

Gianfrancesco Fidone

Proprietà pubblica e beni comuni

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2017

EDIZIONI ETS

Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa

info@edizioniets.com

www.edizioniets.com

Distribuzione

Messaggerie Libri SPA

Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione

PDE PROMOZIONE SRL

via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884674910-9

INDICE

<i>Introduzione</i>	19
 Capitolo I <i>Tracce di beni comuni nel diritto vigente</i>	
1. I beni comuni nella legislazione ordinaria: assenza di una definizione generale e disposizioni puntuali in materia di risorse naturali, scuola, zone montane, pesca	27
2. Il riferimento ai beni comuni nelle recenti leggi regionali in materia di governo del territorio, consumo del suolo, acque, cooperazione e volontariato, sicurezza urbana, semplificazione amministrativa, turismo, promozione dell'economia solidale, politiche regionali e locali, cittadinanza attiva, sanità, <i>software</i> e società dell'informazione, sviluppo industriale	29
3. I beni comuni nella Giurisprudenza. Il noto caso delle valli da pesca venete: superamento della dicotomia pubblico-privato; rilevanza della destinazione comune dei beni di appartenenza pubblica; prospettiva personale-collettivistica; ruolo dello Stato-collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della collettività	35
4. La diretta attuazione della sussidiarietà orizzontale. Statuti comunali che hanno recepito la categoria dei beni comuni. Immobili comunali con destinazione comune e attribuzione della loro gestione ai gruppi di riferimento	38
4.1. I regolamenti comunali per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani: a) ruolo dei c.d. cittadini attivi e loro proposte; b) patti di collaborazione; c) diversi livelli di intensità dell'intervento condiviso (cura occasionale, cura costante, gestione condivisa e rigenerazione); d) il sostegno finanziario dell'ente locale	41
5. I risultati della ricognizione: a) non si tratta di un tema <i>de iure condendo</i> ; b) eterogeneità della categoria; c) talune caratteristiche generali; d) il problema della gestione dei beni comuni. Necessità di collocare i beni comuni tra quelli pubblici e privati e di distinguerli dai beni pubblici	45

Capitolo II	
<i>La disciplina dei beni pubblici: prevalenza del criterio oggettivo e progressivo assoggettamento al mercato</i>	
	49
<i>Sezione I</i>	
La disciplina dei beni pubblici: prevalenza del criterio oggettivo e classificazioni dei beni	50
1. La proprietà privata e pubblica nella Costituzione. Connotazione funzionale della proprietà pubblica e realizzazione dell'interesse pubblico. Unicità concettuale della nozione di proprietà	50
1.1. Lo statuto europeo della proprietà (cenni). Neutralità rispetto alle discipline nazionali. Funzione sociale e rilevanza per la persona	54
1.2. Classificazione dei beni secondo i criteri oggettivo e soggettivo. Recessività della mera appartenenza del bene. Rilevanza della destinazione del bene al fine della individuazione del suo regime giuridico	59
1.3. Le principali classificazioni dei beni pubblici nella dottrina. Oscillazioni tra il criterio oggettivo e quello soggettivo	61
1.4. Utilità della scelta di un criterio misto con prevalenza della destinazione del bene	67
2. Beni soggettivamente privati di interesse privato	68
3. Beni soggettivamente privati di interesse pubblico	69
4. Beni soggettivamente pubblici di interesse privato	73
5. Beni soggettivamente pubblici di interesse pubblico	75
5.1. Patrimonio indisponibile e beni demaniali	78
6. Regime pubblicistico dei beni e principio di proporzionalità	83
<i>Sezione II</i>	
Il progressivo assoggettamento dei beni pubblici al mercato	87
1. La revisione degli schemi tradizionali della pubblica amministrazione e del rapporto tra pubblico e privato	87
2. La ricerca dell'efficienza della gestione dei beni pubblici attraverso il mercato: il caso delle privatizzazioni	89
2.1. La ricerca dell'efficienza della gestione dei beni pubblici attraverso il mercato (<i>segue</i>). Dalla destinazione pubblica a quella privata: la c.d. <i>sdemanializzazione</i> e l'alienazione del patrimonio pubblico	93
2.2. La ricerca dell'efficienza della gestione dei beni pubblici attraverso il mercato (<i>segue</i>). Dall'appartenenza pubblica a quella privata (con persistenza della destinazione pubblica): modelli di privatizzazione formale dei beni	95
3. Permanenza dell'appartenenza pubblica e della destinazione pubblica e attribuzione della gestione a privati: valorizzazione dei beni pubblici attraverso la concessione ai privati	98

-
- 3.1. Le concessioni di lavori e servizi quali ulteriori forme di gestione privata di beni pubblici orientata al mercato. Necessaria permanenza della destinazione pubblica del bene 103
 - 3.2. Aspetti del regime pubblicistico dei beni pubblici in concessione: tutela del mercato e scelta del concessionario 106
 - 4. Il ruolo dello Stato: dalla gestione diretta del patrimonio pubblico all'indirizzamento e controllo della gestione privata 111
 - 4.1. Ancora sullo Stato gestore diretto del bene. Forme di finanziamento privato orientato al profitto delle attività di gestione in taluni settori. Il caso delle sponsorizzazioni dei beni culturali 115

