

DIRITTO E SOCIETÀ

*Rivista trimestrale fondata nel 1973
da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli*

III serie - 3/2016

Comitato di direzione

Maria Alessandra Sandulli

Direttore responsabile

Beniamino Caravita di Toritto

Antonio D'Atena

Massimo Luciani

Franco Modugno

Giuseppe Morbidelli

Marco Ruotolo

Federico Sorrentino

Comitato scientifico

Marino Breganze

Giuseppe Caia

Paolo Carnevale

Marta Cartabia

Giuseppe de Vergottini

Pietro Giuseppe Grasso

Guido Greco

Natalino Irti

Anne-Marie Le Pourhiet

Stelio Mangiameli

Leopoldo Mazzaroli

Manlio Mazziotti

Fabio Merusi

Jorge Miranda

Giovanni Sartori

Dian Schefold

Franco Gaetano Scoca

Gaetano Silvestri

Aldo Travi

Redazione

Francesco Crisafulli

Daniele Chinni

Tatiana Guarnier

SOMMARIO 3/2016

saggi

- Massimo Luciani, *Una discussione sui beni comuni* 375
- Francesco Viola, *Beni comuni e bene comune* 381
- Ermanno Vitale, *Distinguendo. Un'applicazione alla dottrina dei beni comuni* 399
- Sandro Staiano, «Beni comuni» categoria ideologicamente estenuata 415
- Luigi D'Andrea, *I beni comuni tra pubblico e privato* 433
- Ines Ciolli, *Sulla natura giuridica dei beni comuni* 457
- Alberto Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni* 483
- Emanuele Rossi, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano* 493
- Vincenzo Cerulli Irelli, *Beni comuni e diritti collettivi* 529
- Lorenza Violini, *Il bene comune acqua nella prospettiva multilivello* 535

osservatorio

- Federico Sorrentino, *L'acqua come bene comune e come servizio pubblico* 545
- Andrea Di Porto, *Per uno statuto della proprietà dei beni destinati all'uso pubblico* 551
- Quirino Camerlengo, *La controversa nozione di bene comune* 557

attualità

- Fulvio Costantino, *Bene comune e scelta del regolatore* 573
- Roberto Di Maria, Filippo Romeo, *I beni confiscati alla criminalità come "beni comuni": brevi considerazioni, tra diritto pubblico e privato* 589

UNA DISCUSSIONE SUI BENI COMUNI*

SOMMARIO: 1. Un terreno di scontro. – 2. La questione della modernità. – 3. Leale collaborazione nella dimensione sociale?

1. *Un terreno di scontro*

Quello dei beni comuni non è sempre un terreno di confronto sereno. Troppo sovraccarico ideologico grava su una nozione la cui sola proposta scientifica reca in sé una (almeno implicita) proposta politica, una torsione propositiva, un invito all'azione. Anche quando si ammonisce che “i beni comuni rischiano di essere un flauto magico verso il nulla se letti millenaristicamente nel ruolo di *salvatores mundi* onnipotenti e onnicomprensivi”¹, si parte pur sempre dalla premessa ch'essi “sono il futuro, il nuovo asse di una trasformazione totale che investe lo stile di vita, i rapporti sociali, la struttura economica, le forme giuridiche” e che “il loro fascino è potente: sono la sintesi di un mondo più umano e vivibile, la bandiera di chi vuole un altro futuro, il linguaggio del cambiamento”². Sulla praticabilità storica di questa proposta politica nutro – lo confesso – seri dubbi e mi riconosco molto nello scetticismo manifestato

* Vengono qui pubblicati le relazioni e gli interventi alla Giornata di studio sul tema “La questione dei beni comuni: la prospettiva costituzionale”, tenutasi a Roma il 15 maggio 2015. Tale giornata (ideata in collaborazione con Luigi D'Andrea e Ines Ciolli) si è svolta nell'ambito del progetto di ricerca PRIN 2010/11, dal titolo “L'acqua: risorsa non riproducibile, bene pubblico, fattore di sviluppo, causa di guerra”, coordinato sul piano nazionale dal Prof. Sandro Staiano (Università Federico II di Napoli) e, per l'unità de “La Sapienza”, da chi scrive.

¹ A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il “pubblico” e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013, 28.

² A. ALGOSTINO, *Riflessioni*, cit., 2.

da Ermanno Vitale³. Non è questo, tuttavia, che conta. Conta sottolineare, invece, che i contributi qui di seguito pubblicati (frutto, come si dice in nota, del confronto scientifico di un'intensa giornata di studio alla Sapienza romana) cercano di uscire dalla contrapposizione "ideologica", per recuperare le ragioni di una riflessione pacata sulle potenzialità e sui limiti di una ipotesi concettuale che ormai da qualche anno è al centro della discussione pubblica.

Certo, questo non significa che non ci siano differenziazioni anche molto nette. Forse ai due estremi (più critico l'uno, più positivo l'altro) stanno – mi sembra – il contributo di Sandro Staiano⁴ e quello di Francesco Viola⁵, ma in entrambi i casi ci si pone alla ricerca delle ragioni del successo di una formula e dei possibili confini della sua utilizzazione, più che azzardarsi a proclamare verità pretesamente indiscusse. Nel mezzo, alcuni degli scritti qui pubblicati mostrano maggiore attenzione per i profili dommatici e tecnico-giuridici della problematica⁶, altri tentano di cogliere soprattutto i raccordi fra la prospettiva giuridica e quella dell'economia e delle altre scienze sociali⁷, altri ancora mettono in luce l'intreccio fra apporti della dottrina e della giurisprudenza⁸, ma sempre nella piena consapevolezza della complessità delle questioni e della difficoltà di dare risposte perentorie.

Se dovessi identificare un punto comune fra i vari contributi, però, indicherei quello del dubbio sulla possibilità di identificare una nozione unitaria di "beni comuni", capace di abbracciare con adamantina sicurezza gruppi di beni o singoli beni della vita cui la definizione possa attagliarsi e che conseguentemente possano essere assoggettati al medesimo trattamento normativo (la vastità della famiglia è mostrata, ad esempio, qui di seguito, da Di Maria e Romeo, i quali propongono di qualificare "beni comuni" quelli sottratti alla criminalità organiz-

³ E. VITALE, *Distinguendo. Un'applicazione alla dottrina dei beni comuni*, che può leggersi *infra*, spec. 410.

⁴ S. STAIANO, "Beni comuni". *Categoria ideologicamente estenuata*, che può leggersi *infra*, 415 ss.

⁵ F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, che può leggersi *infra*, 381 ss.

⁶ Ad es., V. CERULLI IRELLI, *La questione dei beni comuni*, che può leggersi *infra*, 529 ss.; F. COSTANTINO, *Bene comune e scelta del regolatore*, che può leggersi *infra*, 573 ss.

⁷ Ad es., Q. CAMERLENGO, *La controversa nozione di bene comune*, che può leggersi *infra*, 557 ss.

