando le applicazioni che del principio di sussidiarietà sono state poste in essere dai giudici oltre che da atti normativi secondari. Innanzitutto occorre anticipare come, in realtà, al riconoscimento della natura costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale, come fin troppo spesso avviene, non è

seguita una prassi applicativa coraggiosa che lo abbia portato ad un'attuazione piena. Le ragioni di tutto ciò sono da ricercare probabilmente nella complessità insita nel principio stesso, il quale è spesso concepito come “un'impostazione generale dell'ordinamento”¹⁸⁴, e quindi applicabile solo all'ordinamento nel suo complesso, “ciò determina chiaramente notevoli problemi anche sul piano della giustiziabilità del principio”¹⁸⁵.

Dalla lettera dell'articolo 118 comma 4 – *Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà* – si può dedurre che “l'elemento centrale e caratterizzante del rapporto tra enti territoriali e soggetti privati delineato [...] è da rinvenire dunque nella locuzione *favoriscono*”.¹⁸⁶ Come viene opportunamente messo in evidenza dalla richiamata dottrina, a carico della pubblica amministrazione viene quindi a configurarsi un obbligo – non una mera possibilità, ma un obbligo giuridico a tutti gli effetti – di favorire i privati nello svolgimento delle funzioni di interesse generale. Naturalmente, la puntuale analisi del contenuto di quest'obbligo della Pubblica Amministrazione non può prescindere dalle variabili proprie di ogni caso concreto, tanto da rendere difficile, se non impossibile, offrirne un'idea esaustiva in quanto il tema è trattato soltanto in generale. Si può affermare che le pubbliche amministrazioni devono, in primo luogo “riconoscere e rispettare l'autonomia dell'individuo e dei livelli inferiori; in secondo luogo, devono porre le condizioni di stabilità e sicurezza affinché questa ultima possa realizzarsi; in terzo luogo, devono garantire le forme e i mezzi attraverso cui alla società è consentito partecipare all'espressione della sovranità”¹⁸⁷; infine devono porre le basi affinché le manifestazioni di autonomia si sviluppino e si rafforzino nel corso del tempo”.¹⁸⁸ Queste quattro implicazioni del principio, non sempre hanno trovato terreno fertile sul piano legislativo e

¹⁸⁴ S. Pellizzari, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, p. 595

¹⁸⁵ *Ibidem*

¹⁸⁶ V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in <<Enciclopedia giuridica “Treccani”>>, p. 14

¹⁸⁷ P. Duret, *sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, p. 26

¹⁸⁸ S. Pellizzari, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive di attuazione*, p. 597

regolamentare. I casi in cui sono effettivamente stati predisposti strumenti giuridici innovati al servizio della collaborazione pubblico-privata, sono ancora delle eccezioni rispetto alla generale impostazione del sistema amministrativo. Il che è dimostrato anche dallo “scarso impiego degli strumenti più innovativi (come per esempio gli accordi)”¹⁸⁹ previsti dalla legge 241 del 1990.

In ogni caso in dottrina – in particolare, Antonini – è sostenuto che dalla sola operatività del principio, si possa dedurre la sussistenza dell’obbligo, a carico della pubblica amministrazione, di motivare puntualmente le proprie ragioni laddove essa decida di sostituirsi al cittadino nell’esercizio di attività di interesse generale. Tali motivazioni devono essere fondate su una migliore realizzazione dei criteri di efficienza ed efficacia nello svolgimento della suddetta attività.¹⁹⁰ Ma c’è di più: il carattere giuridico di quest’obbligo, offre un ambito di “giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale”¹⁹¹, in altre parole, può costituire un parametro di valutazione dell’intervento della pubblica amministrazione per il giudice amministrativo.

3.1 La giurisprudenza: il principio di sussidiarietà orizzontale applicato sui beni comuni

Un ruolo più attivo è stato invece assunto dalla giurisprudenza: sono numerose le pronunce in cui, i diretti riferimenti alla sussidiarietà orizzontale, consentono di coglierne qualche ipotesi di applicazione. Ciò non di meno, non solo la tendenza a connotare il principio da un ampio livello di generalità rimane molto diffusa, ma inoltre, in dottrina si rinvengono spesso pareri critici rispetto ad alcune pronunce, cui viene rimproverato di svilire il principio piuttosto che valorizzarlo ed attuarlo adeguatamente. Mi limiterò a riportare pochi esempi in cui il Consiglio di Stato in sede consultiva, la Corte Costituzionale ed un Tribunale

¹⁸⁹ M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013, p. 235

¹⁹⁰ V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, in <<Enciclopedia giuridica “Treccani”>>.

¹⁹¹ L. Antonini, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale*, in *Quaderni Costituzionali*, n.3/2003, pag 637

Amministrativo si sono confrontati la questione in esame, con l'obbiettivo di dare un'idea più concreta del supporto che i beni comuni possono trovare nel principio di sussidiarietà con 'il perseguimento dell'interesse generale attraverso l'esercizio dell'autonomia privata' »¹⁹².

Il Consiglio di Stato ha emesso il parere n.1794 del 26 agosto 2002 riferito al decreto emanato dal Ministero per i beni e le attività culturali in relazione all'articolo 10 del decreto legislativo 368 del 20 ottobre 1998, riguardante la costituzione di società per azioni aventi lo scopo sociale di tutelare i beni culturali e la partecipazione in tali società. In tale parere il Consiglio di Stato rinviene nel principio di sussidiarietà orizzontale "il criterio propulsivo in coerenza al quale deve svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo". In questo caso, il Consiglio di Stato ha evocato l'autonomia dei privati di iniziativa economica a sostegno di finalità di interesse generale.

Altra importante pronuncia in proposito è emessa dalla Corte Costituzionale, numero 301 del 29 settembre 2003, a seguito dei "ricorsi l'uno promosso in via diretta dalle regioni: Marche, Toscana, Emilia Romagna ed Umbria e l'altro promosso, in via incidentale, con ordinanza di rimessione da parte del Tar Lazio, che affermavano che le modifiche apportate, alla disciplina delle fondazioni di origine bancaria, dall'articolo 11 della legge 448 del 28 dicembre 2001 (finanziaria 2002) che è intervenuto a modificare il decreto legislativo 153 del 17 maggio 1999 in materia di fondazioni di origine bancaria, avrebbero operato un intervento legislativo dello Stato invasivo della competenza legislativa regionale e della autonomia delle fondazioni di origine bancaria."¹⁹³ Le modifiche in questione ponevano l'obbligo di attribuire una rappresentanza prevalente nell'ambito delle suddette società agli enti territoriale di cui all'articolo 114 del Costituzione. Tale attribuzione avrebbe dovuto essere in linea con il riparto di competenze delineato dagli articoli 117 e 118. La sentenza della Corte ha individuato nei criteri di formazione degli organi della società una forma di *ripubblicizzazione* delle fondazioni, con conseguente illegittimità costituzionale

¹⁹² D. Bolognino, R. Cameli, Fabio Gigliani, *la sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in Labsus.org

¹⁹³ *Ibidem*

della disposizione così modificata. Ciò che risulta da siffatta pronuncia è che “tra le attività di interesse generale ne esistono alcune intimamente connesse con l’attività dei pubblici poteri, altre, complementari ed integrative a queste, che possono essere svolte anche da soggetti privati come le loro fondazioni”¹⁹⁴. In altre parole, la pronuncia ammette che non costituisce un limite per l’azione dei privati – nell’esercizio di attività di interesse generale – la natura sostanzialmente pubblica dell’attività in questione. Se è vero, come è qui ritenuto, che il tema dei beni comuni può trovare uno spazio adeguato, nel nostro Ordinamento, soltanto come espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, questa conclusione risulta particolarmente significativa, dal momento che implica che le azioni che i privati svolgono a tutela dei beni comuni non dovrebbero trovare un limite nella natura pubblica del bene o dell’attività.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della regione Liguria, in occasione della sentenza numero 1479 del 18 novembre 2003, ha avuto occasione di dare attuazione all’articolo 23 della legge regionale del 22 marzo 2000, il quale incoraggia le forme di collaborazione tra enti territoriali e associazioni private, che operano al fine di tutelare la fauna locale.¹⁹⁵ È stata dichiarata contraria all’articolo 23 della suddetta legge regionale, una delibera della giunta regionale, che poneva come limite all’intervento privato ai casi di “carenza – dimostrata – di personale regionale ovvero di volontari specializzati”, impedendo così ai cittadini di attivarsi nei casi in cui gli enti locali “già si avvalgono di personale proprio o di volontari specializzati”. Dichiarando l’illegittimità della delibera in questione è stato rimosso un ostacolo alla concretizzazione del modello di cittadino sotteso dall’articolo 118 della Costituzione, è inoltre emerso il bene “fauna” come bene comune a livello locale, laddove, essendosi i privati organizzati al fine di gestire delle strutture di ricovero per animali, nonché di fornire altri servizi finalizzati al benessere degli animali, le amministrazioni non possono impedire lo svolgimento dell’attività privata ponendo ad essa limiti. Naturalmente è pur sempre necessario che le attività svolte dalle associazioni siano tali da garantire gli standard di efficienza (si pensi alla qualità del servizio offerto, all’adeguatezza dei controlli

¹⁹⁴ F. Giglioni, nel commento alla sentenza in questione, in labsus.org

¹⁹⁵ D. Bolognino, R. Cameli, Fabio Giglioni, *la sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in Labsus.org

predisposti), tuttavia questo è l'unico caso di possibile interferenza in chiave limitativa. In definitiva, come è lucidamente esposto da Bolognino, nel commento alla sentenza del TAR Liguria numero 1479, "in materia di tutela dell'ambiente il potere regolamentare e di indirizzo dei livelli substatali deve porsi in linea con i principi di leale collaborazione tra i vari livelli di governo e di cooperazione tra soggetti pubblici e privati. Sul versante "esterno" dei rapporti tra soggetti pubblici e privati, anche grazie all'esplicito riconoscimento del principio di sussidiarietà orizzontale all'art. 118, comma 4 Cost., sono stati introdotti ed agevolati, in materia ambientale, "modelli consensuali di partecipazione e coinvolgimento dei privati, in forma individuale ed associata".

Queste forme di riconoscimento del principio potranno essere determinanti per consentire ai cittadini di scoprire ai beni comuni, farli emergere in quanto tali e tutelarli, gestirli, dividerli.