Sezione III

- Prime controtendenze all'assoggettamento al mercato dei beni pubblici. Il ruolo del *non profit* con particolare riguardo al settore dei beni culturali 118
- 1. Osservazioni sul principio di sussidiarietà. La sussidiarietà orizzontale e il coinvolgimento di privati non orientati al profitto. Non esclusione del fine di lucro 118
 - 2. Il coinvolgimento del c.d. *terzo settore* nel governo di taluni beni di appartenenza pubblica. Principali modelli organizzativi (cenni): associazioni, organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, cooperative sociali, fondazioni 124
 - 2.1. Le fondazioni di erogazione: il ruolo delle fondazioni bancarie (cenni): meritevolezza degli interventi finanziati e legame con il territorio 129
 - 2.2. Terzo settore e mercato: l'organizzazione imprenditoriale del *non profit* secondo il modello dell'impresa sociale 132
 - 3. I beni culturali quali beni di interesse pubblico: irrilevanza della loro appartenenza proprietaria (pubblica o privata). Loro destinazione all'uso generale e pubblica fruizione 135
 - 4. Il *non profit* nel governo dei beni culturali: erogazioni liberali, sponsorizzazioni e gestione privata. Il ruolo delle fondazioni bancarie. Rapporti contrattuali intercorrenti tra soggetto pubblico, preposto al governo del bene culturale, e i privati *non profit* 139
 - 5. La creazione di enti *ad hoc* per il governo del bene culturale. Il caso dell'iniziativa pubblica: le c.d. fondazioni di partecipazione 146
 - 5.1. Il governo dei luoghi sacri: il caso delle c.d. *Fabbricerie* 149
 - 5.2. La creazione di enti *non profit* per il governo del bene culturale per iniziativa privata 152
 - 6. Profili comparatistici: il terzo settore nei beni culturali nel Regno Unito 153
 - 7. Osservazioni conclusive sul coinvolgimento del terzo settore nel governo dei beni culturali. Riconduzione nel perimetro dell'intervento privato, seppure con finalità solidaristiche. Necessità di verificare la riferibilità del bene culturale ad un gruppo di riferimento, al fine del superamento del dualismo pubblico-privato 158

Capitolo III		
<i>Il dibattito sui beni comuni</i>		163
<i>Sezione I</i>		
I beni comuni come reazione all'assoggettamento dei beni pubblici al mercato		164
1. Il dibattito sulla riforma della disciplina dei beni pubblici. In relazione ai beni oggettivamente e soggettivamente pubblici, inadeguatezza delle disposizioni vigenti sotto diversi profili: a) beni riservati e a destinazione; b) beni naturali e beni artificiali; c) beni materiali e immateriali; d) sulla scarsità di determinati beni e sulla necessità di tutela; e) la valorizzazione e la gestione del bene		164
1.1. Il dibattito sulla riforma della disciplina dei beni pubblici (<i>segue</i>). In relazione ai beni oggettivamente pubblici: verso il superamento del criterio soggettivo di distinzione tra beni privati e beni pubblici e verso necessità del recepimento di un criterio sostanziale fondato sulla destinazione del bene. Ancora sui beni di interesse pubblico		168
2. L'affermarsi della nozione di bene comune come reazione all'assoggettamento dei beni pubblici al mercato e alla crisi economica. I contorni incerti della categoria e il dibattito interno		170
3. Le proposte di riforma della disciplina codicistica dei beni della commissione Rodotà: una classificazione che prevede la categoria dei beni comuni. Rilevanza quale momento di avvio dell'attuale dibattito sui beni comuni		174
4. Sulla legittimità costituzionale della proprietà comune (intesa in senso oggettivo) e di un regime giuridico ad essa correlato (anche attraverso interpretazioni costituzionalmente legittime del diritto vigente). Copertura nella previsione costituzionale della proprietà pubblica e altri principi rilevanti: tutela della persona e sussidiarietà orizzontale. Reccessività della titolarità del bene e legittimità costituzionale dell'appartenenza collettiva		180
5. Funzionalità a garantire diritti fondamentali, ragioni identitarie e radici culturali comuni, non esclusione dalla fruibilità generale, incommerciabilità, utilità non patrimoniale: insufficienza di tali caratteristiche a definire la categoria. Eccessiva dilatazione del concetto di bene comune e sua indeterminatezza		187
6. <i>Global commons</i> e <i>new commons</i> . Il gruppo di riferimento del bene corrispondente all'intera umanità. Peculiarità del tema e esclusione dall'oggetto della ricerca		191
6.1. Ancora un riferimento al dibattito sui beni comuni globali naturali: l'Enciclica papale « <i>Laudato Sì</i> » sulla cura della casa comune		195
7. Verso la definizione di bene comune (anticipazioni): la relazione tra bene e comunità (circoscritta o globale). Necessità di un approccio interdisciplinare		199

Sezione II

Gli usi civici quali istituto riconducibile alla categoria dei beni comuni	201
1. Usi civici e demani civici	201
2. La natura giuridica: a) gli usi civici come diritto reale atipico su cosa altrui (caratterizzato da perpetuità, specificità e inalienabilità) spettante alla comunità; b) i demani civici come diritto di proprietà spettante alla comunità. Rilevanza del vincolo funzionale del bene (ovvero della destinazione comune)	204
3. Origini storiche (cenni)	209
4. La disciplina vigente (cenni)	214
5. Il Commissario per gli usi civici	216
6. Le università agrarie quale modello di appartenenza collettiva delle terre	219
7. Conclusioni sugli usi civici	222

Capitolo IV

<i>La relazione tra beni comuni e comunità: un approccio interdisciplinare</i>	225
--	-----

Sezione I

Classificazione economica dei beni, tragedie e loro soluzioni, superamento dell' <i>homo economicus</i> e convenienza a cooperare	226
1. La rilevanza dell'approccio interdisciplinare: cenni sull'evoluzione del pensiero economico in relazione ai beni e riscoperta dei beni comuni. Questioni di metodo	226
2. La classificazione economica sulla base delle caratteristiche oggettive del bene dell'escludibilità e della rivalità (beni pubblici, <i>commons</i> , beni di <i>club</i> e beni privati). Distinzione rispetto al criterio oggettivo utilizzato dai giuristi fondato sulla destinazione del bene. Non sovrapposibilità dei <i>commons</i> alla categoria giuridica dei beni comuni	232
3. Non escludibilità (beni pubblici e <i>commons</i>), esternalità positive e problemi di opportunismo: il problema del <i>free rider</i>	236
4. La tragedia dei <i>commons</i> : il presupposto dell' <i>homo economicus</i> . Le soluzioni tradizionali dell'intervento pubblico e della privatizzazione	239
5. I fallimenti dell'intervento pubblico (cenni): fallimenti della legislazione e dell'amministrazione	242
6. Il fallimento dell'intervento privato (cenni): la seconda tragedia dei <i>commons</i>	246
6.1. Il fallimento dell'intervento privato (segue): insufficienza del mercato a percepire i <i>valori di non uso</i>	248
7. Ulteriori cause di fallimento dell'intervento pubblico e delle privatizzazioni: la frammentazione dei diritti proprietari e la c.d. tragedia degli <i>anticommons</i>	250
8. Il pensiero di E. Ostrom. Il superamento dello Stato e del mercato come regolatori unici. I casi di successo di sistemi auto-organizzati, a democrazia partecipata e fondati sull'agire in cooperazione nel governo delle risorse naturali comuni (<i>common-pool resources</i>)	252