⁸ A. DI PORTO, *Per uno statuto della proprietà dei beni destinati all'uso pubblico*, che può leggersi *infra*, 551 ss.

zata)⁹. Del resto, il collegamento operato dalla Commissione Rodotà¹⁰ fra i beni comuni e i diritti fondamentali, se pur metteva in luce un dato importante, dilatava così all'estremo i potenziali confini della categoria da votare al fallimento ogni tentativo di compatta e univoca definizione. E dava ragione a chi ha detto che “appare, quanto meno, velleitario individuare uno statuto giuridico dei beni comuni”¹¹.

2. La questione della modernità

A me pare che, in realtà, sotto il tema dei beni comuni giaccia la questione ancor più vasta della modernità. Non è un caso che uno dei più raffinati studiosi di quel tema¹² sia allo stesso tempo uno dei più radicali critici della modernità giuridica¹³: la contestazione della rigida alternativa proprietà pubblica – proprietà privata evoca forme di possesso premoderno che lo sviluppo del capitalismo e l'apparato giuridico che l'ha accompagnato (i codici) hanno messo in secondo piano, quando non cancellato. È anche per questo che, a mio parere, la questione dei beni comuni fatalmente tende a caricarsi di un “di più”, visto che proprio attorno alla sorte della modernità si giuocano i destini delle esperienze (e delle culture) giuridiche contemporanee.

In realtà, la dicotomia pubblico-privato, come è ben noto, non è affatto riconducibile alla sola modernità e – anzi – trova le sue radici nella tradizione romana. Così, se Ulpiano affermava che “*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*”¹⁴, Cicerone, più sinteticamente, ricordava che “*publicum est, quod civitas universa aliqua de causa frequentat*”¹⁵. Entrambi, dunque, ricondu-

⁹ R. DI MARIA, F. ROMEO, *I beni confiscati alla criminalità come “beni comuni”: brevi considerazioni, tra diritto pubblico e privato*, che può leggersi *infra*, 589 ss.

¹⁰ Come ricorda la Relazione di accompagnamento, “La Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, è stata 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”.

¹¹ O.T. SCOZZAFAVA, *I “beni comuni”*, in *Jus civile*, n. 3/2016, 30.

¹² P. GROSSI, “*Un altro modo di possedere*”. *L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977.

¹³ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari 2015 (ma molti altri scritti dello stesso A. potrebbero essere, qui, ricordati).

¹⁴ ULP., *l. 1*, §2. *D. de just. 1*, 1.

¹⁵ *De inventione*, I, 27, 40.

cevano la “pubblicità” a un collegamento oggettivo a una dimensione sociale, superindividuale, ora (per Ulpiano) la “*res Romana*” (e quindi la “*res publica*”), ora (per Cicerone) la “*civitas*”. Il riferimento alla *civitas* e alla cosa comune, così come il collegamento fra *publicus* e *popularis*, rendevano la questione del “pubblico” ben diversa da come essa si pone oggi, in presenza di una tendenziale identificazione di ciò che è pubblico con ciò che è statale, o per meglio dire in presenza dell’assunzione della statualità a paradigma della pubblicità. L’offuscamento della dimensione collettiva, sociale, fors’anche comunitaria, che l’avvento dello Stato sembra aver comportato, ha reso insoddisfatti della dimensione pubblica del governo e del godimento dei beni, inducendo a mettersi alla ricerca di una dimensione diversa, nella quale i diritti delle persone assumessero un protagonismo che il monopolio statale del pubblico ha impedito.

Qui, però, si deve subito obiettare che la Costituzione repubblicana, quando contrappone (solo) la proprietà pubblica e la proprietà privata, chiudendo apparentemente le porte ad altre forme di possesso, della proprietà pubblica suggerisce indirettamente una diversa concezione, nella quale campeggia la funzione sociale (ad essa “interna”, mentre per la proprietà privata resta “esterna”)¹⁶. Ebbene: se è vero quanto a me sembra evidente, e cioè che la Costituzione non consolida la società esistente, ma neppure traccia un disegno di ideale società futura, preferendo identificare un percorso di progresso nel quale i progetti di vita di ciascuno sono liberamente aperti e ammessi, pur se nella prospettiva della riduzione delle disparità sociali avversate dall’art. 3, comma 2, il riferimento alla funzione “sociale” implica un’uscita dalle strettoie della statualità, imponendo una diretta considerazione della dimensione dei diritti. È per questo che, a mio parere, appare curioso che la tematica dei beni comuni come *tertium genus* abbia avuto così tanto successo in Italia, a fronte di un testo costituzionale che avrebbe consentito percorsi interpretativi (e azioni istituzionali) meno originali, forse, ma non per questo meno penetranti e progressivi¹⁷.

Se si accetta questa prospettiva, l’abbandono della modernità non è più necessario, non è necessario assumere a “bersaglio polemico” il

¹⁶ Per la verità, la funzione sociale ha con la proprietà privata un rapporto complesso, nel quale eroga anche una vera e propria prestazione legittimante: cfr. M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, spec. 1392 ss.

¹⁷ Operando sulla nozione di proprietà pubblica e di bene pubblico, non dando più per scontato che la loro sola presenza implichi il perseguimento del pubblico interesse: I. CIOLLI, *L’acqua e i beni comuni*, che può leggersi *infra*, spec. 476 ss.

“pubblico”, come pure (osserva Sandro Staiano)¹⁸ sovente si fa, restando sufficiente un ripensamento della statualità e – soprattutto – una ridefinizione degli interessi pubblici non più come attributi dello Stato-persona, ma come epitomi di interessi individuali, nel reciproco e dialettico scontro-confronto.

3. *Leale collaborazione nella dimensione sociale?*

Ma come si atteggia, in concreto, la questione dei beni comuni?

Si sa bene che la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni è caratterizzata da una robusta sottolineatura del principio di leale collaborazione, dal quale tutti i rapporti istituzionali “verticali” e “orizzontali” appaiono conformati. Così, per quanto riguarda le relazioni Stato-Regioni, è stato detto che “*determinare le forme ed i modi della collaborazione, nonché le vie per superare l'eventuale stallo ingenerato dal perdurante dissenso tra le parti, caratterizza, quale principio fondamentale, l'assetto normativo vigente e le stesse opportunità di efficace conseguimento degli obiettivi prioritari, affidati dalla Costituzione alle cure del legislatore statale*”¹⁹, mentre per quanto riguarda le relazioni fra i poteri dello Stato è stato detto che “*il principio di leale collaborazione [...] deve sempre permeare di sé il rapporto tra poteri dello Stato*”²⁰. Questo principio deve essere “esportato” anche nel dominio dei rapporti sociali?

Se ho bene inteso, questa è la prospettiva di alcuni dei saggi qui pubblicati. Così, Francesco Viola evoca la necessità delle “azioni cooperative”²¹; Quirino Camerlengo collega tutela dei beni comuni e “adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”²²; Luigi D'Andrea, ancor più esplicitamente, afferma che “senza cooperazione sociale [...], l'ardua sfida che si inteso qui ravvisare all'interno della questione dei beni comuni, così presente nell'attuale dibattito pubblico, non potrà essere non dico vinta, ma neppure credibilmente affrontata”²³. È chiaro che in questo modo l'oggettiva solidarietà (nel senso

¹⁸ S. STAIANO, “Beni comuni”, cit., *infra*, 427 ss.