4. La dimensione "urbana" dei beni comuni

I beni comuni, sono tali rispetto a quale comunità di riferimento? Quale strada intraprendere affinché i beni comuni possano trovare un loro spazio nel nostro ordinamento? Solo e soltanto i privati devono essere messi in condizione di amministrare i beni comuni? Ritengo che queste domande possano trovare una risposta adeguata proprio nell'ambito dei profili applicativi che del principio di sussidiarietà si cominciano ad affermare sulla scia delle recenti tendenze sopra esposte. Si prenda in considerazione un bene, il territorio – termine che deriva dal latino *territorium*, che, a sua volta, deriva dal termine *territor*: possessore della terra –, esso può essere agilmente definito un bene comune: il territorio nazionale appartiene agli italiani, a tutti gli italiani, e tutti hanno il diritto di fruirne. Definire il territorio nazionale un bene comune, per quanto a mio avviso, sia una scelta che esprime un'idea astrattamente condivisibile, risulta utile, giuridicamente parlando, soltanto laddove da tale qualificazione scaturiscano conseguenze giuridicamente rilevanti: cosa cambierebbe nel contenuto delle norme relative al territorio italiano nel suo insieme a seguito dell'attribuzione a quest'ultimo dello *status* di bene

comune? Se la risposta va cercata alla stregua dell'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, le conseguenze giuridiche di tale qualificazione sarebbero sostanzialmente nulle: come potrebbero i cittadini italiani, con la loro azione congiunta, perseguire l'interesse generale alla cura del territorio adeguatamente – e quindi nel rispetto del criterio di efficienza? La medesima domanda potrebbe essere posta, allo stesso modo, per tutti quei “beni comuni” che hanno una comunità di riferimento particolarmente vasta, si pensi all'ambiente ed alle altre materie trattate nel capitolo precedente. Sembra quindi potersi dedurre che la comunità di riferimento titolare, o meglio, partecipe¹⁹⁶ del bene comune, debba essere più ristretta affinché quest'ultimo, possa essere destinatario di una regolamentazione assestante e più congeniale. D'altronde il dibattito sui beni comuni è giustificato dalla percezione di una lacuna in tal senso nel nostro Ordinamento. C'è ancora da domandarsi quanto la comunità di riferimento debba essere ristretta e quali possano essere i criteri per individuarla. Ed ecco che comincia a capovolgersi la prospettiva, ad invertirsi l'approccio: non siamo più alla ricerca di beni, da qualificare come comuni, ma piuttosto di relazioni di interesse tra gruppi, in qualche modo ristretti, di cittadini, e beni, tali da giustificare l'attribuzione a favore dei membri del gruppo di diritti, o facoltà, esercitabili nei confronti di quei beni.

Nel determinare quanto vasta debba essere la comunità di riferimento connessa al bene, cominciamo a dare risposta al secondo quesito posto, come (intendendosi nello specifico, con quali strumenti giuridici) i beni comuni possano trovare spazio nel nostro Ordinamento. Qui può risultare utile richiamare il regolamento adottato dal comune di Bologna del 2012 sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. Si tratta di uno strumento innovativo fondato sul concetto di amministrazione condivisa, l'espressione più concreta del principio di sussidiarietà orizzontale, che consente ai cittadini di assumere il ruolo attivo nello svolgimento delle funzioni amministrative che l'articolo 118 comma 4 della Costituzione attribuisce loro. Il comune di Bologna è stato il primo – ma non l'unico – ad adottare un

¹⁹⁶ C. Iaione, *la collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*

regolamento di tale portata innovativa, “dimostrando che l'alleanza tra cittadini e istituzioni è non solo auspicabile, ma anche possibile”¹⁹⁷.

Di fondamentale importanza è, in questa sede, la definizione che l'articolo 2 comma 1 lettera a) ci offre di “beni comuni urbani”, definendoli “i beni, materiali, immateriali e digitali, che i cittadini e l'Amministrazione, anche attraverso procedure partecipative e deliberative, riconoscono essere funzionali al benessere individuale e collettivo, attivandosi di conseguenza nei loro confronti ai sensi dell'art. 118 ultimo comma Costituzione, per condividere con l'amministrazione la responsabilità della loro cura o rigenerazione al fine di migliorarne la fruizione collettiva”.

Viene messo in luce, nella nozione accolta dal regolamento – e qui condivisa – che, non solo i beni comuni non costituiscono una categoria preesistente rispetto all'attivazione di una procedura “partecipativa e deliberativa” volta alla loro stessa individuazione; ma anche, e soprattutto, che l'attivazione della suddetta procedura debba essere finalizzata all'istaurarsi di una collaborazione tra cittadini ed amministrazione nella “cura o rigenerazione” degli stessi beni, in linea con quanto stabilito dall'articolo 118 comma 4 della Costituzione. Il bene è comune perché i cittadini vogliono farsi carico dell'amministrazione dello stesso; vogliono esporre le proprie idee su come il bene possa essere valorizzato. Il punto di forza di tale definizione sta nel fatto che è sventato il rischio di estendere il concetto di bene comune, tanto da rendere eccessivamente velleitaria ed onerosa la predisposizione di una norma che lo inquadri giuridicamente.

5. Il carattere innovativo del regolamento di Bologna

La portata innovativa del regolamento si coglie, prima di tutto, dall'esame dei principi su cui esso si fonda, infatti: accanto a principi consolidati, quali la pubblicità e trasparenza o la responsabilità, sia dei cittadini che delle

¹⁹⁷ A. Ciccotti, *Città beni comuni: presentato a Bologna il regolamento per l'amministrazione condivisa*, in CSVnet.it, 2014

amministrazioni, particolarmente significativo risulta, ad esempio, l'inserimento dell'innovativo principio di *fiducia reciproca*, previsto dall'articolo 3 comma 1 lettera a) che stabilisce che *l'Amministrazione e i cittadini attivi improntano i loro rapporti alla fiducia reciproca e presuppongono che la rispettiva volontà di collaborazione sia orientata al perseguimento di finalità di interesse generale*.

È evidente il collegamento con l'articolo 118 comma 4, la fiducia reciproca è un principio molto funzionale all'adeguata applicazione della sussidiarietà orizzontale.

Anche il principio di *inclusività ed apertura* (art 3 comma 1 lettera d) è innovativo perché consente che i cittadini possano iniziare a partecipare alla collaborazione "in qualsiasi momento", sancendo così il carattere aperto e dinamico delle attività svolte nell'ambito dei progetti avviati.

Vi sono poi il principio di *informalità* (lettera h) che tende ad arginare il "male comune" che è la burocrazia, spesso in grado di scoraggiare il cittadino dall'intraprendere una qualsiasi iniziativa che presupponga un dialogo con la pubblica amministrazione; e quello di *autonomia civica*, che impone all'amministrazione di concedere argini di movimento autonomo ai cittadini.

La "proposta di collaborazione" ex articolo 2 comma 1 lettera d), formulata su iniziativa dei cittadini, è il primo, indispensabile passo, nella procedura di individuazione dei beni comuni, e questo rende il ruolo dei privati, rispetto a quello delle amministrazioni stesse, non solo paritario, ma addirittura preminente, nella "costruzione" della categoria, con enormi vantaggi acquisiti sul piano dell'efficienza. I cittadini si attiveranno, infatti, laddove percepiscano che il bene in questione, non è gestito in maniera tale da non soddisfare il "benessere individuale e collettivo" al massimo delle sue possibilità. L'amministrazione, considerando da un lato i numerosi oneri che su di essa incombono e dall'altro la carenza di canali comunicativi con i cittadini, non potrebbe avere modo di sapere come, dove e quando intervenire in assenza di una guida offerta dalla cittadinanza attiva.

Le disposizioni del regolamento predispongono un quadro normativo che incide su due aree in particolare: -a) sul "funzionamento dell'amministrazione comunale per rendere organigrammi, procedure e regolamenti orientati alle

possibilità dei cittadini di attivarsi per la cura dei beni comuni; -b) sulla sperimentazione operativa di forme di gestione civica di spazi pubblici su tre aree della città, selezionate attraverso il pieno coinvolgimento dei quartieri”¹⁹⁸. Il regolamento offre, dunque, una “cornice regolatoria”¹⁹⁹ ai c.d. “cittadini attivi”²⁰⁰; vale a dire quei cittadini intenzionati ad offrire le proprie energie, le proprie proposte per alimentare questo processo di *rigenerazione* dei beni comuni mediante il ricorso alla *collaborazione* con l’amministrazione. Da tutto ciò, si può dedurre che la comunità di riferimento dei beni comuni, si determina proprio alla stregua dell’attivazione dei cittadini; in altre parole la qualifica dell’interesse dei cittadini rispetto al bene è data proprio dalla loro attivazione. Non sarebbe quindi ipotizzabile una comunità di riferimento troppo estesa, che prescindendo dalla presenza e conseguentemente dalla concreta partecipazione dei suoi membri alle attività di amministrazione del bene.

Nel modello offerto dal regolamento, trova risposta anche il terzo interrogativo posto all’inizio del paragrafo. “Il ruolo dei beni pubblici, cambia [...], i beni comuni sembrano essere l’origine di un’«innovazione istituzionale», e cioè dell’emergere di un nuovo ruolo del complesso dei poteri pubblici che potremmo definire «Stato relazionale» o «Stato regia»”. Si tratta di uno Stato che produce *governance*, cioè governa reti²⁰¹ di collaborazione tra diversi soggetti, tutti interessati alla realizzazione di uno scopo comune²⁰². I cittadini, nella realizzazione di attività che intendono svolgere nella cura dei beni comuni, hanno necessità di essere coordinati da un soggetto istituzionale. Dunque, la collaborazione che dovrà instaurarsi nello svolgimento delle suddette attività, deve essere realizzata, oltre che tra i cittadini, anche tra cittadini e amministrazione.

I moduli procedurali volti a realizzare queste forme di collaborazione – In particolare: “cura”, “gestione condivisa” e “rigenerazione” – devono essere però improntati alla semplificazione che sappiamo essere divenuta una finalità fondamentale nell’ambito di tutto il sistema organizzativo dell’amministrazione, e

¹⁹⁸ A. Ciccotti, *Città beni comuni: presentato a Bologna il regolamento per l’amministrazione condivisa*, in CSVnet.it, 2014

¹⁹⁹ C. Iaione, *Beni comuni e innovazione sociale*

²⁰⁰ G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all’Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2006

²⁰¹ G. Arena, *Costruire reti di sussidiarietà*, in «Labsus.org», 15 Gennaio 2013

²⁰² C. Iaione, *Beni comuni e innovazione sociale*

che, ancor di più in questo caso, risulta di fondamentale importanza per il superamento degli ostacoli burocratici, spesso percepiti come insormontabili dal cittadino. L'articolo 10 comma 2 è volto proprio a fondare la collaborazione pubblico-privata, su uno schema semplice ed efficiente "al fine di semplificare le relazioni con i cittadini attivi, il Comune individua [...] la struttura deputata alla gestione delle proposte di collaborazione. Tale struttura provvede direttamente all'attivazione degli uffici interessati, costituendo per il proponente l'unico interlocutore nel rapporto con l'amministrazione".

In definitiva, si rinviene nel "patto di collaborazione" (articolo 5 del regolamento) uno strumento prezioso per il raggiungimento di una dimensione giuridicamente valida dei beni comuni. Esso è lo strumento tramite cui viene concordato tutto ciò che serve ed è necessario alla realizzazione degli interventi sui beni comuni. Il contenuto di tale patto non è predeterminato; al comma 2 è anzi stabilito che esso "[...] varia in relazione al grado di complessità degli interventi concordati e della durata della collaborazione [...]". Questo grado di indeterminatezza consente ai cittadini di formulare le più varie proposte di collaborazione, con il solo limite costituito dall'eventuale rifiuto dell'amministrazione competente alla stipulazione del patto di collaborazione laddove "ritenga che non sussistano le condizioni tecniche e di opportunità per procedere" (articolo 11 comma 8). Resta comunque fermo l'obbligo di motivare tale decisione e di comunicarla al richiedente.