- 8.1. L'identificazione dei fattori di successo delle azioni collettive: omogeneità dei gruppi, forte identità, fiducia reciproca e dimensioni ridotte. La creazione di istituzioni comuni *robuste* e i principi del loro funzionamento 256
9. Il superamento dell'*homo economicus*. La razionalità relazionale e la convenienza a cooperare (anche in relazione ai beni comuni). Spazio per l'intervento pubblico volto a favorire le condizioni della cooperazione tra gli individui 260
- Sezione II*
- Il ritorno alle categorie giuridiche. Dalla non esclusione del libero accesso al bene alla definizione di bene comune 264
1. Dalla escludibilità alla effettiva esclusione: una rielaborazione delle categorie dei beni degli economisti. Beni privati e beni di *club* non esclusi (per scelta politica) 264
- 1.1. Dalla escludibilità alla effettiva esclusione (*segue*): a) ritorno al criterio di individuazione dei beni fondato sulla loro destinazione; b) allargamento della categoria dei beni esclusi e giustificazione dell'esclusione; c) non esclusione quale elemento coesistente nei beni comuni e nei beni pubblici (in senso giuridico) 267
2. Distinzione tra beni pubblici e beni comuni. Il bene comune si fonda sulla relazione bene-comunità. L'utilità che il bene arreca ai membri della comunità è essenziale per la vita e afferisce a diritti fondamentali degli individui, a ragioni identitarie, a radici culturali. Prevalente (ma non decisivo) carattere di non patrimonialità. Eventualità della cooperazione tra i membri del gruppo 269
- 2.1. Alcune precisazioni: a) non necessità che la non esclusione riguardi tutte le utilità rese dal bene potendo avere carattere parziario; b) la non esclusione può riguardare anche il c.d. *non uso* del bene; c) distinzione tra la non esclusione dall'uso generale del bene dei membri del gruppo di riferimento e della intera collettività (anticipazione della distinzione dell'uso generale in *uso comune* e *uso pubblico*); d) eventuali conflitti tra destinazione comune e destinazione pubblica di un medesimo bene 274
3. Il confronto tra classificazioni economica e giuridica dei beni. Beni privati, beni comuni e beni pubblici (in senso giuridico, ovvero individuati secondo il criterio oggettivo della destinazione) e loro corrispondenze nelle classificazioni degli economisti 276

Capitolo V	
<i>Lo statuto giuridico dei beni comuni materiali a dimensione non globale</i>	279
<i>Sezione I</i>	
Posizioni giuridiche soggettive correlate all'uso comune	281
1. I presupposti della costruzione di uno statuto giuridico dei beni comuni distinto da quello dei beni pubblici. Dall'uso generale dei beni pubblici da parte della collettività intera (<i>uso pubblico</i>) all'uso generale dei beni comuni (<i>uso comune</i>) da parte del gruppo di riferimento del bene. Chiarimenti definitivi	281
1.1. La struttura del capitolo e un chiarimento di metodo: la ricerca dello statuto dei beni comuni è fatta nel diritto vigente. Le suggestioni <i>de iure condendo</i> saranno espressamente segnalate	285
2. La posizione giuridica soggettiva a fronte dell' <i>uso pubblico</i> (ovvero all'uso generale dei beni pubblici)	287
3. La teoria di Giannini sulla proprietà collettiva: <i>res communes omnium</i> , domini collettivi, proprietà comunitarie e proprietà collettiva demaniale. Posizioni giuridiche soggettive a fronte della destinazione del bene all'uso pubblico	291
3.1. Dalla teoria di Giannini sulla proprietà collettiva al moderno concetto di bene comune. Riconducibilità delle <i>res communes omnium</i> , dei domini collettivi, delle proprietà comunitarie e della proprietà collettiva demaniale alle diverse tipologie di bene comune. Maggiore ampiezza di tale ultima definizione (quanto alle tipologie di beni che possono teoricamente entrarvi) ma sotto la condizione che vi sia la relazione qualificante bene-gruppo	297
4. L'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive a fronte dell' <i>uso comune</i> . Posizione giuridica soggettiva nei confronti dei beni comuni di appartenenza pubblica e gestiti dell'amministrazione ovvero affidati a privati: sussistenza di diritti soggettivi all'accesso al bene e di interessi legittimi a fronte dei poteri dell'amministrazione	299
4.1. Sui conflitti tra uso comune (da un lato) e usi generali o individuali (dall'altro lato). Sulla eventualità che l'accesso dei membri del gruppo sia assoggettato ad un contributo di gestione. Un caso Giurisprudenziale sul conflitto tra uso comune ed eccezionale: a) impoverimento della comunità; b) ipotesi compensative; c) partecipazione della comunità nelle decisioni pubbliche correlate al bene	303
4.2. Sul <i>non uso</i> come modalità di uso comune	307
4.3. La posizione giuridica soggettiva nei confronti dei beni comuni di appartenenza dei privati. Sussistenza di diritti soggettivi all'accesso al bene e di interessi legittimi a fronte dei poteri di regolatori dell'amministrazione. L'eventuale conflitto tra proprietario e membri del gruppo	308