¹⁹ Così la sent. n. 331 del 2010, testualmente ripresa, ora, dalla sent. n. 131 del 2016.

²⁰ Così la sent. n. 26 del 2008, testualmente ripresa dalla sent. n. 87 del 2012.

²¹ F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, cit., *infra*, 392.

²² Ad es., Q. CAMERLENGO, *La controversa nozione*, cit., 571.

²³ L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato*, che può leggersi *infra*, spec. 455.

d'essere avvinti da un solidale destino) di chi vive sul medesimo, angusto, pianeta tende a essere trasformata nella soggettiva obbligazione a tenere comportamenti cooperativi, che anche in questo caso (come in quello dei rapporti istituzionali) a me sembrano doversi caratterizzare per la reciproca lealtà, nel senso che il perseguimento del proprio interesse attraverso la fruizione del bene comune non può essere escluso, ma deve essere temperato con quello degli altri, che non può compromettere.

Qui il tema finisce per saldarsi con quello, tutto politico, delle relazioni di potere che si aggruppano attorno ai beni comuni, qualunque cosa essi siano (e ammesso e non concesso – s'è visto – che siano un genere terzo). Non a caso, di seguito, Lorenza Violini evoca l'importanza dei “processi partecipativi”²⁴; Ines Ciolli vede nel “successo della teoria dei beni comuni [...] la risposta alla richiesta di una partecipazione più attiva da parte della cittadinanza”²⁵; Alberto Lucarelli postula una profonda connessione fra “democrazia partecipativa” e determinazione delle forme di conservazione, gestione e godimento dei beni comuni²⁶. Ancor meno a caso, tra i contributi che seguono ve n'è uno – quello di Emanuele Rossi – che è dedicato interamente alla questione della democrazia partecipativa, nella consapevolezza dell'intimo collegamento fra i due temi, ma anche con il prudente dubbio che la democrazia partecipativa possa, se mal gestita, generare il rischio che “alla rappresentanza politica si sostituisca la rappresentanza di interessi”²⁷. E il quesito che resta aperto, allora, è se non valga ancora la pena di giocare prioritariamente la partita della rappresentanza, alla quale si siedono i cittadini in quanto organizzati in comunità intermedie strutturate (quali sono, o dovrebbero essere, i partiti), volgendo uno sguardo prudentemente scettico al disarticolato movimentismo della “democrazia della moltitudine”, pretesamente “rivoluzionario”, che da qualche parte (certo non dai saggi qui raccolti) è visto come il grimaldello che dovrebbe scardinare gli insoddisfacenti e iniqui equilibri del mondo di oggi²⁸.

²⁴ L. VIOLINI, *Il bene comune acqua nella prospettiva multilivello*, che può leggersi *infra*, spec. 541.

²⁵ I. CIOLLI, *L'acqua e i beni comuni*, cit., 460.

²⁶ A. LUCARELLI, *La categoria giuridica dei beni: oltre il regime della demanialità per il recupero della dimensione sociale dei beni pubblici*, che può leggersi *infra*, spec. 488.

²⁷ E. ROSSI, *La finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, che può leggersi *infra*, spec. 528.

²⁸ Il riferimento è a M. HARDT, A. NEGRI, *Commonwealth*, trad. it. di A. Pandolfi, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano 2010, 7.

BENI COMUNI E BENE COMUNE

SOMMARIO: 1. Dai beni comuni al bene comune. – 2. Dai beni fondamentali ai diritti fondamentali. – 3. Dalla rivalità alla deperibilità. – 4. La destinazione comune dei beni. – 5. Dall'interdipendenza all'indipendenza. – 6. Tre profili d'interazione fra beni comuni e bene comune

1. *Dai beni comuni al bene comune*

È evidente che la problematica dei beni comuni non deve essere confusa con quella del bene comune. Quest'ultimo, se vogliamo intenderlo nel senso più generico e comprensivo, riguarda i fini o le ragioni per cui una società politica si costituisce, differenziandosi così dalla mera coesistenza di fatto. Per questo ogni concezione politica, dal liberalismo al comunitarismo, esibisce una propria idea di bene comune, sia essa minima o massima, strumentale o pervasiva, funzionale o finalistica. In ogni caso il bene comune è un concetto etico-politico di sfondo che dipende dall'orientamento generale della teoria politica e contribuisce a qualificarla. Con l'espressione "beni comuni" s'intende, invece, indicare un complesso eterogeneo di beni esteriori, materiali o immateriali che siano, che per la loro natura hanno una particolare relazione con le persone che li usano e di conseguenza richiedono un particolare regime giuridico. Siamo, quindi, su due piani ben diversi fra loro. Tuttavia ciò non vuol dire che non vi siano o non vi possano essere relazioni fra un concetto di bene comune o, il che è lo stesso, una concezione della società politica e il modo di affrontare sul piano giuridico e sociale la questione dei beni comuni.

È facile prevedere che una concezione individualistica della politica tenderà a ridimensionare la questione dei beni comuni e a ricondurla in qualche modo nell'alveo delle categorie giuridiche privatistiche per il ti-

more che essa possa alimentare una visione forte del bene comune che è minacciosa per il pluralismo etico-politico. Anche nella prospettiva del liberalismo politico di Rawls, in cui si può ritenere che i beni comuni siano da comprendere, mediante un'interpretazione estensiva, tra i beni sociali primari, che sono beni di cittadinanza funzionali alla realizzazione dei più differenti piani di vita¹, l'ottica è sempre quella dell'oggetto del patto sociale sotto il velo d'ignoranza e non già quella del particolare regime che l'amministrazione di questi beni richiede.

Per converso, una concezione comunitarista cercherà di trarre dai beni comuni argomenti a sostegno del suo concetto forte di comunità politica e di bene comune, allargandone l'ambito di estensione e rendendoli il modello tipico della cooperazione politica. Ad esempio, Charles Taylor ha distinto i "beni convergenti", che possono essere prodotti solo dall'attività cooperativa ma che poi sono goduti individualmente, dai "beni comuni" in senso stretto che esistono solo in quanto vi sono o vi possono essere azioni comuni anche nel momento finale della loro fruizione. Questi ultimi sono beni relazionali, perché si raggiungono e si fruiscono solo insieme agli altri, come appunto accade per i beni culturali. Nella misura in cui l'identità politica, che è il bene comune del comunitarismo, è legata a questi beni comuni, allora la comunità politica è obbligata a renderli possibili². Qui è evidente sino a che punto la visione politica generale modella a sua immagine la nozione di "beni comuni".

Sia nel caso del liberalismo sia in quello del comunitarismo l'idea di "bene comune" precede quella di "beni comuni" e la condiziona o la pregiudica.