Anche l'articolo 23 del regolamento, è indicativo del valore attribuito alla facoltà dei cittadini di partecipare alla progettazione delle opere di cura e rigenerazione dei beni comuni; è infatti stabilito il principio dell'"affiancamento": nel caso in cui oggetto delle suddette opere siano beni comuni considerati "di particolare interesse pubblico" dal Comune e "le risorse che cittadini attivi sono in grado di mobilitare appaiano inadeguate, il patto di collaborazione può prevedere l'affiancamento dei dipendenti comunali ai cittadini. Il "particolare interesse pubblico" attribuito al bene dal Comune, non costituisce dunque un fondamento per il rifiuto da parte della pubblica amministrazione della proposta di collaborazione, ma soltanto il presupposto per affiancare ai cittadini attivi i dipendenti comunali e quindi le risorse del Comune. Il combinato disposto di

questo articolo e dell'ottavo comma dell'articolo 11 del regolamento ci porta ad interpretare restrittivamente i presupposti che legittimano il rifiuto della proposta: in particolare l'assenza delle "condizioni di opportunità" deve fondarsi su motivazioni che prescindano dalla rilevanza attribuita al bene dal Comune. In qualche modo è così arginata la discrezionalità del Comune, nella valutazione circa l'opportunità di procedere con la stipulazione del patto.

5.1 La componente pedagogica dell'amministrazione condivisa

L'efficacia del funzionamento del regolamento di Bologna è strettamente legata alla diffusione della consapevolezza tra i cittadini dell'esistenza di siffatto strumento e dell'accessibilità dello stesso; sono diversi gli articoli volti al perseguimento di tale scopo. Il Comune, ai sensi dell'art. 6 co. 10 ha l'obbligo di pubblicare periodicamente "l'elenco degli spazi, degli edifici o delle infrastrutture digitali che potranno formare oggetto di interventi di cura o di rigenerazione, indicando le finalità che si intendono perseguire attraverso la collaborazione con i cittadini attivi". Questo consente ai tutti gli interessati di prendere parte alle attività intraprese e di risvegliare così l'interesse per il "comune". Anche i patti di collaborazione una volta concordati e sottoscritti devono essere pubblicati sulla rete civica "al fine di favorire la diffusione delle buone pratiche e la valutazione diffusa dei risultati".

L'intero Capo V del regolamento è dedicato alla "formazione" tanto dei cittadini attivi quanto dei dipendenti pubblici: l'amministrazione deve favorire le occasioni di "incontro tra le competenze presenti all'interno della comunità" così da impiegare al meglio le risorse umane che intendano dedicarsi ai beni comuni. Il fatto che i soggetti privati rappresentino un prezioso elemento nello svolgimento delle attività disciplinate dal regolamento, non implica certo che essi non necessitino di un *range* di competenze tale da consentire loro di realizzare i propri scopi. "Applicare le corrette tecniche di intervento nelle azioni di cura, pulizia e manutenzione; acquisire conoscenze sul quadro normativo, sulla prevenzione dei rischi e sul corretto utilizzo dei dispositivi di protezione individuale; documentare

le attività svolte e rendicontare le forme di sostegno; utilizzare consapevolmente le tecnologie, le piattaforme ed i media civici” sono, ai sensi dell’art. 18 co. 4, le competenze che la formazione è volta a far acquisire ai cittadini attivi. “Conoscere ed applicare le tecniche di facilitazione, mediazione e ascolto attivo; conoscere ed utilizzare gli approcci delle metodologie per la progettazione partecipata e per creare e sviluppare comunità; conoscere ed utilizzare gli strumenti di comunicazione collaborativi, anche digitali” sono invece le competenze che la formazione è volta a far acquisire ai dipendenti ed agli amministratori del comune.

La profonda innovazione nel rapporto tra cittadini ed amministrazione di cui il regolamento si fa propulsore, affinché si possa realizzare, deve affondare le proprie radici in un diverso modo di pensare dei singoli cittadini; finché i beni urbani verranno concepiti come beni di nessuno, finché la comunità non avvertirà una responsabilità diretta nei confronti di questi beni, nessuno degli strumenti di partecipazione forgiati dai pochi che percepiscono la necessità di tale innovazione sarà sufficiente e realizzarla. L’articolo 19 può essere letto proprio come una risposta a siffatto problema, viene attribuito al Comune il compito di coinvolgere le scuole, di ogni ordine e grado “quale scelta strategica per la diffusione ed il radicamento delle pratiche di collaborazione nelle azioni di cura e rigenerazione dei beni comuni”. Il coinvolgimento degli istituti scolastici dovrà attuarsi in particolare organizzando “interventi formativi, teorici e pratici sull’amministrazione”, rivolti ad alunni ed alle loro famiglie, è, inoltre consentito che l’impegno degli studenti in tali attività venga valutato ai fini della maturazione di crediti curriculari.

Coinvolgere le scuole nel processo di riavvicinamento dei cittadini ai beni comuni, è un punto cruciale: una componente dell’educazione dei cittadini deve essere finalizzata alla loro formazione in quanto comunità per poter rovesciare il tradizionale atteggiamento di inerzia che ha caratterizzato il loro approccio in passato.

Un ruolo determinante nella realizzazione del radicamento della *governance* è poi attribuito alla rete civica, definita dall’articolo 2 del regolamento come “lo spazio di cittadinanza su internet per la pubblicazione di informazioni e notizie istituzionali, la fruizione di servizi *on line* e la partecipazione a percorsi

interattivi di condivisione”. L’articolo 28 co. 2 rubricato “comunicazione collaborativa” individua nella rete civica “il luogo naturale per istaurare e far crescere il rapporto di collaborazione con e tra cittadini”. La sensibilità dimostrata dal regolamento rispetto all’obiettivo di diffondere la cultura dei beni comuni è molto apprezzabile: la rete civica semplifica enormemente la comunicazione tra cittadini e, conseguentemente, lo scambio e l’elaborazione congiunta di proposte di collaborazione. Una volta correttamente avviato e pubblicizzato, il fenomeno è destinato ad auto-alimentarsi dal momento che entrare a contatto diretto con soggetti impegnati nella cura dei beni comuni fa sì che nei cittadini cresca la consapevolezza che pur non essendo di nostra proprietà i beni comuni, essendo “funzionali al benessere individuale e collettivo”, meritano di essere valorizzati curati ed amministrati secondo le esigenze della società e, soprattutto, dalla società stessa.

Si è già osservato come le attività dell’amministrazione da sola nei confronti dei beni comuni rischino di risultare insufficienti, di contro, l’amministrazione condivisa, di cui sono parte oltre ad alcuni amministratori e dipendenti del Comune anche cittadini attivi, mossi dall’interesse per il bene di volta in volta oggetto delle loro attività e mai da scopi di lucro personale, condurrà a risultati più appaganti per la comunità stessa. I vantaggi risultanti derivanti dall’amministrazione condivisa sono alla portata di tutti e per questa ragione i soggetti privati ne saranno coinvolti in numero sempre maggiore.

5.2 Responsabilità e Costi

Particolarmente delicate questioni relative ai costi della *governance* ed ancor di più delle responsabilità di chi collabora.

Con riferimento alla prima questione, i costi delle opere di cura e rigenerazione dei beni comuni, il regolamento prevede la partecipazione del Comune, nei limiti delle risorse disponibili. Ai sensi dell’articolo 24 co. 6, possono essere rimborsati i costi relativi a “l’acquisto o noleggio di materiali strumentali, beni di consumo e dispositivi di protezione individuale necessari per lo svolgimento delle attività;

polizze assicurative; costi relativi a servizi necessari per l'organizzazione, il coordinamento e la formazione dei cittadini". Naturalmente è fatto divieto di corrispondere compensi ai cittadini attivi per la loro attività di cura condivisa. I cittadini attivi agiscono al di fuori delle dinamiche del mero utilitarismo, le loro attività è svolta per valorizzare il bene comune, e tale valorizzazione costituirà un vantaggio per loro stessi oltre che per l'intera comunità. È dunque l'autofinanziamento la principale fonte di fondi per le attività in questione: il Comune è tenuto ad agevolare la raccolta di capitali da parte dei cittadini, purché sia rispettato il criterio della massima trasparenza circa la destinazione ed utilizzo delle risorse raccolte; inoltre, se il patto di collaborazione lo prevede, può essere concesso ad i cittadini di utilizzare, a condizioni agevolate, gli spazi comunali, ai fini di coadiuvarli nelle iniziative di autofinanziamento.

Il regime di responsabilità previsto dal regolamento, induce i cittadini attivi a condurre con la massima diligenza le loro attività: il Capo VIII rubricato "responsabilità e rischi", contiene la disciplina del riparto delle responsabilità all' art. 32. È innanzitutto stabilito che il patto di collaborazione deve indicare e disciplinare puntualmente i compiti da svolgere e le responsabilità ad essi connesse. I cittadini attivi, ai sensi del comma 2 e 3 del suddetto articolo, "rispondono degli eventuali danni cagionati, per colpa o dolo, a persone o cose nell'esercizio della propria attività" ed "assumono, ai sensi dell'articolo 2051 del codice civile, la qualità di custodi dei beni stessi, tenendo sollevata ed indenne l'amministrazione comunale da qualsiasi pretesa al riguardo". È inoltre previsto una procedura di conciliazione – articolo 33 – nel caso in cui sorgano controversie tra le parti del patto di collaborazione o tra queste e terzi. Tale procedura è svolta davanti ad un Comitato, composto da tre membri, due dei quali nomati dalle parti individualmente ed uno di comune accordo.

6. La circolazione del modello

A seguito dell'entrata in vigore del regolamento di Bologna, sono stati numerosi i Comuni che hanno aderito all'innovazione della *governance* dei beni comuni, tra i tanti: Siena, l'Aquila, Orvieto, Trento, Bari, Torino, Monza.

Questi successivi regolamenti, presentano naturalmente alcune peculiarità, ciò nonostante per lo più si allineano con la concezione di bene comune correlata alla *governance* dello stesso. Andando ad analizzare, ad esempio, il regolamento del Comune di Torino – regolamento numero 375 dell'11 gennaio 2016 – : esso è stato definito come “l'evoluzione più matura del regolamento di Bologna”²⁰³, ne sono stati sottolineati il carattere più snello rispetto all'originale nonché l'innovatività e puntualità delle disposizioni²⁰⁴. Emergono le prime differenze rispetto al modello bolognese dalla lettura dei soli principi guida: nel regolamento torinese si aggiungono i principi di “pari opportunità”, “contrasto alle discriminazioni” e di “prossimità e territorialità”. Quest' ultimo principio, in particolare, è finalizzato al riconoscimento delle comunità locali come “livello privilegiato per la definizione dei patti di collaborazione”²⁰⁵.

Inoltre delle tre tipiche forme di collaborazione ereditate dal regolamento di Bologna, due – la gestione condivisa e la rigenerazione – sono concepite come strumenti di tipo programmatico, piuttosto che come strumenti puntualmente operativi.

All'articolo 7 co. 2 presenta un altro profilo d'innovazione rilevante in tema di organizzazione dell'ente: il direttore generale deve istituire un gruppo di lavoro per l'istruttoria e la valutazione delle proposte di collaborazione; tale gruppo potrà essere dotato di uno sportello per condurre i rapporti con i cittadini. La ratio di tale regola risiede nella maggiore efficienza dell'azione amministrativa che scaturisce dalla flessibilità della struttura di siffatto gruppo: esso è un organo collegiale che ha il potere di convocare altri uffici di volta in volta competenti rispetto alle specifiche proposte di collaborazione. Per ciò che concerne la fase di

²⁰³ L. Muzzi, *Torino, deliberazione del Consiglio Comunale del 11 gennaio 2016, n. 375*, in Labsus.org, 2016

²⁰⁴ *Ibidem*

²⁰⁵ *Ibidem*

approvazione del patto, sono previste diverse procedure di manifestazione del consenso del Comune a seconda che si tratti di forme di collaborazione ordinarie – articolo 8 –, patti stipulati a seguito di una consultazione pubblica – articolo 9 – o di una proposta spontanea dei cittadini attivi – articolo 10 –: in considerazione della varietà di patti di collaborazione astrattamente possibili, risulta opportuno che anche le procedure siano diversificate tra loro e coerenti con le caratteristiche dei singoli patti.