-
5. Ancora sulle situazioni giuridiche soggettive a fronte dei beni comuni: sulla non ricorrenza di interessi collettivi o diffusi. Sulla sussistenza di posizioni giuridiche omogenee ma differenziate (*uti singuli* e non meramente *uti civis*) 311
6. Sulle caratteristiche (inalienabilità, specificità, non escludibilità degli altri membri del gruppo, indisponibilità) e sulla natura giuridica del diritto soggettivo all'uso comune. Le due ipotesi della riferibilità a diritti della persona o diritti reali di godimento su cosa altrui 316
- 6.1. Il diritto reale di uso pubblico su cose altrui di cui all'art. 825 c.c. Insufficienza dell'interpretazione letterale che attribuisce la titolarità del diritto alla pubblica amministrazione: il noto caso di Villa Borghese 320
- 6.2. L'esempio più ricorrente di diritti reali di uso pubblico su beni altrui: le c.d. strade vicinali ad uso pubblico 324
- 6.3. L'interpretazione di Giannini: a) la titolarità del diritto è in capo agli appartenenti alla comunità; b) le comunità possono essere aperte o chiuse e possono corrispondere ad un gruppo differenziato dalla generalità degli individui; c) l'ente pubblico può assumere il ruolo di rappresentante della comunità, con poteri (che si aggiungono a quelli dei singoli) di tutela del gruppo; d) il bene altrui può essere di appartenenza privata o della pubblica amministrazione; e) l'uso oggetto del diritto può essere parziario. Riconduzione a tale tesi del diritto correlato ai beni comuni 328
- 6.4. Riconduzione della realtà del diritto di uso comune alle discipline speciali dei singoli beni (qualora non si accogliesse la tesi del riferimento alla fattispecie generale del diritto reale di uso pubblico su cosa altrui di cui all'art. 825 c.c.). Analogie con gli approdi della dottrina che si è occupata di usi civici 331
- 6.5. Sulla concreta esistenza del diritto di uso comune in capo ai membri della comunità: a) necessità di un titolo concreto di apertura all'uso comune; b) sulla necessaria relazione tra bene e comunità di riferimento. Sull'accertamento del diritto di uso comune 333
7. Affinità e divergenze tra la moderna teoria dei beni comuni e la teoria dei diritti collettivi di Cerulli Irelli 335
8. Identificazione della comunità e sua organizzazione: dalle posizioni giuridiche soggettive individuali all'ente rappresentativo del gruppo 339
9. Cenni su alcune ipotesi *de iure condendo*: a) democrazia partecipativa e intervento diretto dei gruppi alle scelte pubbliche che riguardano i beni comuni (sul modello del *débat public* francese); b) specifici doveri di solidarietà per i membri del gruppo di riferimento del bene comune (derivanti da auto-regolazione del gruppo o dalla regolazione dell'Autorità pubblica). Rinvio alle discipline delle singole categorie di beni 342

Sezione II

L'auto-governo del gruppo di riferimento del bene (ovvero, la <i>gestione comune</i>)	346
1. Il governo comune da parte del gruppo di riferimento. Questioni di efficienza economica (rinvio). Innesto del tema della gestione comune sulla costruzione della categoria dei beni comuni e sull'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive dei membri del gruppo. Esclusione dei beni comuni globali e riferibilità ai beni comuni a carattere circoscritto. Richiamo alla sussidiarietà orizzontale	346
2. Alcune puntualizzazioni: a) necessità di un ente rappresentativo del gruppo; b) distinzione tra gestione comune e gestione privata <i>non profit</i> (ad esempio, nel settore dei beni culturali); c) necessità di un titolo valido di conferimento della gestione; d) coesistenza della gestione comune (da parte del gruppo) e dell'uso generale (da parte della collettività intera)	349
3. Principio di proporzionalità e contenuto della gestione. Estensione alla tutela e alla valorizzazione. Necessità di tenere conto dei limiti costituzionali in taluni settori. La graduazione della gestione. Pluralità di attori e gestione del bene: il ruolo dell'Autorità pubblica	352
3.1. Ancora sul contenuto della gestione: sull'ammissibilità di un contenuto (anche) patrimoniale del diritto d'uso comune e sulla conseguente ammissibilità di gestioni comuni orientate al mercato. Le condizioni della permanenza della non esclusione e della destinazione degli utili in attività connesse al bene comune	354
4. Ancora sulla costituzione del titolo valido di gestione. Inammissibilità delle occupazioni <i>sine titulo</i> (come nel caso del Teatro Valle). La scelta del gruppo per la gestione comune: non necessità di evidenza pubblica e iniziativa del gruppo. Il problema concreto del finanziamento della gestione: il c.d. <i>crowdfunding</i> e il ruolo delle fondazioni bancarie	356
5. Prospettive evolutive della gestione comune. La nuova categoria del partenariato pubblico-sociale (PPS) contemplata dal d.lgs. 50/2016. Inutilità di una disciplina generale di dettaglio e riferimento alle discipline particolari delle singole categorie dei beni	361

Capitolo VI

<i>Strumenti di tutela giudiziale correlati ai beni comuni materiali a carattere non globale</i>	367
--	-----

1. Le situazioni giuridiche soggettive correlate ai beni comuni come presupposto della legittimazione processuale. Necessità di individuare le azioni concesse dal diritto vigente. Non riconducibilità alla categoria delle c.d. <i>azioni popolari</i> . Delimitazione dell'oggetto di indagine ai soli beni comuni materiali a carattere non globale	367
---	-----