Se gettiamo uno sguardo sulla polemica suscitata dal "manifesto" sui beni comuni di Ugo Mattei³, possiamo trovare una conferma di questo condizionamento ideologico. Piuttosto che discutere dei beni comuni si è preoccupati dei riflessi sulla concezione politica generale e sulle categorie giuridiche della modernità⁴ se non addirittura della deriva rappresentata dal ritorno al medioevo giuridico⁵. Agitare questi spettri del pas-

¹ S. VECA, *L'idea dei beni comuni e i suoi rapporti con la giustizia sociale*, in *Beni comuni e cooperazione*, a cura di L. Sacconi e S. Ottone, Bologna 2015, 41.

² CH. TAYLOR, *Il dibattito fra sordi di liberali e comunitaristi*, in *Comunitarismo e liberalismo*, a cura di A. Ferrara, Roma 1992, 149.

³ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011.

⁴ Cfr., per tutti, la drastica critica di E. VITALE, *Contro i beni comuni*, Roma-Bari 2013.

⁵ Cfr. ad esempio R. FERRANTE, *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in *Ragion pratica*, 2013, n. 41, 319-332.

sato è il segno di un'operazione di delegittimazione *ex ante*, che impedisce di guardare le cose come stanno per timore di dover rimettere in discussione il paradigma politico dominante o desiderabile. Non è questo il modo migliore per comprendere quello che la problematica attuale dei beni comuni può evidenziare sul piano delle relazioni delle persone tra loro e con le cose. Per questo vorrei qui seguire un percorso opposto: non già dal bene comune ai beni comuni, ma dai beni comuni al bene comune. Forse una riflessione sui beni comuni, se bene intesi, potrà aiutarci a chiarire la molto più difficile concezione del bene comune senza pregiudiziali ideologiche e veti aprioristici. Infatti, sicuramente almeno sotto il profilo del loro governo o della loro gestione la questione dei beni comuni è indubbiamente connessa con il concetto di bene comune. Dobbiamo pertanto chiederci quale apporto la gestione dei beni comuni può dare alle modalità di ricerca del bene comune di una società politica.

2. *Dai beni fondamentali ai diritti fondamentali*

A prima vista la riflessione attuale sui beni comuni si presenta come un ginepraio di visioni che si intrecciano in modo inestricabile. L'istanza generale è quella di evidenziare un set di beni che sfuggono alla dicotomia tradizionale fra pubblico e privato, perché la loro destinazione risulterebbe frustrata dall'applicazione ad essi del regime della proprietà privata o di quello pubblicistico. Il danno consiste nel loro inevitabile o possibile degrado, che farebbe venir meno beni essenziali per la realizzazione della vita umana, o nella loro ingiusta distribuzione con effetti perversi sulla realizzazione della giustizia sociale⁶. Ciò spinge a prefigurare una gestione appropriata a questi beni, una gestione che non sia né pubblica né privata, una gestione "comune" come *tertium genus*. Dunque, a rigore questi beni vengono qualificati come "comuni" per la loro particolare gestione e per il loro particolare governo, che rafforzano e qualificano giuridicamente la comunanza originaria di fatto⁷. Il fatto della comunanza si trasforma in regime giuridico di comunanza o di coo-

⁶ Cfr. S. ZAMAGNI, *Beni comuni ed Economia Civile*, in *Beni comuni e cooperazione*, cit., 53.

⁷ Sottolinea l'importanza delle forme di governo dei beni comuni come parametro per la loro qualificazione giuridica G. MICCIARELLI, *I beni comuni e la partecipazione democratica. Da "un altro modo di possedere" ad un "altro modo di governare"*, in *Jura Gentium*, 11, 2014, 1, 59.

perazione per assicurare la conservazione del bene e con ciò stesso la continuazione della sua fruizione. Con ciò questi beni sono “comuni” in senso forte, di fatto e di diritto. Come sappiamo, gli studi di Elinor Ostrom⁸, sulla base dell’esame di casi concreti, si sono impegnati a disegnare le istituzioni che dovrebbero governare la gestione comune di questi beni in modo proficuo.

I giuristi in generale sono preoccupati di questa moltiplicazione delle categorie giuridiche, perché pensano – non a torto – che uno dei compiti del diritto sia quello di semplificare le relazioni umane. S’industriano, pertanto, a mostrare che le consolidate categorie pubblicistiche o privatistiche sono in grado di dare una risposta soddisfacente alla gestione dei beni comuni, già per altro ben conosciuti sotto altre forme quali ad esempio quelle degli usi civici o delle proprietà collettive. Il fatto è che non basta disegnare costruzioni concettuali, ma l’importante è osservare come sono in effetti praticate ed applicate. Di fatto è successo che la sfera pubblica è stata fagocitata da quella statale ed ancora oggi stenta a rendersene indipendente, mentre quella privata è stata colonizzata dall’individualismo possessivo ed ancora oggi ne porta i segni visibili. Aprire nuove strade nel campo della regolamentazione giuridica vuol dire nella sostanza favorire una necessaria trasformazione culturale ed etico-politica. D’altronde è oggi evidente che la funzione *de iure condendo* della giurisprudenza ha assunto un carattere strutturale nell’epoca del costituzionalismo⁹.

Secondo la ben nota Commissione Rodotà, costituita nel 2007, sono definiti come beni comuni «le cose che esprimono utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona». Questa definizione è troppo ampia e viene precisata facendo riferimento alla loro gestione giuridica, cioè con l’escludere che tali cose richiedano il modello proprietario privatistico¹⁰, poiché indubbiamente vi sono casi in cui l’esercizio dei diritti fondamentali e il libero sviluppo della persona richiedano la proprietà privata. Non bisogna dimenticare che una delle giustificazioni tradizionali della proprietà privata si appella proprio alle esigenze di appropriazione esclusiva del bene per assicurare

⁸ Mi riferisco principalmente allo studio pionieristico di E. OSTRUM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge 1990.

⁹ Cfr. F. VIOLA, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 4, 2015, 1, 57-74.

¹⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013, 477.

la libertà e lo sviluppo delle persone. Quindi la specificità dei beni comuni dovrebbe consistere nella interazione fra la particolare natura del bene in questione e la sua gestione comune ai fini della realizzazione della persona e al contempo della conservazione del bene stesso. Per questo ritengo la definizione della Commissione Rodotà ancora troppo antropocentrica in quanto prende le mosse dai diritti della persona e non già – come sarebbe preferibile – dal modo in cui le relazioni della persona con i beni contribuiscono a fondare e a modellare gli stessi diritti fondamentali. Infatti, la natura di questi beni comuni non solo contribuisce ad identificare alcuni diritti fondamentali ma anche richiede una necessaria connessione fra fruizione comune e governo comune¹¹, conferendo ai diritti della persona un senso non meramente individualistico sia quanto alla loro titolarità sia – il che è ben più importante – quanto al loro esercizio. Voglio dire che i diritti della persona dipendono anche dall'esistenza di determinati beni e dalla loro particolare configurazione, difendendo con ciò una concezione relazionale dei diritti sia riguardo alle relazioni fra le persone sia per quanto concerne la relazione delle persone con i beni. Finché resta ferma una concezione meramente soggettivistica dei diritti, i beni comuni non riusciranno a sfuggire alla morsa tra statalismo e privatizzazione.