Altro regolamento che aderisce al modello bolognese è il regolamento dell'amministrazione condivisa senese – delibera numero 153 del 22 maggio 2014 del comune di Siena –, a differenza del regolamento di Torino, questo regolamento non si è però contraddistinto per innovatività rispetto al modello bolognese.

Dei principi su cui il regolamento di bologna si fonda, si salva qui soltanto il principio di sussidiarietà orizzontale – articolo 1 –.

Per quanto concerne più propriamente le forme di collaborazione: “la collaborazione tra cittadini attivi ed amministrazione non avverrà esclusivamente attraverso moduli negoziali ma anche con atti amministrativi autoritativi, fatto che ovviamente priva di gran parte della sua originalità il regolamento e mal si concilia con il principio di sussidiarietà orizzontale”²⁰⁶, tale scelta sembra rispondere più a “logiche di *government* centrate sul paradigma bipolare”²⁰⁷, piuttosto che a “logiche di *governance* centrate sul "paradigma sussidiario" ”²⁰⁸. “La gestione della collaborazione con i cittadini non è considerata una vera e propria funzione amministrativa sebbene siano poi individuati appositi strumenti organizzativi di semplificazione delle relazioni tra cittadini attivi ed amministrazione”²⁰⁹.

²⁰⁶ L. Muzzi, *Siena – Delibera Consiglio comunale, 22 Maggio 2014, n. 153*, in Labsus.org, 2014

²⁰⁷ C. Iaione, *Una cabina di regia per la cura dei beni comuni*, in Labsus.org

²⁰⁸ *Ibidem*

²⁰⁹ L. Muzzi, *Siena – Delibera Consiglio comunale, 22 Maggio 2014, n. 153*, in Labsus.org, 2014

Infine, non trova adeguato riconoscimento la procedura di conciliazione, in caso di controversie derivanti dal patto: “aspetto che potrebbe penalizzare la flessibilità delle relazioni tra i soggetti coinvolti”.²¹⁰

In definitiva il modello di un regolamento per i beni comuni, finalizzato alla regolamentazione ed amministrazione dello stesso secondo il paradigma della *governance*, sta avendo un indiscutibile successo: il ruolo importante nella diffusione di siffatto modello va riconosciuto ad associazioni quali *Labsus*, il Laboratorio per la sussidiarietà. Tale associazione culturale, fondata nel 2006, si pone di propri obiettivi sulla base della concezione di cittadino come soggetto che oltre ad essere portatore di bisogni, è anche portatore di energie spendibili a favore della comunità. Dal nome stesso dell’organizzazione si deduce che l’azione di *Labsus* è al servizio del principio di sussidiarietà orizzontale, “*la piattaforma costituzionale su cui costruire un nuovo modello di società caratterizzato dalla presenza diffusa di cittadini attivi, cioè cittadini autonomi, solidali e responsabili, alleati dell’amministrazione nel prendersi cura dei beni comuni*”²¹¹.

La partecipazione attiva dell’organizzazione, sia nella fase di formazione dei regolamenti, che nella fase successiva di attuazione degli stessi, è stata determinante per il successo e la diffusione del fenomeno che, per sua natura, sarebbe potuto rimanere confinato nell’abito di poche realtà comunali.

Non sfugge, tuttavia, dall’analisi dei regolamenti successivi al regolamento di Bologna, che la riforma dei singoli sistemi comunali può condurre alla nascita di forme di amministrazione condivisa diverse tra loro, più o meno innovative. Questa divergenza di risultati, rischia di minare il “cambiamento culturale [complessivo] nell’amministrazione della cosa pubblica”²¹² necessario per il riconoscimento e la tutela del beni comuni.

²¹⁰ *Ibidem*

²¹¹ *Chi siamo*, in *Labsus.org*

²¹² C. Iaione, *Una cabina di regia per la cura dei beni comuni*, in *Labsus.org*

7. Normativa nazionale e *governance*

Sul piano della normativa nazionale, già prima dell'elaborazione di regolamenti quali quello di Bologna del 2012, era l'articolo 23 del decreto legge 185 del 2008 – convertito in legge nel mese di gennaio del 2009 – l'unico strumento che attribuiva ai soggetti privati organizzati in gruppi la possibilità di intervenire su aree pubbliche, senza la necessità di una previa delibera di autorizzazione.

Si è accennato agli obiettivi di semplificazione cui si sono ispirate le recenti modifiche cui il diritto amministrativo è andato incontro. Sulla scia di tali modifiche assume rilevanza il nuovo articolo 20 della legge 241 del 1990: la più volte richiamata legge sul provvedimento amministrativo. L'articolo, così modificato dall' art. 3, comma 6 ter, del decreto legge, n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005, ha posto in essere il regime del c.d. silenzio-assenso, come regime di *default*. “Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19 [che attiene alla dichiarazione di inizio attività], nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2.”²¹³ .

Anche nel caso dei microprogetti di cui decreto legge 185 del 2008, il cittadino che sia interessato al partecipare alla gestione degli spazi urbani, dovrà presentare la propria richiesta e, in assenza di un provvedimento di diniego, potrà immediatamente darsi da fare. Il “perseguimento di interessi pubblici; l'integrazione fra interesse pubblico e attività privata; l'ottimizzazione della spesa, sia attraverso la realizzazione di economie sulle poste iscritte nel bilancio comunale, sia attraverso la realizzazione di interventi o opere che non trovano copertura finanziaria ordinaria”²¹⁴ , quali obiettivi propri delle attività oggetto dei

²¹³ Art 20 legge 241\90

²¹⁴ F. Ragno, *BOLOGNA regolamento per i microprogetti di interesse locale*, in labsus.it, 2011

microprogetti, vengono così sottratti dall'ostacolo burocratico costituito dal regime autorizzatorio.

La facoltà di intervento ex articolo 23 del decreto legge in questione è però più ristretta rispetto quanto si è detto per il regolamento di Bologna: sono aree escluse dall'intervento dei privati, ad esempio, gli immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistica-ambientale. Inoltre, a differenza del modello offerto dal regolamento di Bologna, i microprogetti non stimolano una collaborazione tra cittadini e amministrazione, fornendo piuttosto spazi di intervento autonomo ai privati. Quest'ultimo appare come il limite più grave della disciplina.

I beni comuni dovrebbero rappresentare proprio i beni che, per essere valorizzati, richiedono a privati e amministrazioni di coordinarsi, e farsi portatori, i primi, delle informazioni circa i problemi rilevati e delle proposte di intervento per superarli, le seconde, delle proprie competenze per coordinare i progetti privati; richiedono *governance*.

Il termine *governance*, in tema di politiche pubbliche, è stato utilizzato fin dall'inizio degli anni 80 in contrapposizione al termine *government*, per indicare una nuova forma di organizzazione e gestione dell'amministrazione locale che si fonda sul principio di efficienza, piuttosto che sul principio di competenza. Punto cruciale del sistema caratterizzato dalla *governance*, è il "porre in essere azioni comportamenti ed atteggiamenti che tendono a favorire un determinato percorso di formazione dei convincimenti senza ricorrere a determinazioni d'autorità, di fronte alle quali la moltitudine degli altri soggetti decisori, anzitutto pubblici, potrebbe assumere atteggiamenti non collaborativi e determinare così il blocco di ogni operabilità"²¹⁵.

I beni comuni sono strettamente connessi al dibattito sulla *governance*, che è un modello di organizzazione che nasce dal principio di sussidiarietà orizzontale e che se ne distingue per essere fondato sull'idea di collaborazione tra cittadini ed amministrazione, posti sullo stesso livello: "per favorire la diffusione di una cultura della *governance* dei beni comuni occorre ripartire dalla leva della

²¹⁵ M. Serio, *Governance e government – Sistemi e processi di pianificazione*, in docente.unife.it

“comunicazione istituzionale”, intesa come politica pubblica centrata, per un verso, sulla “messa in comune” di una visione del mondo e, per altro verso, sul governo delle reti sulla valorizzazione delle energie presenti nella società”²¹⁶. Siffatta comunicazione istituzionale dovrebbe però realizzarsi sul piano nazionale per poter garantire uno sviluppo univoco e coerente del sistema dei beni comuni.

7.1. Cenni al nuovo codice degli Appalti

Il D. Lgs. n. 50 del 18/04/2016 ²¹⁷, con il quale è stato emanato il Nuovo Codice degli Appalti, prevede alla parte IV agli artt. 179 e ss. Un istituto che potrà rivelarsi di grande interesse anche in ordine ai beni comuni ed alla loro gestione: quello del partenariato pubblico-privato.

In estrema sintesi, il nuovo codice degli appalti prevede un modello generale di partenariato pubblico-privato contrattuale che potrà essere declinato attraverso le diverse figure previste: il contratto di finanza di progetto, la locazione finanziaria di opere pubbliche, la concessione di costruzione e gestione, il contratto di disponibilità, nonché le figure di minor rilievo economico ma di notevole impatto sociale del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale quale forma di partenariato sociale. Ebbene, in questi ambiti potrebbe a pieno titolo rientrare proprio la gestione di beni comuni.

La disciplina quadro introdotta nel nuovo codice degli appalti, infatti, prevede oltre alle figure tipizzate anche le figure atipiche indicate nel comma 8 dell’art. 180 come *“qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”*.

²¹⁶ C. Iaione, *Una cabina di regia per la cura dei beni comuni*, in Labsus.org

²¹⁷ Dlgs n. 50/2016 intitolato “attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in tema di contratti pubblici e relativi a lavori, servizi e forniture” (più brevemente Codice degli Appalti)

8. Cenni ai contenuti del disegno di riforma costituzionale inerenti al tema in esame

Anche la recente Legge di riforma costituzionale, approvata in seconda lettura ed a maggioranza qualificata dalla Camera dei Deputati e pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 15/04/2016, (che verrà sottoposta a referendum popolare in data 04 dicembre prossimo) offre interessanti spunti di riflessione rispetto al tema qui trattato e conferma l'interesse del Legislatore in tema di sussidiarietà e di sviluppo della coesione economico e sociale del territorio.

Vengono abolite le Province e vengono individuati due enti sui quali la Costituzione dovrebbe fare perno: il Comune e la Regione, oltre alla Città Metropolitana.

Il Comune, nella nuova architettura costituzionale, sarà il solo ente naturale depositario dell'esercizio della funzione amministrativa, salvo che il migliore esercizio della funzione non richieda che debba essere esercitata ad un livello più alto. Viene, quindi, prevista una dimensione inter-comunale o secondo, l'espressione della riforma, "di area vasta" per gestire le esigenze di zone omogenee costituite da territori che presentino caratteristiche socio economiche comuni ed identità culturali.

La legge di riforma costituzionalizza per la prima volta la figura del Sindaco (vera novità della riforma assieme alla previsione dell'ente di "aria vasta"). Il Sindaco diventa espressione primaria del Governo di prossimità ed, assieme ad altri Sindaci, espressione del governo di area vasta che rappresenta nel disegno costituzionale l'ente di snodo tra la dimensione locale e la dimensione regionale.