2. I mezzi di tutela correlati al diritto soggettivo all'accesso all'uso generale del bene: a) azione di accertamento; b) azioni petitorie: non spettanza dell'azione di rivendicazione e legittimazione speciale all'azione negatoria; c) spettanza delle azioni possessorie: i problemi posti in relazione ai beni demaniali dall'art. 1145 c.c.; d) spettanza delle azioni di nuova opera e danno temuto	371
3. I mezzi di tutela dell'interesse legittimo a fronte del potere amministrativo correlato al bene comune: l'azione di annullamento di provvedimenti amministrativi. La questione delle condizioni dell'azione	379
3.1. La c.d. <i>vicinitas</i> ad un bene quale presupposto della identificazione del gruppo dei soggetti legittimati ad agire nel giudizio amministrativo. Prospettive evolutive di estensione di tale criterio al particolare rapporto tra bene comune e suo gruppo di riferimento	381
3.2. Ancora sul riconoscimento della legittimazione attiva ai membri del gruppo di riferimento del bene comune nel diritto vigente: il caso dei beni paesaggistici e dei beni ambientali. Attuali tendenze giurisprudenziali in senso contrario e necessità di un'inversione di tendenza	385
4. Un ulteriore strumento di tutela correlato ai beni comuni. L'azione per l'efficienza dell'amministrazione quale azione di adempimento. Correzione dell'attività dell'amministrazione, valutazione di risultato e sua riconduzione nell'alveo del giudizio di legittimità	389
4.1. La dimensione collettiva dell'azione per l'efficienza. Sovrapposizione tra la posizione giuridica soggettiva che fonda l'azione per l'efficienza e quella correlata ai beni comuni. Sulla legittimazione aggiuntiva degli enti esponenziali	393
5. Il modello dell'azione inibitoria ex art. 140 del codice del consumo	397
6. Questioni risarcitorie. Ammissibilità delle azioni risarcitorie individuali e di classe. Il modello della <i>class action</i> ex art. 140 <i>bis</i> del codice del consumo	401
7. Prospettive <i>de iure condendo</i> : a) la creazione di una legittimazione ad agire aggiuntiva in capo all'ente rappresentativo del gruppo; b) la generalizzazione del modello di tutela vigente per gli usi civici; c) la prospettazione dell'impulso processuale d'ufficio	408
 Valutazioni conclusive	 413
 Bibliografia	 429

INTRODUZIONE

I beni comuni sono al centro di un dibattito interdisciplinare che ha portato ad affiancare la categoria a quelle tradizionali dei beni privati e dei beni pubblici. Tale dibattito è stato indubbiamente vitalizzato dall'attribuzione del premio Nobel per l'Economia del 2009 a Elinor Ostrom che, contestando precedenti teorie economiche, ha dimostrato, ricorrendo determinate condizioni, l'efficienza di forme di auto-governo dei *commons* da parte delle comunità di riferimento, superando così la polarizzazione tra gestione pubblica e privata degli stessi beni¹.

Ai beni comuni sarebbero ammessi indistintamente tutti, dal momento che si caratterizzerebbero per la non esclusione dall'uso generale, con conseguente non assoggettabilità ad un prezzo quale corrispettivo del loro utilizzo. Ciò, soprattutto in tempi di crisi economica, li porrebbe in contrapposizione ed in controtendenza rispetto all'assoggettamento dei beni pubblici alle logiche del mercato, attraverso forme di privatizzazione o di gestione privata. Gli stessi beni sarebbero, inoltre, necessariamente correlati ad un concetto di *comunità* di riferimento del bene. In taluni casi, tuttavia, la *comunità* potrebbe assumere dimensioni così vaste da abbracciare l'intera collettività. In definitiva, i beni comuni sarebbero preordinati a realizzare interessi di particolare rilevanza, quali i diritti fondamentali delle persone o l'evocare loro radici culturali o ragioni identitarie.

Tuttavia, tali caratteristiche non appaiono ancora individuate con rigore scientifico e, nell'attuale dibattito, che talvolta ha assunto un ingiustificato carattere ideologico, vi sono molte incertezze sulla stessa definizione di bene comune, sulle tipologie di beni che entrerebbero a farvi parte, sul concetto di comunità.

Lo stesso dibattito è stato alimentato dal tema del pericolo in cui si trovano tali beni poiché, per il sovraconsumo dovuto all'evoluzione della società umana, alcune risorse che un tempo erano disponibili per tutti in misura abbondante stanno diventando scar-

¹ Sul punto, deve però essere fin da subito segnalata una confusione terminologica. Come si osserverà nel capitolo IV sezioni I e II, non vi è coincidenza tra la definizione economica di *common*, fondata su un criterio che tiene conto delle caratteristiche oggettive di tali beni (ovvero la non escludibilità e la rivalità nel consumo), e quella giuridica di bene comune che si ricercherà sulla base del criterio oggettivo-funzionale della destinazione del bene all'uso comune. Nella sezione II del capitolo IV si individueranno le corrispondenze tra tali due categorie per le quali può, in prima approssimazione, sostenersi che la seconda è più ampia della prima che ne costituisce un sottoinsieme.

se. È, inoltre, crescente l'insoddisfazione per la tutela e la gestione di tali beni, normalmente lasciate alla pubblica amministrazione, dalle quali sono escluse le comunità.

Da molti è stato invocato il riconoscimento legislativo della nuova categoria, nell'ambito dell'auspicata riforma della disciplina dei beni pubblici di cui al capo II del titolo I del libro III del codice civile, da tutti considerata come ormai obsoleta e inadeguata. Noto è lo schema di disegno di legge delega elaborato nel 2012 dalla c.d. Commissione Rodotà.

Pur in mancanza di una disciplina generale, il diritto positivo, la Giurisprudenza e le stesse amministrazioni locali hanno cominciato a richiamare, in forme diverse, la categoria dei beni comuni. La Legislazione è piena di riferimenti espressi a tale categoria, soprattutto in tema di governo del territorio, consumo del suolo, acque e cooperazione. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno fatto espresso richiamo alla stessa categoria con sentenze che hanno riconosciuto taluni beni demaniali come funzionali ai diritti fondamentali di determinate collettività, definendoli espressamente beni comuni. A livello amministrativo, molti Comuni hanno avviato, in applicazione diretta del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 comma 4 della Costituzione, la pratica di predisporre appositi Regolamenti per la cura e la gestione dei beni comuni, attraverso forme di amministrazione condivisa con i cittadini. A fianco a tali buone pratiche, peraltro, si sono sviluppati casi di occupazioni illegittime di beni pubblici o privati, rivendicati come comuni, da parte di gruppi di cittadini.