In più bisogna aggiungere che questo riferimento alla natura dei beni in questione deve essere inteso in senso pragmatico in quanto la configurazione economica e giuridica del bene dipende in buona parte dalle circostanze, cioè dal suo trovarsi in condizione di abbondanza o di scarsità, dall'essere di difficile o facile accesso, dal richiedere particolari cure nella conservazione e nel mantenimento, sicché una catalogazione aprioristica dei beni comuni deve essere aperta a continue revisioni e aggiustamenti, conservando sempre un elevato grado di elasticità, cosa terrificante per il giurista.

Se distinguiamo, come si dovrebbe, tra pubblico e statale, allora i beni comuni si avvicinano molto ai beni pubblici non statali. Però a sua volta la sfera pubblica non statale s'interseca con la società civile in modo spesso inestricabile¹², sicché molte istituzioni che governano i *commons* sono una ricca mescolanza di *private-like* e di *public-like*¹³. Bisogna ve-

¹¹ Cfr. L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marrella, Verona 2012, 71.

¹² Cfr., a proposito dei rapporti fra società civile e beni comuni, L. BRUNI, *Le nuove virtù del mercato nell'era dei beni comuni*, Roma 2012.

¹³ E. OSTROM, *op. cit.*, 14.

dere caso per caso quale regime sia più adatto per la fruizione di beni esteriori particolarmente importanti, materiali o immateriali che siano, in modo che non si estinguano e restino accessibili a tutti coloro che hanno relazioni vitali con essi.

Di conseguenza, per l'individuazione dei beni comuni bisogna attivare al contempo sia il percorso concettuale che va dai beni ai regimi sia quello che va dai regimi ai beni, poiché un bene non è altro che un fascio di relazioni a doppio senso: relazioni di dipendenza dei soggetti dalle cose per quanto riguarda la realizzazione dei loro diritti e relazioni di dipendenza delle cose dai soggetti per quanto riguarda la loro conservazione e il loro governo.

Infine, è anche il caso di notare che questi beni comuni possono avere una dimensione transfrontaliera, cioè sfuggire al raggio d'azione dei poteri statali in quanto l'interdipendenza non rispetta la geopolitica nazionalista. L'etere, l'acqua, l'aria, il web e i beni culturali non conoscono frontiere. Di conseguenza il "comune" può essere – come già s'è notato – ben più ampio non solo del "privato" e dello "statale", ma anche del "pubblico". Ciò vuole anche dire che il rispetto dei diritti fondamentali delle persone non può essere ormai pienamente assicurata dal singolo Stato e che, pertanto, – come si noterà in seguito – anche la questione del bene comune assume oggi una dimensione transnazionale ed internazionale.

3. *Dalla rivalità alla deperibilità*

In queste condizioni ogni classificazione dei beni comuni si presenta già in partenza come un'ardua impresa, perché dovrebbe tener conto di tanti elementi di diversa natura: stati di fatto e diritti, sviluppo tecnologico e forme miste di *governance*. Vi troviamo, l'una accanto all'altra, categorie eterogenee di beni: beni naturali (come l'acqua), beni ambientali ed ecologici, beni sociali (come quelli culturali), beni immateriali (come il web). Cosa c'è di comune tra questi beni comuni? La risposta usuale suscita alcune rilevanti perplessità.

Si ritiene infatti che, mentre i beni privati sono escludibili e rivali e i beni pubblici sono non escludibili e non rivali, i beni di club escludibili e non rivali, quelli comuni sarebbero non escludibili e rivali. Se intendiamo la rivalità come la contrapposizione tra la fruizione del bene da parte del singolo e quella da parte degli altri, allora non si può dire che

tutti quei beni oggi considerati come “comuni” siano rivali in questo senso quanto al consumo. Non lo sono, ad esempio, i beni culturali e quelli legati al sapere, che al contrario più sono fruiti più si accrescono a vantaggio di tutti e che spesso richiedono di essere fruiti in comune. Certamente potremmo riformulare la nozione di “rivalità”, puntando piuttosto sull’eguale accesso di tutti alla fruizione di questi beni e al loro uso, cioè sollevando una questione di giustizia distributiva. Ma in tal modo la nozione di rivalità finirebbe per confondersi con quella di non escludibilità o di accessibilità, che, dal punto di vista del diritto e della politica¹⁴, è un principio normativo e non fattuale come lo è invece la condizione di rivalità. Pertanto, l’unica risposta sensata alla domanda di cosa vi sia di comune fra beni comuni così eterogenei da tanti punti di vista, da quello dell’estensione (fino ai *global commons*) a quello della fruizione, sembrerebbe quella che si limita a sottolineare l’inadeguatezza di sottoporli al regime del mercato o a quello dello Stato. Ma ciò è evidentemente troppo poco ed è una ben magra consolazione sia per gli anticapitalisti e sia per gli antistatalisti.

Per questo la mia proposta è quella di mettere in primo piano il criterio ecologico della deperibilità del bene, di cui la rivalità è nella sostanza un derivato economico, essendo legata al consumo. Un bene quanto più è deperibile tanto più tende a diventare rivale, perché l’aumento dell’uso da parte di alcuni diminuisce quello degli altri e a lungo andare conduce all’esaurimento della risorsa. D’altra parte il criterio della deperibilità è di per sé indipendente dalla rivalità in quanto è applicabile, pur se in senso inverso, ai beni culturali, per cui la diminuzione del consumo da parte di alcuni incide sulla disponibilità per gli altri, cioè quanto meno essi vengono consumati tanto più vanno verso l’estinzione. I beni culturali al contrario di quelli materiali deperiscono con il venir meno del consumo. Quindi possiamo concludere che i beni comuni sono quei beni normativamente non escludibili e fattualmente deperibili per i quali una gestione comune nella cura e nel mantenimento della risorsa è la più rispettosa della non escludibilità ed è la più vantaggiosa per tutti i suoi utenti effettivi e per la difesa della natura e della cultura. Questi beni

¹⁴ Dal punto di vista dell’economia, invece, il criterio dell’escludibilità viene spesso inteso in senso meramente fattuale, cioè come possibilità tecnica di escludere o come troppo costoso escludere. Cfr. S. OTTONE, L. SACCONI, *Beni comuni, economia comportamentale ed istituzioni*, in *Beni comuni e cooperazione*, a cura di L. Sacconi e S. Ottone, Bologna 2015, 146.

si considerano “comuni” in ragione dell’interdipendenza che istituiscono fra coloro che li consumano.

Mi rendo conto che l’abbandono della coppia “non escludibilità/ri-valità” fa venir meno la simmetria nella distinzione generale dei beni, ma la nuova coppia “non escludibilità/deperibilità” ha il vantaggio di poter considerare i beni comuni come una categoria in qualche modo unitaria.