Si conferma quindi, con la riforma costituzionale, l'intuizione che la migliore e più concreta gestione delle istanze socio-economiche, identitarie e culturali avviene nell'area di riferimento ovvero, prevalentemente, in ambito comunale e ciò evidentemente nel rispetto del principio della sussidiarietà, per garantire la massima vicinanza e competenza riguardo alle aspettative provenienti dal territorio.

Ciò è in linea con quanto ritenuto ed esposto nel presente lavoro secondo cui il bene comune va prevalentemente individuato nell'ambito delle aree comunali; il che non toglie che i beni di interesse comune possano estendersi su

territori più ampi esattamente come, nel disegno di riforma costituzionale è previsto che, laddove le funzioni amministrative possono essere meglio svolte in ambito più ampio rispetto a quello del comune, esse siano delegate all'ente di aria vasta (che dovrà essere in seguito disciplinato nel dettaglio da apposita legge).

Conclusioni

Di fronte alla innegabile *vis* espansiva dell'espressione bene comune, sempre più evocativa di aspettative individuali e collettive riferite ai più svariati aspetti della vita e delle relazioni ed alla corrispondente assenza di qualsivoglia identificazione normativa, si avverte l'esigenza di addivenire ad una disciplina positiva individuando un soggetto giuridico deputato a regolare la materia e comporre eventuali contrasti.

Ho cercato sin qui di spiegare il motivo per cui, magari anche a costo di ridimensionare le aspettative più ambiziose, occorre concentrare gli sforzi su obiettivi concretamente perseguibili. Ciò non certo in odio al nuovo concetto insito all'espressione bene comune ma, al contrario, proprio per dare al tema maggiore dignità e tutela. In effetti lo scenario dottrinario descritto nei capitoli precedenti si presenta articolato ed incerto ed a fronte di un intenso sforzo filosofico risultano invece deboli le argomentazioni di ordine giuridico che sembra "siano caratterizzate da una certa coerenza nella fase *destruens* del ragionamento" (ossia nella critica dei modelli tradizionali) mentre non lo siano nella fase *costruens* nella quale invece la definizione stessa bene comune diventa a volte inafferrabile ²¹⁸.

La definizione di bene comune qui condivisa è dunque quella fornita nel regolamento del Comune di Bologna sopra commentato, con la specificazione che il discorso sui beni comuni, oltre ad essere un tema teorico di grande interesse, può tradursi in un virtuoso regime della gestione dei beni laddove si tralasci l'ambizione di demolire gli istituti della proprietà privata e della proprietà pubblica, ovvero le innumerevoli normative specifiche in tema di servizi pubblici o poste a tutela dei beni *communes omnia* e si riconosca che il tema dominante può essere quello della dimensione pubblica della città ²¹⁹. Per garantire l'esistenza stessa del bene comune, sottrarlo al mondo del puro dibattito dottrinale e condurlo all'interno dell'ordinamento giuridico occorrerà definire i momenti

²¹⁸ Nota Vincenzo Cerulli Irelli- Luca De Lucia "beni comuni e diritti collettivi"- scritti in onore di Franco Bassi pag.3.

²¹⁹ Nota A. Petrillo, l'Ombra del Comune: l'urbano tra produzione collettiva e spossessamento in oltre il pubblico ed il privato, pag. 203.

essenziali della individuazione del bene, delle modalità di fruizione e delle forme di tutela; all'interno di quest'ultima categoria occorrerà poi stabilire quali siano le conseguenze della individuazione del bene con riferimento alle posizioni giuridiche soggettive.

In effetti, le res *communes omnia* sono beni a disposizione di tutti quali l'etere, l'aria, il mare costiero, le zone di alta montagna, lo spazio aereo e sono cose in sé adespoti²²⁰. tali risorse sono caratterizzate dall'uso libero e: “*le situazioni soggettive di potere e di diritto sulla cosa non sono disciplinate, neppure anzi esistono*”; chiunque può liberamente goderne, nel rispetto però di alcune regole stabilite dallo Stato, che non ne è amministratore (e non può quindi disporre), ma piuttosto autorità di polizia incaricata di assicurarne la conservazione e un godimento collettivo ordinato²²¹.

Al contrario, nel caso dei beni comuni, intesi nel senso adottato in questa sede, occorre riconoscere una situazione giuridica soggettiva in capo sia alla collettività, ovvero al suo ente esponenziale, che, occorrendo, ai singoli cittadini, a contenuto reale avente ad oggetto l'uso della cosa una volta che su questa sia stato apposto il vincolo di destinazione.

Le cose comuni potrebbero confluire nell'ambito dei beni ad imputazione o destinazione pubblicistica²²². La rivisitazione normativa, quindi, più che sul regime delle appartenenze (pubblico privato) dovrà incidere sui modelli gestionali e sulle forme di tutela in vista della costruzione di un diritto amministrativo dei

²²⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 93 s.; ID, i BENI PUBBLICI, cit., 37 ss. Sul punto, può essere utile ricordare che la dottrina economica definisce queste risorse come quelle sottoposte a regimi proprietari ad “accesso aperto”: nessuno ha il diritto di escludere altri dall'uso (tradizionalmente, il mare aperto e l'atmosfera); non vi è un diritto proprietario in senso tecnico e, anche se esistente, esso non è effettivo: C. HESS e E. OSTROM, *Ideas, Artifacts, and Facilities*, cit. 121 ss., dove ulteriori riferimenti bibliografici.

²²¹ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 39

5 Cass., civ., sez. II, 10 gennaio 2011, n. 333, per la quale “la servitù di uso pubblico è caratterizzata dall'utilizzazione, da parte di una collettività indeterminata di persone, di un bene il quale sia idoneo al soddisfacimento di un interesse collettivo; la legittimazione ad agire o a resistere in giudizio a tutela di tale diritto spetta non soltanto all'ente territoriale che rappresenta la collettività –normalmente il comune – ma anche a ciascun cittadino appartenente alla collettività *uti singulus*”.

²²² “Sicché, al fine di riconoscere se in concreto il particolare bene di cui si discute fa parte della realtà materiale che la norma, denominandola, inserisce nel demanio, si deve tener conto in modo specifico del duplice aspetto finalistico e funzionale che connota la categoria dei beni in questione”: Corte cass., sez. un., n. 3665/2011, cit.

beni maggiormente capace di sciogliere i dilemmi decisionali in ragione degli usi cui i beni sono destinati e degli obiettivi che si intendono perseguire con la loro regolamentazione.²²³ Ciò appare peraltro in linea con il citato orientamento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite segnato con la sentenza n.3665/11 nella quale si afferma che “un bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività”. Come ha riconosciuto la stessa Corte di Cassazione, infatti, l'imputazione pubblicistica del bene comune "(...) 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"; la titolarità pubblica del bene, in sostanza, (...) non è fine a se stessa e non rileva solo sul piano proprietario ma comporta (...) gli oneri di una *governance* che renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene"

Si tratta di una via già sperimentata in alcuni ambiti dell'ordinamento giuridico: disciplinando la figura dei "diritti demaniali su beni altrui", ad esempio, l'art. 825 c.c. enuncia il principio per cui il regime del demanio pubblico si estende ai diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni quando questi "(...) sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati negli articolati precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi"; l'art. 2, comma 4, del decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85, in tema di cd. "federalismo demaniale", ha stabilito che "l'ente territoriale, a

²²³ Così G. Napolitano, *I beni pubblici e le tragedie dell'interesse comune*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, cit., pag. 154, che sottolinea come l'eventuale trasformazione del quadro positivo potrebbe arricchirsi anche dei contributi offerti dall'analisi economica del diritto soprattutto allo scopo di rivelare, soprattutto in chiave gestionale, "realità controintuitive", "eterogenesi dei fini" e "interessi nascosti"; lo stesso a., però, segnala che "(...) sarà sempre difficile volgere in commedie le tragedie dell'interesse comune che inevitabilmente incombono quando entrano in gioco utilità collettive"; sulla valorizzazione funzionale ed economica dei beni, in generale, si cfr. anche M. Renna, *Beni pubblici*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 714 ss.; sulla perdurante rilevanza dello strumento concessorio, si cfr. B. Tonoletti, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008, *passim*.

seguito del trasferimento, dispone del bene nell'interesse della collettività rappresentata ed è tenuto a favorire la massima valorizzazione funzionale del bene attribuito, a vantaggio diretto o indiretto della medesima collettività territoriale rappresentata".

Tutto quanto sopra rilevato induce a ritenere che la dimensione "comunitaria" può essere adeguatamente sviluppata e rafforzata assecondando l'evoluzione ordinamentale verso forme di titolarità pubblica o privata costruite in funzione eminentemente "gestoria" quale garanzia della fruizione collettiva dei beni e, per ciò solo, della corrispondente valenza "comunitaria".

Come è stato evidenziato, del resto, è la "regolazione" e non l'appartenenza ad assicurare la funzione di uso collettivo e di conservazione del bene laddove venga individuato e riconosciuto come "comune".. il che potrebbe tradursi, nello specifico, anche nell'apposizione di un vincolo di destinazione], come già aveva in qualche modo intuito Gian Domenico Romagnosi ²²⁴

Sono numerose le perplessità che potrebbero sorgere laddove si affidasse esclusivamente al Parlamento il compito di dare tutela alla categoria in esame: si è sottolineato, infatti, nel capitolo precedente, quanto sia importante lasciare un margine di azione discrezionale ai privati affinché lo sviluppo della disciplina dei beni comuni sia tale da rispondere alle concrete esigenze della comunità.

È tuttavia necessario tentare di assumere un approccio costruttivamente critico e ricercare un modello di amministrazione che si concili con le caratteristiche che il sistema dei beni comuni presenta. Dunque, se il ruolo del Legislatore, non sembra dover essere prevalente, altrettanto vero è che proprio dal Legislatore dovrà necessariamente sortire una disciplina: i beni comuni meritano e richiedono un loro fondamento giuridico e sistematico e necessitano di strumenti per renderli operativi, che solo la legge può attribuire.

Non necessariamente tale conclusione è in contraddizione con la premessa. È ormai prassi che il Legislatore, anche in materie coperte da riserva di legge, si

²²⁴ "ogni cosa materiale, considerata in se stessa, non è pel suo concetto né pubblica né privata; essa diviene tale soltanto per la relazione colla quale è rivestita"; così a proposito del regime delle acque, G.D.Romagnosi, Della condotta delle acque secondo le vecchie intermedie e vigenti disposizioni dei diversi paesi d'Italia, in Opere di G.D. Romagnosi, riordinate ed illustrate da A.De Giorgi, Milano, Perelli e Mariani editori, 1842, pag.40

limiti produrre leggi che non prevedono limiti all'esercizio di suddetto potere e che concedono argini molto vasti di discrezionalità all'amministrazione.

Ci si è soffermati sugli usi civici, quali archetipi storici della proprietà collettiva, la cui disciplina, in armonia con il principio di sussidiarietà, attribuisce l'amministrazione del bene all'ente esponenziale della collettività, ossia al Comune, mentre affida la tutela giurisdizionale ai Commissari liquidatori, che altro non sono che magistrati dello Stato.

Se da un lato, le assonanze evidenziate in precedenza tra beni comuni e usi civici potrebbero indurre a formulare una proposta di gestione dei primi sulla falsariga dei secondi, dall'altro lato non si può fare a meno di evidenziare le criticità di una tale prospettiva. Infatti, se è vero che il Comune è l'ente più vicino alla collettività, è altresì innegabile che esso sia privo di quelle competenze necessarie nonché di quella neutralità politica – che non è imparzialità ex art.97 Cost. - indispensabile per una efficace ed efficiente gestione della categoria 'beni comuni' sempre in continua evoluzione. Analogamente, l'istituzione di un 'Commissario per i beni comuni' sarebbe insufficiente in quanto dotato solo di poteri giurisdizionale ma non di poteri regolatori.