Sulla base di tale slancio, la dottrina (Marinelli, Cerulli Irelli) non ha tardato a riconoscere la categoria dei beni comuni come una sorta di contenitore generale nel quale collocare fattispecie particolari, già disciplinate dalla legge e di antica tradizione, quali quelle degli usi civici e dei demani civici previsti in via generale dalla l. 16.6.1927 n. 1766 e regolati da numerose altre disposizioni particolari anche a carattere regionale. Tali istituti sono stati, in varie epoche, studiati da autorevoli Autori (ad esempio, Grossi, Cerulli Irelli, Marinelli) e le tesi a cui essi sono pervenuti possono costituire un utile punto di riferimento per la costruzione di una teoria generale dei beni comuni².

Tutto ciò deve portare a ritenere che la categoria dei beni comuni già esista nel nostro ordinamento e che non si tratti di un argomento *de iure condendo*.

Ciò determina il problema di collocare la stessa categoria dei beni comuni tra quelle dei beni privati e dei beni pubblici. Il problema definitorio viene dunque ad allargarsi, dal momento che, oltre alla categoria dei beni comuni, devono essere con precisione ridefinite, in modo complementare alla prima, anche quelle dei beni privati e dei beni pubblici.

Il punto di partenza è ovviamente l'analisi delle disposizioni costituzionali, a cominciare dall'art. 42 della Costituzione che afferma il principio che «*la proprietà è pubblica o privata*», senza però offrire una definizione di tali due forme proprietarie, ma

² Per il tema degli usi civici, si confronti la sez. II del cap. III.

collocandole in una dimensione sociale. La funzione sociale della proprietà, di cui gli stessi beni comuni costituiscono un'applicazione, è espressamente richiamata dall'art. 42 Cost., secondo comma, in relazione alla proprietà privata ma deve considerarsi presupposta nella definizione di proprietà pubblica, senza la necessità di una specifica disposizione. Si tratta, dunque, di un principio generale di tutte le forme proprietarie.

Dall'analisi del dettato Costituzionale si può ritenere che la distinzione tra proprietà pubblica e privata debba essere ricavata in relazione all'aspetto oggettivo-funzionale dei beni che fanno parte delle due categorie e, dunque, in considerazione della loro destinazione. Si tratta di un criterio oggettivo di distinzione tra proprietà pubblica e privata che tiene conto dell'interesse (pubblico o privato) che il bene mira a realizzare (c.d. *destinazione* del bene), a prescindere dal soggetto proprietario. Tale criterio appare alternativo a quello soggettivo, fondato sulla mera descrizione del soggetto proprietario (privato o pubblico) che permea la disciplina dei beni pubblici dettata dal capo II del titolo I del libro III del codice civile, centrata sul dato formale della titolarità della proprietà in capo alla pubblica amministrazione.

Tale discussione, ovviamente, non può prescindere da quanto hanno sostenuto i più autorevoli Autori che si sono occupati del tema della proprietà pubblica, il cui pensiero è stato descritto nel testo (Sandulli, Giannini, Cerulli Irelli, Cassese)³, e che hanno classificato i beni muovendosi secondo un criterio oggettivo, soggettivo o misto. Non pare, peraltro, utile e opportuno affermare che sia corretta in astratto una classificazione piuttosto che un'altra. Il criterio da scegliersi per la descrizione di un fenomeno deve essere funzionale all'obbiettivo della ricerca e le diverse prospettive possono essere giustificate in relazione a quanto si vuole dimostrare.

Per le finalità della presente ricerca, ovvero al fine dell'inserimento della teoria dei beni comuni tra quella dei beni pubblici e dei beni privati, si propone una classificazione mista nella quale il criterio oggettivo è certamente prevalente. Il criterio soggettivo non pare, infatti, del tutto superabile dal momento che nel diritto vigente la sola appartenenza di un bene alla pubblica amministrazione o ai privati determina indubbiamente effetti sul suo regime giuridico.

La categoria più problematica (tanto che parte della dottrina ne ha a lungo negato l'esistenza) è quella, che si è imposta a seguito dei processi di liberalizzazione di molte attività economiche nel corso degli anni Novanta del secolo scorso (ad esempio, nel caso delle c.d. *reti*), dei *beni soggettivamente privati di interesse pubblico*, ovvero di quei beni che sotto il profilo soggettivo sono di proprietà privata ma che hanno una rilevanza pubblicistica. Tale categoria di beni viene a fare parte di quella più ampia dei *beni di interesse pubblico*, nella quale si collocherebbero anche i beni soggettivamente pubblici di interesse pubblico (ovvero i beni pubblici in senso stretto, e cioè i beni demaniali e quelli patrimoniali indisponibili).

³ Par. 1.3 della sezione I del capitolo II.

I *beni di interesse pubblico* si vengono così a contrapporre alla categoria dei *beni di interesse privato* (che comprenderebbe anche i beni soggettivamente pubblici ma di interesse privato, ovvero i beni del patrimonio disponibile), superando così del tutto il criterio soggettivo in favore di quello oggettivo fondato sulla destinazione del bene. I due gruppi di beni sarebbero così individuati esclusivamente attraverso il criterio oggettivo-funzionale della destinazione del bene.

L'essere pervenuti a individuare le due categorie dei *beni di interesse pubblico* (*beni pubblici*) e dei *beni di interesse privato* (*beni privati*), può consentire l'inserimento dell'ulteriore categoria dei *beni di interesse comune* (*beni comuni*), qualora la destinazione di tali beni sia preposta a realizzare l'interesse di una comunità e non quello pubblico generale ovvero quello individuale. La categoria dei beni comuni viene, pertanto, ad individuarsi in relazione alla funzione di tali beni e in contrapposizione con la destinazione privata e con quella pubblica.

Sotto questo ultimo profilo, se appare chiaramente pubblica la destinazione dei beni a soddisfare interessi peculiari della pubblica amministrazione (come nel caso degli uffici pubblici), più delicato appare distinguere tra destinazione pubblica e destinazione comune per i beni aperti all'uso generale della collettività.

È, infatti, evidente che, se non vi fossero differenze tra le due forme di uso generale, non avrebbe senso nemmeno distinguere le due categorie dei beni pubblici e dei beni comuni. Così come la medesima distinzione non avrebbe significato se, a valle delle definizioni, non fossero riconosciuti statuti giuridici diversificati (in termini di posizioni giuridiche soggettive e di mezzi di tutela correlati) alle due diverse categorie di beni. Solo con tali presupposti assume significato distinguere i beni pubblici dai beni comuni.