Sulla base delle circostanze territoriali o storiche, la sfera dei beni comuni può di volta in volta allargarsi o restringersi ogni volta che si debba verificare o meno una stretta connessione tra il vantaggio che ciascuno ne trae con il loro uso con il vantaggio che altri pure ne traggano da esso, nonché tra i doveri e gli oneri che ciascuno assume con il loro uso e i doveri e gli oneri pure assunti dagli altri. Nei beni comuni i benefici e gli oneri di tutti i partecipanti sono condivisi e non già contrapposti (come per i beni privati) o a prescindere (come per i beni pubblici)¹⁵. “Comune” significa *cum-muniis* (condividere in modo equo i doveri) ed è contrario a “immune”, cioè *in-muniis* (senza doveri). Una società attenta ai beni comuni non può limitarsi a rivendicare i diritti cui essi sono strumentali, ma deve edificare un’etica della responsabilità, accettando i doveri che ne conseguono nei confronti degli esseri umani e della natura¹⁶.

4. *La destinazione comune dei beni*

Queste difficoltà di dar forma giuridica ai beni comuni dipendono in buona parte dal paradigma dominante che considera come “naturale” il potere dello Stato o del mercato sui beni esteriori, sicché qualsiasi eccezione o deroga è bisognosa di un’adeguata giustificazione e di strumenti giuridici eterodossi. Ma se, solo per un attimo, provassimo ad abbandonare questo ben radicato condizionamento culturale, assumendo una visione capovolta, allora i beni comuni perdono la loro caratteristica di eccezione ed è al contrario il potere dello Stato e quello del mercato che abbisognano di un’adeguata giustificazione. Questo esperimento mentale non è impossibile ove tenessimo presente che la narrazione della nostra civiltà giuridica prende l’avvio dalla convinzione che i beni della

¹⁵ Cfr. ZAMAGNI, *art. cit.*, 58.

¹⁶ Cfr. A. MASSARUTTO, *Il dovere di avere doveri. I «beni comuni» e la «scienza triste»*, in *Ragion pratica*, 2013, n. 41, 362.

terra in origine non abbiano di per sé alcuna titolarità specifica, ma siano a disposizione dell'uso di tutti.

Il principio della comune destinazione dei beni proviene dalla filosofia stoica e – com'è noto – è stato recepito dal pensiero dei Padri della Chiesa. Si trova ancora ben presente nel pensiero di Locke ed oggi è difeso dalla dottrina sociale della Chiesa cattolica¹⁷. In ogni caso il principio è del tutto ragionevole e si può anche pensare che sia ancora presente e presupposto nell'esperienza mentale rawlsiana del velo d'ignoranza. In origine tutti i beni della terra sono comuni, cioè sono *res omnium* o *res communes omnium* come pensava Cicerone. Tommaso d'Aquino riteneva che «secundum ius naturale omnia sunt communia»¹⁸. Se fossero *res nullius*, allora basterebbe l'occupazione o l'*apprehensio* a giustificare l'esclusione degli altri dal godimento del bene. Ciò che è comune esclude al contempo che non sia di nessuno e che sia solo di qualcuno, essendo propriamente di ognuno¹⁹.

Com'è ben noto, la problematica del diritto soggettivo sorge proprio per giustificare il passaggio da questo stato originario di comunanza alla suddivisione delle titolarità attraverso il diritto di proprietà, che pertanto si concentra nel diritto di esclusione degli altri dal godimento del bene. Ma a prima vista esso appariva incompatibile con l'originaria comunanza dei beni e fondato unicamente sullo stato di peccato e di fragilità umana. Infatti, sia per lo stoicismo sia per la dottrina cristiana delle origini, la proprietà privata era considerata di diritto naturale secondario o derivato. Pertanto doveva essere concepito in modo da non far venir meno del tutto la destinazione originaria dei beni, anzi al contrario per favorirla.

Questo è il tentativo perseguito da Francisco de Vitoria, che può essere considerato come il precursore storico della teoria dei beni comuni²⁰. Secondo Vitoria il regime della proprietà privata o il *dominium proprium* non fa venir meno il *dominium omnium* concepito come cate-

¹⁷ Cfr., ad esempio, C. MELLON, *Destinazione universale dei beni*, in *Aggiornamenti sociali*, 63, febbraio 2012, 164-168.

¹⁸ *Summa theologiae*, II-II, 66, 2.

¹⁹ Cfr. E. ANCONA, *Il comune come bene: una prospettiva aristotelica*, in *Bene comune. Fondamenti e pratiche*, a cura di F. Botturi e A. Campodonico, Milano 2014, 79-91. Qui si mostra che secondo Aristotele il concetto di "comune" è collegato alla nozione di "naturale".

²⁰ M.C. AÑANOS MEZA, *La doctrina de los bienes comunes de Francisco de Vitoria como fundamentación del dominio en el Nuevo Mundo*, in *Persona y Derecho*, 68, 2013, 1, 103-137.

goria di diritto pubblico, che consiste nel “condividere” (*communicatio*) nel tempo della necessità, cioè come diritto a procurarsi il necessario per vivere (caccia, pesca, legna), limitato solo per ragioni accettabili, e come diritto nel caso di estrema necessità e qui Vitoria fa l’esempio dei naufraghi come paradigma della condizione umana. Non si tratta di esempi appartenenti al passato se appena pensiamo alla tragedia dell’immigrazione dei nostri tempi. Più di recente nella dottrina sociale della Chiesa cattolica si precisa che rispetto alla destinazione comune non bisogna fare differenza fra beni naturali e beni prodotti dall’opera umana, quali quelli della cultura e del sapere.

Come ben sappiamo, il tentativo di Vitoria di conciliare il diritto di proprietà con l’uso comune è fallito per l’impossibilità di separare il concetto di proprietà privata dall’escludibilità del bene, come d’altronde aveva già messo in luce il dibattito medioevale sulla povertà francescana²¹. Il diritto al bene non tollera un diritto all’uso del bene come indipendente o del tutto separato. Tuttavia Vitoria ha evidenziato che l’uso dei beni non è cosa puramente fattuale o di per sé priva di una dimensione giuridica. Vi sono dei diritti che derivano dalle stesse relazioni dei soggetti con le cose piuttosto che soltanto dalle prerogative della soggettività o dalla sua voracità dominativa. Vi sono libertà che sono giustificate e modellate dai beni a cui si riferiscono e dalle modalità del loro uso. Tale è il gruppo di diritti che Vitoria considera collegati ai beni relazionali: il *ius peregrinandi et degendi*, il *ius negotiandi*, il diritto di comunicazione e partecipazione dei beni comuni della natura²². Questi diritti fondamentali non precedono la relazione con i beni, concepita come necessaria per la loro soddisfazione. Al contrario, la modalità di esistenza di questi beni produce diritti fondamentali non individualistici, cioè governati dal principio di solidarietà. Pertanto, la comunanza di cui qui si parla dovrebbe essere intesa come una relazione triangolare fra le persone e i beni e delle persone fra loro in ragione del bene. Vitoria intende tracciare una via intermedia tra il vincolo delle cose sulle persone e il dominio delle persone sulle cose, tra la subordinazione della persona ad un ordinamento delle cose che si presume naturale e lo svincolarsi della persona da ogni legame con la natura con l’effetto dello smarrimento del punto di riferimento della stessa intersoggettività.