Si richiede dunque una disciplina simile a quella prevista il nostro diritto positivo per gli usi civici che prevede la tutela della cosa a favore dell'ente esponenziale e di ciascun componente della comunità – *uti singulus* ed *uti civis* – con il riconoscimento della legittimazione a chiedere protezione possessoria e petitoria ed il diritto ad agire per fare accertare la violazione proveniente da atti privati ovvero la illegittimità di provvedimenti amministrativi lesivi del diritto e del suo esercizio²²⁵.

Simile ma non uguale soprattutto nel modello organizzativo. Infatti, sebbene i diritti di uso civico siano assistiti da garanzia di legge quali la inalienabilità, la tutela di destinazione d'uso, i poteri d'ufficio del giudice speciale e la legittimazione diffusa della tutela giurisdizionale, il modello non può essere pedissequamente adattato alla tutela dei beni comuni. Innanzitutto per la sostanziale differenza che ricorre nella fase della individuazione del bene non legato come nel caso degli usi civici ad un utilizzo individualistico sia pure in

forma collettiva del bene. Inoltre i beni comuni non sono sempre necessariamente “beni – cose” come nel caso degli usi civici e la loro fruizione non è necessariamente vincolata ad uno specifico territorio. Infine non si può trascurare che l’esperienza degli usi civici ha manifestato nel corso degli anni evidenti debolezze tanto da doversi riscontrare una progressiva rarefazione dell’istituto: il patrimonio originariamente destinato ad usi civici risulta spesso abbandonato, occupato, edificato illegittimamente, oggetto di contenziosi ultra decennali; non si è registrato grazie agli usi civici un rafforzamento dell’identità collettiva né a fenomeni virtuosi dello sviluppo economico né a miglioramenti della qualità della vita.

Per giungere ad una proposta concreta sul tema si è partiti dal principio di sussidiarietà ex art. 118 Cost. per sottolineare come il criterio della “vicinanza” alla collettività di riferimento possa aiutare ad individuare una gestione ottimale del bene in questione.

Si è evidenziato come il regolamento del Comune di Bologna del 2012 costituisca l’espressione più concreta ed attinente del principio di sussidiarietà orizzontale. Occorre riconoscere la valenza innovativa di detto regolamento (indiscutibilmente idoneo – come detto – per il raggiungimento di una dimensione giuridicamente valida dei beni comuni), ma va rilevato il limite che potremmo definire “territoriale” e che è connaturato allo strumento “regolamento comunale”.

Invero, il patto di collaborazione, che viene fuori dall’applicazione del regolamento in esame e che è frutto del raccordo tra cittadini e amministrazione, ha effetti giuridici circoscritti al territorio del Comune di Bologna; e non potrebbe essere diversamente, sia perché siamo di fronte ad un atto normativo locale e sia perché ciò che è bene comune per una comunità potrebbe non esserlo per un altro gruppo di consociati stanziati su un diverso territorio.

Il problema di fondo risiede nella discrezionalità politica che le varie amministrazioni comunali distribuite sul territorio nazionale hanno in merito all’opportunità di predisporre regolamenti volti a tutelare cioè che è “bene comune”.

In definitiva, rimettendo la gestione dei beni comuni ai regolamenti comunali si correrebbe il rischio di avere Comuni con discipline efficienti ed

efficaci (come Il comune di Bologna) e Comuni del tutto sforniti di tutela giuridica in materia.

Ulteriore rischio inevitabile è rappresentato dalla scarsa competenza tecnica riscontrabile nei funzionari delle Amministrazioni Comunali, nonché dalle “interferenze politiche” che necessariamente si ripercuoterebbero in sede decisionale.

Sicchè il “bene comune” finirebbe con l’identificarsi con ciò che la “bandiera politica” alla guida della legislatura locale, di volta in volta valuterrebbe come indispensabile per la realizzazione del benessere individuale e collettivo. Invero la Costituzione italiana configura un’amministrazione imparziale (art. 97 Cost.), ma non indipendente dal potere politico.

Al fine di poter giungere ad una gestione il più possibile generalizzata e condivisa dei beni comuni è necessario, a mio avviso, individuare una soluzione migliore rispettosa del principio di sussidiarietà ed anche dei principi di solidarietà sociale ed uguaglianza che costituiscono il fondamento del nostro sistema giuridico.

A chi, pertanto, affidare la gestione dei beni comuni?

La Ostrom ha sintetizzato dei principi base che permetterebbero la realizzazione di istituzioni efficaci, riassumibili nei seguenti otto enunciati:

1) Chiara definizione dei confini:

I confini fisici ed ecologici della risorsa devono essere ben definiti, con essi i diritti collettivi che gli individui possiedono su di essi;

2) Congruenza tra le regole di appropriazione, fornitura e condizioni locali:

Le regole devono limitare tempi, modi e dimensione dei prelievi in relazione agli attributi specifici delle risorse, considerando la situazione locale circa il lavoro, la tecnologia, i materiali e fondi di finanziamento;

3) Metodi di decisione collettiva:

È importante che gli individui interessati dall’applicazione delle regole siano in grado di contribuire alla definizione delle stesse. Essendo i diretti interessati alla interazione con le risorse, possiedono l’insieme delle conoscenze pratiche per adattare meglio le disposizioni alle condizioni reali del sistema;

4) Controllo:

Coloro che controllano il rispetto delle regole devono rispondere al gruppo degli utilizzatori e devono farne parte. Individuare il grado di responsabilità è fondamentale per non dover utilizzare un'autorità esterna in caso di controversie. Le esperienze di gestione delle risorse comuni di maggior successo fanno sì che il monitoraggio sia un sottoprodotto naturale dell'uso della risorsa, permettendo così la diminuzione dei costi relativi;

5) Sanzioni progressive:

Gli appropriatori che violano le regole possono ricevere sanzioni variabili a seconda della gravità della violazione. Se la sanzione è indispensabile per funzionare da deterrente e garantire l'impegno da parte degli utilizzatori, deve essere equilibrata rispetto al costo-opportunità della violazione, disincentivando maggiormente quelle attività che mettano in pericolo le basi stesse del rapporto di fiducia e di reciprocità degli utilizzatori;

6) Meccanismi di risoluzione dei conflitti:

Poiché un certo grado di ambiguità delle regole è inevitabile, è necessario trovare qualche tipo di meccanismo in grado di giudicare con costi ridotti che cosa costituisca un'infrazione, così da evitare la nascita di conflitti disgreganti;

7) Minimo riconoscimento del diritto di auto organizzarsi:

È importante che non ci siano autorità esterne interessate a negare al gruppo di utilizzatori il diritto di auto-organizzarsi. È auspicabile che dalle istituzioni governative venga una legittimazione delle regole stabilite dalla comunità;

8) Attività organizzate su diversi livelli:

Nel caso di risorse facenti parte di sistemi più estesi, è opportuno che tutte le attività legate allo sfruttamento, al mantenimento, al sanzionamento e alla risoluzione di conflitti, siano strutturate su livelli molteplici e successivi, in modo che ciascuno possa essere affrontato su scala più opportuna. I diversi modelli dovranno essere coerenti tra loro e organizzati in base a criteri di sussidiarietà.

Ebbene, individuazione, regolamentazione, controllo, potere sanzionatorio e di risoluzione delle controversie ed infine un'organizzazione strutturata su diversi livelli sarebbero in grado di garantire una tutela massima dell'esigenze della collettività e, di conseguenza, una tutela ampia dei beni comuni.

In tale prospettiva, la soluzione che si prospetta come quella più efficace è data dall'attribuzione di un siffatto compito di gestione ad un'Authority specificamente istituita, organo, questo, non solo assolutamente indipendente dagli organi istituzionali, ma anche titolare di competenze specifiche e poteri ampi in grado di poter dare una risposta concreta al quesito di Ermanno Vitale.

Le Autorità Indipendenti sono state definite come “enti od organi pubblici dotati di sostanziale indipendenza dal governo, caratterizzate da autonomia organizzativa, finanziaria e contabile e dalla mancanza di controlli e soggezione al potere di direttiva dell'esecutivo, fornite di garanzia di autonomia nella nomina, nei requisiti soggettivi e nella durata delle cariche dei vertici ed aventi funzione tutoria di interessi costituzionali in campi socialmente rilevanti”²²⁶.

La scelta di attribuire la regolazione e la vigilanza di interi settori ad enti dotati, oltre che di personalità giuridica di diritto pubblico, anche di un elevato tasso di indipendenza e di neutralità è ricollegabile a tre ordini di motivi: in primo luogo, viene in rilievo la crisi della legge, intesa come incapacità della stessa di predefinire, sia pure nel rispetto dei canoni della generalità e dell'astrattezza, un sistema completo e preciso di regole di comportamento tale da consentire ai destinatari della disciplina di valutare in modo autonomo ed *ex ante*, con un grado elevato di certezza, i propri e gli altrui comportamenti in termini di liceità o illiceità²²⁷. La crisi della legge appare ancor più evidente, quale ragione sottesa all'istituzione delle autorità, se si prende in considerazione la frequente istituzione delle stesse per regolare fenomeni e settori di attività soggetti a un'evoluzione tecnologica e di mercato rapidissima, difficilmente regolamentabili, quindi, con leggi non esposte a rischio di una rapida obsolescenza.

Il modello organizzativo 'indipendente' è peraltro incentivato dalla normativa europea intervenuta spesso mediante richiesta di autorità nazionali di regolazione. Da questo punto di vista, l'Ordinamento comunitario ha costituito un fattore di omogeneizzazione del modello, al contempo ponendo un freno alle

²²⁶ Amato, *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, p. 16.

²²⁷ M. Clarich, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al convegno Le Autorità amministrative indipendenti, in memoria di Vincenzo Caianiello, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, in www.giustiziaamministrativa.it, il quale cita Habermas, *Fatti e norme*, Napoli, 1996, p. 511.

ricorrenti tentazioni dei governi e dei parlamentari di avviare un percorso a ritroso, con riappropriazione dei poteri già assegnati alle autorità²²⁸.

Un'Autorità per i beni comuni potrebbe essere strutturata prendendo come modello base quello dell'AGCOM che, tra tutte le Autorità indipendenti italiane passate in rapida rassegna, è l'unica ad avere, oltre ad una sede centrale, ulteriori sedi regionali dislocate su tutto il territorio nazionale. Questa diramazione garantirebbe una gestione dei beni comuni ispirata al principio di sussidiarietà orizzontale.

²²⁸ In tal senso, Napolitano, voce *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, (a cura di) M. Clarich e Fonderico, Milano, 2007, p. 86.