Occorre, peraltro, un'ulteriore precisazione definitoria. Nel testo si è preferito non utilizzare il termine *collettivo* come sinonimo di *comune* per alcune ragioni: in primo luogo, perché il termine appare utilizzato nel nostro Ordinamento e dalla Giurisprudenza talora per fare riferimento all'intera collettività e talaltra per identificare gruppi ristretti, potendo risultare così fuorviante. Esso, dunque, prescinde dalla nozione di *comunità* che invece, come si vedrà, appare un concetto fondamentale per la stessa definizione di bene comune. Inoltre, la categoria della *proprietà collettiva* è stata invocata da autorevoli Autori che la hanno talora considerata una categoria della proprietà pubblica (Giannini⁴) o talaltra come categoria autonoma ma riferita essenzialmente a fattispecie circoscritte quali quella degli usi civici (Cerulli Irelli)⁵ e, dunque, si è preferito non confondere il lettore utilizzando il medesimo termine *collettivo* per fare

⁴ GIANNINI M.S., *I beni pubblici - dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'Anno Acc. 1962-1963*, Mario Bulzoni Editore, Roma, 1963. Di tali tesi si dirà in molte parti del testo e in particolare nel capitolo V sezione I.

⁵ CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983. Anche delle tesi di tale autore si dirà in molte parti del testo e in particolare nel capitolo V sezione I.

riferimento a tali posizioni dottrinarie e al moderno dibattito sui beni comuni. Tuttavia, la presente ricerca ha, indubbiamente, tenuto conto di tali precedenti costruzioni dottrinarie e si propone l'ambizioso obiettivo di esserne un'evoluzione, nel senso della continuità.

La categoria dei beni comuni, dunque, deve essere individuata per contrapposizione a quella dei beni pubblici. Essa, peraltro, si è affermata come reazione al mutamento del regime giuridico di tali beni, che si è evoluto in coerenza della progressiva trasformazione della pubblica amministrazione, dei mutamenti economici della società e della stessa evoluzione dell'idea di Stato (considerate anche le necessità di risanamento dei conti pubblici imposte dall'Unione Europea, di limitazione del peso del settore pubblico nell'economia, di ridurre il *deficit* del bilancio pubblico), che si sono determinati a partire dagli anni Novanta del secolo scorso. Ciò ha imposto una maggiore attenzione al tema dell'efficienza nella gestione del patrimonio pubblico, che ha determinato uno spostamento della linea di confine tra regime pubblicistico e privatistico dei beni verso quest'ultimo. Tale fenomeno comporta il problema di conciliare la redditività della gestione privata orientata al profitto con gli interessi pubblici che il bene è destinato a soddisfare.

Il potenziale conflitto tra interessi pubblici e privati si acuisce per i beni pubblici ad uso generale, per i quali l'interesse pubblico si traduce nel libero godimento del bene. Da un lato, la privazione per il titolare del bene del potere di escludere altri dall'uso rende il bene non più oggetto di scambio e quindi non più produttivo di reddito (dal momento che nessuno avrebbe interesse ad acquistare un bene che lui stesso e chiunque altro potrebbe comunque utilizzare). Dall'altro lato, nel caso di gestione privata di un bene di pubblico interesse ad uso generale, è attribuito al privato il diritto di escludere chi non paga il prezzo per l'utilizzo del bene. Dunque, il regime pubblicistico del bene e il provvedimento che attribuisce la gestione del bene al privato devono conciliare i due interessi contrapposti e garantire che il diritto di escludere sia circoscritto nel tempo e nello spazio in modo da non precludere l'uso generale (e, dunque, l'uso del bene rimane assoggettato a regolazione pubblicistica e sottoposto ad una disciplina diversa da quella del libero mercato).

È indiscutibile che nel tempo vi sia stato un progressivo arretramento dello Stato gestore diretto del bene (che presuppone la titolarità del bene in capo alla pubblica amministrazione, essendo difficilmente ipotizzabile che lo Stato gestisca beni di appartenenza privata) a favore dello Stato che regola e controlla l'uso dei beni da parte dei privati (caso che può essere riferito tanto ai beni patrimoniali disponibili che ai beni di interesse pubblico, ovvero ai beni soggettivamente privati di interesse pubblico ma anche ai beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili). Tale forma di intervento pubblico consiste nell'attribuzione alla pubblica amministrazione di poteri pubblici di natura conformativa sul diritto di proprietà, attribuiti dalla legge al fine della tutela degli interessi pubblici. Può essere anche rilevato che appaiono complementari e si

autoalimentano le due tendenze dell'assoggettamento dei beni a destinazione pubblica al mercato (nella ricerca della loro valorizzazione più efficiente attraverso la gestione privata) e della progressiva maggiore estensione del controllo pubblico sulle attività dei privati gestori. Le ragioni dell'efficienza e dell'assoggettamento al mercato devono essere conciliate e tenere conto del permanere della destinazione pubblica del bene e, a salvaguardia di essa, lo Stato è preposto a esercitare la propria funzione regolatrice.

Entrambe tali tendenze (assoggettamento alle logiche private e estensione del controllo pubblico) hanno avuto la conseguenza di estromettere le comunità dai beni aperti all'uso generale. L'ordinamento si è, infatti, preoccupato di regolare il rapporto pubblico-privato, sotto varie forme e secondo vari modelli, ma ha trascurato indubbiamente il terzo lato del rapporto, ovvero quello dei soggetti che sono destinatari dell'uso generale dei beni. Quando tali soggetti costituiscono una comunità, si pone il problema dei beni comuni. Il problema del conflitto tra uso privato particolare e uso generale si pone con maggior forza nel caso dei beni destinati all'uso comune, per i quali possono determinarsi conflitti con la comunità di riferimento del bene.

Sul punto può essere fatta un'ulteriore precisazione. L'evocazione della categoria dei beni comuni non costituisce, infatti, la sola controtendenza all'assoggettamento al mercato dei beni pubblici.