²¹ A questo proposito, oltre il noto saggio di Giovanni Tarello del 1964, cfr. B. TIERNY, *L’idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico* 1150-1625, trad. it., Bologna 2002, 137-280.

²² *De Indis*, I.3, 3-4.

5. Dall'interdipendenza all'indipendenza

Il ritorno della problematica dei beni comuni costituisce un'occasione per riprendere questi tentativi di evitare la tragedia dei *commons*, che, checché se ne dica, si può ormai considerare come un dato di fatto. Ma essa non consiste soltanto nel disastro ambientale, nell'esaurimento di beni vitali per gli esseri umani e altresì nell'ingiusta distribuzione delle risorse, ma anche nella deriva del modo stesso d'intendere l'agire umano e la stessa libertà. Elinor Ostrom ha mostrato che questa tragedia a certe condizioni è evitabile, ma c'è un aspetto della sua indagine a cui vorrei dedicare una particolare attenzione.

Certamente bisogna ben guardarsi dal confondere la comunanza originaria di tutti i beni con i "beni comuni" di cui si parla oggi. Come abbiamo già notato, questi sono "comuni" in senso specifico, cioè per la loro gestione e per il loro regime giuridico che prende le distanze dalla proprietà privata e da quella statale, in quanto non possono essere sottratti all'uso e alla gestione comune senza danneggiare gravemente la dignità delle persone e la conservazione dei beni stessi.

Secondo Ostrom il tradizionale diritto di proprietà riassume in sé cinque differenti tipi di diritti (*property rights*): il diritto individuale di accesso alla risorsa, il diritto individuale di sfruttare lo stock di risorse, il diritto condiviso di gestione ossia di partecipazione alla formazione delle regole di cooperazione, il diritto condiviso di determinare chi possa essere escluso dall'accesso alla risorsa, il diritto individuale di alienazione delle risorse. I titolari dei primi quattro tipi di diritti sono propriamente utenti e managers, mentre solo con l'aggiunta del quinto diritto diventano a rigore proprietari nel senso pieno del diritto soggettivo²³. È importante notare che l'*agency*, cioè l'autonomia e la libertà di azione delle persone che è la giustificazione tradizionale della proprietà privata, è pienamente realizzata nell'esercizio dei primi quattro tipi di diritti e non richiede di per sé anche il quinto. Quest'ultimo, cioè il diritto individuale di alienazione e di esclusione, rende la relazione con i beni puramente contingente e l'affida all'arbitrio individuale.

Il processo cooperativo nella gestione dei beni comuni prende le mosse da una situazione d'interdipendenza, che è un dato di fatto dettato

²³ E. OSTROM, *Property-Rights Regimes and Common Goods: A Complex Link*, in *Common Goods: Reinventing European and International Governance*, a cura di A. Héritier, Boulder, CO, 2002, 29-57.

dalle cose, cioè legato all'uso delle stesse risorse naturali o artificiali, le quali rendono molto costoso (seppur non impossibile) escludere potenziali beneficiari dal loro uso. Dobbiamo però qui precisare che questi costi potrebbero anche riguardare problemi di giustizia, cioè avere un carattere etico-politico. Questa interdipendenza non è provvisoria, ma è continua in quanto discende dalla natura di quelle che Ostrom chiama «common-pool resources».

L'interdipendenza di fatto richiede una forma giuridica di comunanza che è propria delle azioni cooperative. Questo è, infatti, il modo più corretto di tradurre e d'intendere le *collective actions* di cui parla Elinor Ostrom. Vi sono casi in cui la condizione per accedere ad un bene fondamentale per l'identità e la realizzazione personale è non solo che anche gli altri abbiano questa possibilità, ma in più che si uniscano a noi per la stessa costituzione e fruizione del bene finale.

La cooperazione presuppone che ci si consideri l'un l'altro come agenti intenzionali e liberi di agire e, pertanto, capaci di accordarsi per un fine condiviso e di impegnarsi reciprocamente. La cooperazione deve rispettare alcune condizioni basilari: la condivisione dell'intenzione di fare insieme la stessa cosa, il contributo di tutti i partecipanti all'opera comune in posizione di uguaglianza, anche se con diversità di ruoli, e che sia evitato sia l'asservimento (quando uno o più partecipanti impongono agli altri il loro modo d'intendere l'azione cooperativa) sia lo sfruttamento (quando si vuole godere dei frutti della cooperazione senza pagarne il prezzo)²⁴. Il risultato è un'azione comune a cui concorrono le azioni individuali. Vale qui la pena di ricordare che “communicatio” significa “communis actio”.

In queste condizioni, affinché si possano usare questi beni essenziali in modo duraturo, conservandoli anche per le generazioni future, i beneficiari debbono dar vita ad un'organizzazione priva di un'autorità esterna. Quest'auto-governo può anche essere molto complesso con distinzione di ruoli, con vari tipi di regole, che determinino chi deve prendere decisioni nei differenti settori, quali azioni sono permesse o obbligate, quali procedure debbano essere seguite, quali informazioni sono necessarie, quali ricompense devono essere assegnate e quali sanzioni comminate²⁵. Saranno anche necessarie regole di secondo livello, che sta-

²⁴ Per un esame più accurato di queste condizioni della cooperazione rinvio a F. VIOLA, *Il modello della cooperazione*, in *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, a cura di F. Viola, Bologna 2004, 11-58.

²⁵ Cfr. E. OSTROM, *op. cit.*, 51.

biliscano come quelle di primo livello possono essere mutate. Tutto ciò deve appartenere ad una conoscenza comune e condivisa tra tutti i partecipanti, prefigurando una vera e propria forma di *rule of law*. Ciò vuol dire che il linguaggio dei diritti e quello del *rule of law* sono necessari per il governo della natura e per la giustizia distributiva, a patto però che siano declinati alla luce del principio di solidarietà nella sua massima estensione.

Da ultimo è interessante notare che questa auto-organizzazione dell'interdipendenza è volta a permettere l'azione libera ed indipendente dei beneficiari, che consiste nell'uso delle unità di risorsa disponibili. La libertà, infatti, risiede nell'uso e non già nell'esclusione degli altri, cioè nella proprietà privata. «Use is a free act»²⁶. I beneficiari si appropriano dell'unità di risorsa e la consumano o comunque la usano, ma non si appropriano del sistema delle risorse. Ciò significa che, almeno in questi casi, l'autonomia e la libertà dei soggetti singolarmente considerati non precede, ma segue l'autonomia dell'azione comune e della comunità sorta dalla situazione d'interdipendenza e sorretta dall'intenzione di cooperare e dalla fiducia reciproca. I legami sociali non sono un vincolo della libertà, ma la sua condizione di possibilità e la garanzia della sua eguale distribuzione: *libertatem in communi ponere*²⁷.