Bibliografia

Agabiti C., *Tutela possessoria e beni comuni: il caso del cinema "Palazzo"*, in Rivista mensile de *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, CEDAM, Anno XXVIII

Alchian A. A., H. Demsetz, *The property right paradigm*, in "Journal of Economic History", n. 33, 1973

Allegretti U., *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti*, in *Democrazia e diritto*, n. 3, 2006

Amato G., *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali. Atti del convegno di Sorrento 30 Maggio 1997*, Padova, 1999

Amato, *Le autorità indipendenti nella Costituzione economica*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997

Annunziata A. G., *Il nuovo sistema di riparazione del danno ambientale alla luce della L. 6 agosto 2013, n. 97: obbligatorietà del risarcimento in forma specifica e nuovo "antropocentrismo dei doveri"*, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>

Antonini L., *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2003

Are M., *Beni immateriali*, in *Enc. Dir.*, V°, Milano, 1959

Arena G., *Cittadini attivi, Un altro modo di pensare all'Italia*, Roma – Bari, Laterza, 2006

Arena G., *Costruire reti di sussidiarietà*, in *Labsus.org*, 15 gennaio 2013

Azzariti G., *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in *associazioneitalianadeicostituzionalisti.it*, 13 maggio 2009

Becchetti L., *Oltre l'Homo oeconomicus. Felicità, responsabilità, economia delle relazioni*, Città nuova, Roma, 2007

Belardinelli S., *Chi sono i benicomunisti*, in *I beni comuni oltre i luoghi comuni* (a cura di Somaini E.), 2015

Belisario E., *L'Open Data diventa un diritto?* in www.leggioggi.it, 2011

Belotti F., *I beni comuni tra rete e reti: il successo di una comunicazione plurale e diversa*, in www.sisp.it

Belvedere – Granelli, *Confini attuali dell'autonomia privata*, CEDAM, 2011

Bianca, *Diritto civile*, Giuffrè, 1978

Biondi, *I beni*, in Tratt. Vassalli, IV, Torino, 1953

Bolognino D., Cameli R., Giglioni F., *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in Labsus.org

Caforio, *I trovati biotecnologici tra i principi etico giuridici e il codice di proprietà industriale*, Giappichelli, 2006

Carapezza F., *Proprietà e funzione sociale*, in Rass. Dir. Civ., 2012

Caringella F. – S. Mazzamuto – G. Morbidelli, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, VI, Roma

Caringella F., *Compendio di diritto amministrativo*, Dike Editore, Roma, 2015

Carlassare L., *Regolamento* (dir.cost.), ad vocem in Enc.dir., vol. XXXIX, Milano 1988

Carloni E., *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, 2010, in <http://www.unipg.it>

Carozza P.G., "Sussidiarietà e sovranità negli ordinamenti sovranazionali", in G.Vittadini (a cura di), *Che cos'è la sussidiarietà*, Guerini e Associati, 2007

Cascione, *Le Sezioni Unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*, in Giur.it, 2011

Cass. Roma, S.U., 14 aprile 1917

Cass. Civ. 12 agosto 2002 n. 12167.

Cass. Civ. 22 novembre 2000 n. 15111.

Cass. Civ. SS. UU. Sentenza n. 3665 del 14.02.2011.

Cass. Civ. SS.UU. sentenza n. 23112 del 12 novembre 2015

Cass. Regno, 22 marzo 1928 (Foro it., Rep. 1928, voce Servitù pubbliche, n. 31); 11 gennaio 1929 e 8 febbraio 1929 (Foro it., Rep. 1929, voce Servitù pubbliche, nn. 23 e 24); 3 dicembre 1929 (Foro it., Rep. 1929, voce Strade, n. 28); 10 febbraio 1931, n. 501 e 8 aprile 1931, n. 1221 (Mass. Foro it., 1931, cc. 109 e 257); 24 aprile 1931 (Foro it., 1931, I, c. 1295)

Cass. Roma 9 marzo 1887

Cassano F., *Homo Civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Bari, 2004,

Cass. SS. UU. sentenza n. 3811 del 16 febbraio 2011

Cass. SS.UU. sentenza n. 3938 del 18 febbraio 2011

Cerulli Irelli – L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi, politica del diritto*, XL, n.1, 2014,

Cerulli Irelli V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997

Cerulli Irelli V., *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in Econ. Pubbl., 1990

Cerulli Irelli V., *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in Econ. Pubbl., 1990

Cerulli Irelli V., *Sussidiarietà (diritto amministrativo)*, voce Enciclopedia Giuridica “Treccani”

Ciccotti A., *Città beni comuni: presentato a Bologna il regolamento per l'amministrazione condivisa*, in CSVnet.it, 2014

Chirulli P., *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in www.giustamm.it, 2012

Chirulli O., *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, in Riv. Giur. Ed., 2015

Clarich M. e Fonderico, *Autorità indipendenti e agenzie amministrative*, in Dizionario di diritto amministrativo (a cura di Clarich M.- G. Fonderico), Il sole 24 ore, Milano - Roma 2007

Clarich M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005

Clarich M., Trasparenza e diritti della personalità nell'attività amministrativa, 2004, in <http://www.giustizia-amministrativa.it/>

Clarich M., *Garanzia del contraddittorio nel procedimento*, Relazione al convegno Le Autorità amministrative indipendenti, in memoria di Vincenzo Caianiello, Palazzo Spada, 9 maggio 2003, in www.giustiziaamministrativa.it, il quale cita Habermas, Fatti e norme, Napoli, 1996

Clarich M., *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, 2013

Clarich M., Marcello - Corso, Guido - Zeno-Zencovich, Vincenzo (2006) *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*. In: *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, 27 febbraio 2006, Roma, consultabile su http://eprints.luiss.it/128/1/Clarich_2006_01_OPEN.pdf.

Coman K., *Some Unsettled Problems of Irrigation*, in "American Economic Review", vol. 101, n. 1, 1911

Commissione Rodotà, per la modifica delle norme del codice civile in materia dei beni pubblici, 14 giugno 2007, Proposta di articolato, in https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?%20previousPage=mg_1_12&contentId=SPS47624

Comporti M., *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione*. Scritti per G. Grottanelli de' Santi, a cura di A. Pisaneschi e L. Violini, Giuffrè, Milano, 2007,

Comporti M., *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005,

Cons. St. Ad. Gen. pareri 10/1992; 141/91; 15/1990, ; 109/90 e nn. 126, 127 e 131 del 1999

Cons. St., Sez. cons. atti normativi, Ad. Del 14 febbraio 2005 n. 11603(parere) Codice delle Assicurazioni

Cons. St., Sez. IV, sentenza n. 7472 del 16 novembre 2004

Cons. St., Sez. IV, sentenza n. 2488 del 2013

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza n. 555 del 10 febbraio 2006

Cons. St., Sez. V, sentenza n. 128 del 18 gennaio 2016

Cons. St., Sez. V, sentenza n. 5080 del 14 ottobre 2014

Cons. St., Sez. VI, sentenza n. 916 del 07 marzo 2016

Cons. St., Sez. VI, sentenza n. 1129 del 25 febbraio 2013

Cons. St., Sez. VI, sentenza n. 3652 del 23 luglio 2015

Corte Cost., sentenza n. 379 del 1994

Corte Cost., sentenza n. 25 del 2004

Corte Cost., sentenze nn. 182 – 183 del 2006

Corte Cost., sentenza n. 22 del 11 febbraio 2016

Corte Costituzionale, sent. 13 luglio 1989, n. 398, in Foro it., 1989, I, 3028.

Corte Costituzionale, sentenza n. 21 del 11 febbraio 2014.

Corte di Giustizia U. E., Grande Sezione, sentenza 13 maggio 2014 (causa C-131/12)

Costantino M., *I beni in generale*, in Tratt. Rescigno, I, Torino, 2005

Crosta P. L., *Società è territorio, al plurale. Lo spazio pubblico – quale bene pubblico – come esito eventuale dell'interazione sociale*, in Foedus, 2000

Cuniberti M., *Autorità amministrative indipendenti e Costituzione*, in Riv. Dir. Cost., 2002

D'Andrea I., *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014

Dell'Anno P., *Principi del diritto ambientale Europeo Nazionale*, Milano, 2004

Della Chiesa, *Le misure tecnologiche di protezione nella disciplina del diritto d'autore: problemi e prospettive di riforme*, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2006

De Martino, *Beni in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, sub art. 810 c.c., BolognaRoma, 1976,

De Tommaso D., *La funzione amministrativa tra semplificazione e sussidiarietà orizzontale*, articolo pubblicato in *Altalex.it* il 27 novembre 2014

Di Genio G., *Tutela e rilevanza costituzionale dei diritti di uso civico*, Giappichelli, Torino, 2012

Dipace R., *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2014

Diplinio G., *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette*, Torino, UTET, 1994

Domenichelli V. – Olivettirason N. – Poli C., *Diritto pubblico dell'ambiente. Diritto etica politica*, Padova, 1996

Domeniconi P., *La trasparenza nel ciclo di gestione della performance*, in *Azienditalia, Il Personale*, 2009, n. 11

Donati A., *I diritti della terra, ovvero, il diritto ad un ambiente salubre nel quadro dell'economia globalizzata*, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>

Donelus H., *Opera Omnia*, Tom. I, Florentiae, 1840

Donolo C., *I beni comuni presi sul serio*, in *Labsus.org*, 2010

Duret P., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004

Esposito M., *Beni pubblici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, vol. VII, Torino, 2008,

Ferorelli R., *Le reti dei beni nel sistema dei diritti. Teoria e prassi delle nuove risorse immateriali*, Bari, 2006

Ferrando, *Il principio di gratuità, biotecnologie e atti di disposizione del proprio corpo*, in Eur. E dir. Priv., 2002

Ferrajoli L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, in E. Vitale (a cura di), Roma-Bari, Laterza, 2008

Ferrari E., *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in Dir. Pubbl. 1. 2002

Fimiani P., *Beni pubblici e privati. Criteri di individuazione della demanialità di un bene*, in *Libro dell'anno del Diritto* 2012.

Flore, Siniscalchi e Tamburrino, *Rassegna di giurisprudenza sugli usi civici*, Roma, 1956

Foster S. R. e Iaione C., *The city as a commons*, in Yale Law & Policy Review, Volume 34, 2016

Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in Dir. Econ., 2002

Franceschelli R., *Beni immateriali. Saggio di una critica del concetto*, in Riv. dir. industriale, 1956, I,

Franzini M., *Il significato dei beni comuni*, in "LabsusPaper", n. 21, 2011

Frosini E. T., *La lotta per i diritti*, Napoli, Ed. Scient. Italiane, 2011

Galasso, *Biotecnologie e atti di disposizione del proprio corpo*, in *Famiglia*, 2001

Gardini S., *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in Riv. Trim. di Dir. Pubbl., fasc.2, 2016

Garofoli R. – G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, 2012-2013.

Genga N., Prospero M., Teodoro G., *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Giappichelli Editore, Torino, 2014

Gemma G., *Garante per la radiodiffusione e l'editoria e conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. Cost.*, 1995.

Ghidini, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2008

Gordon Scott.H., *The economic theory of a common property resource: the fishery*, in “The Journal of Political Economy”, vol. 62, n.2, 1654,

Greco T. -M. Greco, *La storia immutata delle valli da pesca dalla serenissima ad oggi*, in Corr. Giur., 2011,

Greco M., *Sussidiarietà orizzontale e legittimazione ad agire*, in www.diritto.it

Griffi F.P., *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza, danno da ritardo)*, 2011, in www.giustizia-amministrativa.it.