Negli anni più recenti vi sono state forme di attuazione del principio di sussidiarietà c.d. orizzontale, introdotto all'art. 118 comma 4 della Costituzione dalla riforma del titolo V per opera della legge Costituzionale 3/2001, che esprime il criterio di ripartizione delle competenze tra enti locali e soggetti privati, individuali e collettivi, operando come limite all'esercizio delle competenze locali da parte dei poteri pubblici. L'esercizio delle attività di interesse generale spetta ai privati o alle formazioni sociali e l'ente locale assume un ruolo sussidiario di coordinamento, controllo e promozione. Peraltro, se l'elemento centrale e caratterizzante del rapporto tra enti territoriali e soggetti privati delineato dall'art. 118 è da rinvenire nella locuzione «*favoriscono*», ciò comporta un vero e proprio dovere a carico degli enti pubblici di creare le condizioni idonee a che i cittadini possano assumere l'esercizio delle attività di interesse generale, che potrebbe avere vario contenuto in relazione alle diverse esigenze del caso concreto (Arena)⁶.

La forma più naturale di applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale ai beni pubblici è quella del coinvolgimento di privati non orientati al profitto (*non profit*), che può assumere varie modalità di organizzazione dei cittadini, in relazione al caso concreto. Il c.d. *terzo settore* è costituito da un complesso di istituzioni che, all'interno del sistema economico, si collocano tra lo Stato e il mercato, ma non sono riconducibili né all'uno né all'altro. Si tratta di soggetti di natura privata ma volti alla produzione di beni e servizi a destinazione pubblica o collettiva, che possono assumere

⁶ Per questo, si rinvia al par. 1 della sezione III del par. II.

varie forme organizzative, peraltro in via di ulteriore evoluzione, considerando la recentissima legge delega per la riforma, l. 6.6.2016 n. 106.

Vi è, dunque, il superamento del dualismo tra interesse pubblico quale interprete e garante esclusivo degli interessi generali e interesse privato quale portatore (solo ed esclusivamente) di interessi legati al mero profitto. Un esempio è il settore dei beni culturali, che sono beni di interesse pubblico, per i quali diventa recessiva l'appartenenza proprietaria, con destinazione all'uso generale e alla pubblica fruizione. Per tali beni è particolarmente rilevante il coinvolgimento del terzo settore, con modalità articolate e complesse di valorizzazione, che devono tenere conto del limite imposto dall'art. 9 della Costituzione che riserva allo Stato la tutela degli stessi beni⁷.

Il coinvolgimento del *terzo settore* nel governo dei beni non deve concettualmente essere confuso con il tema dei beni comuni, pur se vi sono margini di contiguità e sovrapposizione tra i due argomenti. La gestione *non profit* dei beni pubblici appare ancora riconducibile al dualismo pubblico-privato e appartiene all'area di quest'ultimo, pur se caratterizzata da motivazioni non legate al profitto e fondate su logiche di natura solidaristica, diverse da quelle di mercato. È chiaro, per altro verso, che gli stessi modelli organizzativi del *non profit* possono essere adottati anche per la gestione dei beni comuni da parte delle comunità di riferimento del bene, ma non è detto che una gestione *non profit* debba essere ricondotta necessariamente alla stessa comunità.

A conclusione di queste brevi note introduttive, può dunque affermarsi che il tema dei beni comuni deve innestarsi sul tema dei beni pubblici e i primi devono essere individuati in contrapposizione ai secondi. Occorre verificare se sia possibile superare quella che è stata chiamata la «grande dicotomia» tra pubblico privato⁸. È tra tali due categorie che deve cercarsi lo spazio per l'inserimento della categoria beni comuni che viene ad emergere in contrapposizione ed in controtendenza all'assoggettamento dei beni pubblici alle logiche del mercato e che costituisce un *tertium genus* di destinazione dei beni, che deve comportare sistemi decisionali condivisi ispirati non più alla sola rappresentanza ma anche a forme di democrazia deliberativa e partecipativa.

L'evocazione di tale categoria appare, da un lato, una reazione rispetto ai *deficit* di tutela e alla cattiva gestione dei beni pubblici secondo le forme organizzative tradizionali dello Stato che gestisce direttamente tali beni. Dall'altro lato, essa costituisce una reazione all'eccessiva fiducia nell'efficienza del mercato e soprattutto nell'equità delle soluzioni perseguite attraverso tale strada. La crisi economica ha peraltro accentuato tali debolezze poiché sono diminuiti i fondi pubblici a disposizione e la gestione economica dei beni, in molti casi, non è più remunerativa.

Le forme tradizionali di tutela e gestione dei beni pubblici hanno evidenziato la

⁷ A tale questione è dedicata la parte III del capitolo II.

⁸ BOBBIO N., *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in ID., *Stato, Governo, società*, Einaudi, Torino, 1985. Si confronti il par. 7 della sez. III del cap. II.

debolezza della proprietà pubblica a garantire i diritti fondamentali dei cittadini, mettendo in pericolo la stessa esistenza di tali beni, la loro conservazione per le generazioni future oltreché il giusto godimento per quelle attuali. È tuttavia chiaro che, secondo un ordine logico, il problema della gestione deve seguire la soluzione di quelli della definizione dei beni comuni e dell'individuazione del loro statuto giuridico. Questo è lo schema che sarà seguito nella ricerca.

Sia, infine, consentito ringraziare il prof. Marcello Clarich che ha per questi lunghi anni seguito la ricerca e la ha incoraggiata; il prof. Maurizio Cafagno, con il quale il confronto è stato come sempre indispensabile e denso; il prof. Gregorio Arena, per la disponibilità e i preziosi consigli dati; il prof. Fabio Marchetti, grazie al quale ho avviato gli studi sui beni culturali; i dott.ri Nereo Zamaro e Sonja Cappello che hanno dato suggerimenti per la definitiva struttura del capitolo IV; i dott.ri Maria Cestari, Francesco Mataluni e Alice Rallo che hanno aiutato, in varie fasi, nella ricerca bibliografica e giurisprudenziale.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di marzo 2017