Grossi P., *Il problema storico-giuridico della proprietà collettiva in Italia*, in F.Carletti (a cura di), *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, Novene, 1993

Grossi P., *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977

Gualandi F., *Il recente disegno di legge (n. C 2039) approvato dalla Camera sul contenimento del consumo del suolo: poche idee e poco coraggio?*, in LexItalia.it, Rivista internet di diritto pubblico, n. 7/2016

Hardin G., *The tragedy of the commons*, in Science, 1968, vol. 162 n.3859

Iaione C., *Città e beni comuni*, in *L'Italia dei beni comuni* (a cura di G. Arena e C. Iaione), Carrocci Editore, 2012

Iaione C., *Beni comuni e innovazione sociale*, in *Equilibri – Rivista per lo sviluppo sostenibile*, Il Mulino, 2015

Iaione C., *Governing the urban Commons*, in *Italian Journal of Public Law*, 2015

Iaione C., *The CO-City: Sharing, Collaborating, Cooperantig, and Commoning in the City*, in *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 75, N. 2/2016

Iaione C., *Local public entrepreneurship and judicial intervention in a euro-american and global perspective*, in *Whashington University Global Studies Law Review*, Vol. 7, n. 2, 2008

Iaione C., *La città come bene comune*, in *Aedon*, Rivista di arte e diritto on line, n.1/2013

Iaione C., *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in *L'età della condivisione. La collaborazione tra cittadini e amministrazione per i beni comuni*, (a cura di) G. Arena – C. Iaione, Carocci Editore, 2015

Iaione C., *Intorno ai beni comuni. La città come bene comune*, in *Rivista di arti e diritto online*, n. 1/2013.

Jannarelli A., *La disciplina dei beni tra proprietà e impresa nel codice del 1942*, in AA.VV., *Lecture di diritto privato*, Bari, 1994

Kammerer P., *Il contributo dell'individuo alla costruzione del bene comune*, in *La casa dei beni comuni*, Emi, Bologna, 2006

La Spina A., G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000

Lembo R., *L'acqua a Rio + 20: il diritto all'acqua rischia di infrangersi* (a cura di), Comitato Italiano Contratto Mondiale sull'acqua Onlus, da www.contrattoacqua.it.

Lucarelli A., *Art. 17*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Il Mulino, Bologna, 2001,

Lucarelli A., *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Dissensi, Viareggio, 2011.

Maciolotti M., *Proprietà, informazione ed interessi nella disciplina delle biobanche a fini di ricerca*, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>

Macpherson C.B., *Liberal Democracy and Property*, in Oxford 1978

Maddalena P., *Per una teoria dei beni comuni*, da *MicroMega* del 9/2013.

Maddalena P., *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica Italiana*, in www.federalismi.it, *Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 19/2011

Maifreda G., *Risorse comuni: un percorso di lettura*, in "dialoghi internazionali", n. 14, Univ. Degli Studi di Milano, 2010

Manetti M., *Autorità indipendenti (dir.cost.)*, in *Enc. Giur. Roma*, 1997, p. 12;

Manetti M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994

Manganaro F., *In house e sistema idrico integrato – Un caso di controllo analogo anche senza maggioranza azionaria pubblica*, in <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>

Marangon F., *Imprese agricole e produzione dei beni pubblici. Il caso del passaggio rurale*, WorkingPaper Series in Economics, n. 1, Università degli Studi di Udine, Dipartimento di Scienze Economiche.

Marciano, *Institutiones, Libro tertio*, D. 1.8.2

Marella M. R. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, ed. Ombre corte, Verona, 2012

Marella M. R., *Il principio sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in *La vocazione civile del giurista: saggi dedicati a Stefano Rodotà*, G. Alpa-V. Roppo (a cura di), Laterza.

Marella M. R., *I beni comuni*, in “*Libro dell'anno del Diritto 2013*” – www.treccani.it

Marella M. R., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Editore Ombre Corte, 2012

Marinelli F., *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. Dir. Civ.* , 2, 2013

Maroi, *Cosa*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1938

Martini A. e Spataro L., *Giuseppe Toniolo: alle origini del principio di sussidiarietà*, in *Discussion Papers* n. 177/2014, Collana di E-papers del Dipartimento di Economia e Management – Università di Pisa

Masi A., *Il possesso degli usi civici*, in *AA. VV. Usi civici. Ieri e oggi*, Padova, 2007

Mastrodonato G., *La motivazione del procedimento nella riforma del 2005*, in *LexItalia.it*, 2005

Mastromartino F., *L'accesso ai beni comuni*, in www.treccani.it

Mattei U., *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, Editori Laterza, 2012.

- Mattei U., *Contro riforme*, Einaudi, Torino, 2013;
- Mattei U., *I Beni pubblici: un dialogo tra diritto e politica*, in G. Alpa-V. Roppo (a cura di),
- Mattei U., *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013,
- Merusi F., *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti*, in Annuario 2002. Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2003
- Milone A., *La realizzazione di una discarica in un parco: prevale il principio della protezione sostenibile*, in Riv. Giur. Edilizia, fasc. 2, 2005
- Moi F., *Sussidiarietà orizzontale*, in *I nuovi statuti regionali: lo stato dell'arte*, a cura del Consiglio Regionale della Toscana, in www.consiglio.regionale.toscana.it
- Montaldo S., *Internet e commons: le risorse della rete nella prospettiva dei beni comuni*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2013
- Morbidelli G., *Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001,
- Morbidelli G., *Sulla natura privata delle valli da pesca <<morte>> della laguna veneta*, in *Dir. Maritt.*, 2009
- Nicolò R., *Riflessioni sul tema dell'impresa e su talune esigenze di una moderna dottrina del diritto civile*, in *Rivista del diritto commerciale*, I, 1956
- Nigro A., *La Pubblica Amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione sostanziale*, in *Riv. Trim. Dir. Civ.*, 1985
- Nigro M., *La pubblica amministrazione tra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1985,
- Nivarra O.L., *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012.
- Olson M., *La logica dell'azione collettiva*, Milano, Feltrinelli, ed. it. 1983
- Olivi M., *Beni pubblici tra privatizzazioni e riscoperta dei beni comuni*, in *Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza*

dell'amministrazione, a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", in www.amministrazioneincammino.luiss.it

Ostrom E., *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006;

Palermo A., voce *Usi civici*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XX, 1975

Pani M. e Sanna C., *Open data, pubblicazione nei siti internet e diritto di accesso*, in *LexItalia.it*, *Rivista internet di diritto pubblico*, n.6/2012

Parola G., "«L'accesso all'informazione ambientale»: il diritto internazionale, europeo, nazionale e ... la Corte costituzionale", commento alla sentenza Corte cost. 1 dicembre 2006, n. 399, in *Giurisprudenza Italiana*, 2007

Passarelli F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1976,

Passaro M., *Il Garante della radiodiffusione e l'editoria e conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, in *Giur. Cost.*, 1995.

Passaro M., *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996

Pellizzari S., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustizia abilità e prospettive di attuazione*, in www.regione.emilia-romagna.it

Pennacchi L., *Filosofia dei beni comuni, crisi e primato della sfera pubblica*, Roma, 2012,

Perlingeri P., *Manuale di diritto privato*, (a cura di) P. Perlingeri – F. Ruscello, VI Ed., ESI, Napoli, 2007

Poli C. – Timmerman P., *L'etica nelle politiche ambientali*, Padova, 1991

Predieri A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997

Prestipino G., *Il principio di non rivalità e il principio di esclusione*, in *Beni comuni. La sfida più difficile del ventunesimo secolo*, in *Rivista CNS-Ecologia-Politica*, Roma, 2005

Pugliatti F., *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XI

Quinto P., *L'interesse legittimo <<anfibia>> nell'Europa del diritto*, in LexItalia.it, Rivista internet di diritto pubblico, n. 5/2012

Ragno F., *BOLOGNA regolamento per i microprogetti di interesse locale*, in Labsus.it, 2011

Reich C.A., *The New Property*, in Yale Law Journal, 73, 1964

Ricoveri G., *Beni comuni versus merci*, Milano, JacaBook, 2010;

Ricoveri G., *Elinor Ostrom e i Beni comuni*, in www.ecologiapolitica.org

Rinaldi F., *Proprietà e beni comuni, verso il <<bene comune>>?*, in www.dirittifondamentali.it, 2014.

Rodotà S., *Il diritto di avere diritti*, Ed. Laterza, 2012

Rodotà S., *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005,

Rodotà S., *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 5-6, Itinerari moderni della proprietà, tomo II, 1976-77,

Rodotà S., *Un terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013;

Rolli – Tagliatela, *La legittimazione costituzionale delle Autorità indipendenti*, in www.giustamm.it.

Runge Ford C., *Common property externalities: isolation, assurance, and resource depletion in a traditional grazing context*, in “American journal of agricultural economics”, Novembre, 1981.

Sachs W., *I beni comuni capaci di futuro*, in U. Biggeri (a cura di), *La casa dei beni comuni*, Bologna, EMI, 2006.

Salvi C., *Beni comuni e proprietà privata* (a proposito di “oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni”, a cura di Maria Rosaria Marella), in Riv. Dir. Civ., 2013, 1, 10209.

Salvi C., *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritti europeo e diritti nazionali*, in Europa e diritto privato, 2011

Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984

Scotti G., *Proprietà collettiva e beni comuni: alla ricerca di un modello proprietario "personalista"*, articolo pubblicato in <http://www.camminodiritto.it>, 2015

Scozzafava, *Dei beni*, in Comm. Schlesinger, sub art. 810 c.c., Milano, 1999

Sgaramella – Merli, *Brevettare la vita – L'Italia recepisce la direttiva europea sulla brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche*, in Rass. Dir. Fam., 2006

Smith R. J., *Resolving the tragedy of the commons by creating private property right in wildlife*, in "Cato Journal", vol. 1, n. 2, Washington, D.C., 1981.

Somainsi E., *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, IBL libri, 2015,
Spagnuolo V.-Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959

Staiano S., *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in www.federalismi.it, n. 5/2006

Tallacchini M. C., *Retorica dell'anonimia e proprietà dei materiali biologici umani, in corpo esibitico, corpo violato, corpo venduto, corpo donato*, a cura di D'Agostino, Giuffrè, 2003

Tallacchini M. C., *Il corpo e le sue parti. L'allocazione giuridica dei materiali biologici umani*, in medicina e morale, 1998

Tar Cagliari, Sez. I, sentenza n. 78 del 28 gennaio 2016

Tar Campania – Napoli, Sez. I, sentenza n. 2614 del 12 maggio 2014

Tar Lazio – Roma , Sez. I, ordinanza 26 settembre 2014 n. 10020

Tar Lazio – Roma, sez. II-bis, sentenza n. 2690 del 16 marzo 2009

Tar Lombardia – Milano, Sez. I, sentenza n. 1356 del 28 maggio 2014

Tar Torino, Sez. II, sent. n. 610 del 6 maggio 2016

Tavi A., *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, G. Giappichelli Editore – Torino, XI Edizione, 52014

Travostino M., *Le misure tecnologiche di protezione e la gestione dei diritti nell'ambiente digitale*, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>

Trentini A., *Il vincolo paesaggistico e l'abusivismo edilizio. Prius et posterius o aevum*, in LexItalia.it, Rivista internet di Diritto Pubblico, n.3/2016

Trimarchi M., *La proprietà nella prospettiva del diritto europeo*, in *La proprietà nella Carta europea dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2005,

Vesto A., *I beni dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Giappichelli Editore Torino, 2014,

Vesto A., *I beni dall'appartenenza egoistica alla fruizione solidale*, Giappichelli Editore, Torino, 2014,

Vitale E., *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Ed. Laterza, 2013

Vitellio I., *Spazi pubblici come beni comuni*, in *Critica della razionalità urbanistica*, 2005

Zencovich Z., *Cosa*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1