La categoria dei *commons* evidenzia, dunque, una duplice relazione d'interdipendenza, quella fra le persone e i beni e quella delle persone tra loro attraverso i beni in questione. Questa interdipendenza ha un carattere particolare, in quanto dall'uso di questi beni scaturiscono doveri e responsabilità nei confronti di altre persone e delle stesse risorse naturali. È proprio della dignità della persona raggiungere l'indipendenza mediante l'autogoverno delle situazioni d'interdipendenza, ma questo un'autorità esterna non può attuarlo senza un'intrinseca contraddizione. Essa deve solo favorirlo e renderlo giuridicamente possibile. Questa è un'ulteriore prova della tendenza del nostro tempo a limitare il più possibile il principio di autorità a vantaggio del principio di ragionevolezza.

È quasi superfluo notare che attraverso la problematica dei *commons* non solo i diritti fondamentali chiedono di essere attuati, ma anche e soprattutto i doveri dell'uomo nei confronti della natura chiedono di essere adempiuti, cioè che la domanda ecologica busa alle porte del diritto. La

²⁶ A. BRETT, *Change of State: Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*, Princeton 2011, 23.

²⁷ TACITUS, *Annales* 13, 27.

responsabilità della tutela della natura spetta in primo luogo a chi ha con essa rapporti diretti, a chi usa i beni della terra, a chi prende parte attiva alla vita dell'ecosistema, a chi dipende dalla sua conservazione, a chi fruisce dei suoi benefici e della sua bellezza. Bisogna riconoscere ad ogni persona il diritto effettivo d'intervenire nelle decisioni che riguardano il suo ambiente²⁸. Al diritto si deve chiedere di non rendersi responsabile del degrado della natura, avallando o legittimando comportamenti predatori e distruttivi. I paradigmi giuridici dovranno tener conto non solo dell'ordine sociale, ma anche dell'ordine ecologico²⁹.

6. *Tre profili d'interazione fra beni comuni e bene comune*

Se ora torniamo a riflettere sui rapporti fra i beni comuni e il bene comune, possiamo mettere a frutto le considerazioni già fatte. Certamente sarebbe velleitario voler proiettare queste esperienze circoscritte e settoriali della gestione dei beni comuni nell'orizzonte generale della politica e del bene comune e prefigurare una palingenesi epocale dei rapporti fra gli esseri umani fra loro e con le cose, anche se la crisi ecologica sembra richiederlo ogni giorno di più. Di fatto la dicotomia d'un tempo fra Stato e mercato è ampiamente superata da una pluralità di forme miste o intermedie, eterodosse rispetto a standard prefissati. Lo Stato vede di fatto sempre più limitata la sua sovranità e il mercato da parte sua tende ad espandersi al di là dei suoi limiti, occupando gli spazi lasciati liberi dallo Stato, anche se vacilla la piattaforma utilitarista su cui s'è edificato.

Uno stimolo di cambiamento proveniente dal neoistituzionalismo dei beni comuni potrebbe riguardare una revisione del modo di concepire il governo locale a cui l'espansione del principio di sussidiarietà ha conferito un nuovo impulso. Però il governo locale aspira ancora troppo a presentarsi come un Stato in piccolo. Non basta che l'autorità sia spazial-

²⁸ Nella *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment* (Stoccolma, 1972) fa capolino un nuovo soggetto di diritto internazionale. Si parla, infatti, esplicitamente dell'*umanità* al posto degli Stati. Lo statalismo è un sottoprodotto dell'antropocentrismo. Propone un nuovo ordine giuridico internazionale specificatamente diretto alla protezione degli *ecological commons* L. WESTRA, *Human Rights: the Commons and the Collective*, Vancouver 2011.

²⁹ Cfr., ad esempio, F. CAPRA, U. MATTEI, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, Oakland CA 2015.

mente più vicina ai cittadini se non si accresce la loro partecipazione alle decisioni comuni.

Credo che a questo punto si possano individuare almeno tre profili di interazione tra la problematica dei beni comuni e quella del bene comune.

La prima relazione ha un carattere molto generale e si basa sulla banale constatazione che la determinazione di quali beni sono comuni e dei regimi giuridici relativi è materia che appartiene alla ricerca generale del bene comune. È opportuno precisare che questa ricerca non è appannaggio esclusivo dei luoghi istituzionali, ma prende l'avvio all'interno della stessa società civile. Assumo, pertanto, che il bene comune debba intendersi come il risultato del processo deliberativo globale in cui i consociati danno forma alle ragioni per cui vogliono vivere insieme e ai beni o ai valori che vogliono perseguire, e non già come un modello già prefissato di vita in comune. Altrimenti, a che altro dovrebbero mirare le deliberazioni pubbliche? Se dalla vita sociale si vuole qualcosa di più di un mero *modus vivendi*, allora si deve andare alla ricerca di punti d'incontro significativi, anche se fossero frutto di negoziazioni ragionevoli³⁰. Il processo di costituzionalizzazione della dignità della persona umana, che è sicuramente il contenuto ancora informe del bene comune, ovviamente comprende anche le molteplici relazioni della persona con i beni della terra e della cultura.

La ragione pubblica, intesa nel senso più ampio, è chiamata a determinare l'appropriata relazione sociale, economica e giuridica fra il soggetto di diritto e i beni in modo da distinguere quelli che richiedono il regime del mercato da quelli che devono essere protetti dallo Stato o governati dai loro stessi utenti ed in modo da tutelare i valori costituzionali dell'uguaglianza e della giustizia sociale. Si tratta, infatti, di evitare – come giustamente ha notato Sandel³¹ – che una *market economy* si trasformi in una *market society*.

Questi beni sono approssimativamente suddivisibili in tre categorie: beni esclusivi, non esclusivi ed inclusivi. Accanto ai beni privati, ai beni pubblici e ai beni comuni, a cui già s'è accennato, vi sono anche i beni

³⁰ Cfr. F. VIOLA, *Negotiation of Identities and Negotiation of Values in Multicultural Societies*, in *Identity and Migration in Europe: Multidisciplinary Perspectives*, a cura di M. La Barbera, Cham (ZG) 2015, 29-36.

³¹ M.J. SANDEL, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, trad. it., Milano 2013.

meritori (quali l'istruzione e la salute, che producono forti esternalità positive), i beni relazionali (come i servizi alla persona, che producono relazioni fra chi domanda e chi offre) e i beni posizionali (come il potere e il prestigio, che sono antirelazionali). La tutela dei diritti fondamentali e lo sviluppo della persona dipende, certamente in senso diversificato, dall'accesso e dalla gestione in modo appropriato di tutti questi beni la cui fruizione permette la realizzazione dei valori costituzionali. Il bene comune comprende e custodisce tutta questa ricca varietà di beni che si sostengono l'un l'altro. Ogni tentativo riduzionista è un impoverimento degli orizzonti della persona umana. I beni comuni hanno un senso solo se resta in piedi la diversità dei regimi giuridici dei beni, e in particolare il regime privatistico e quello pubblicistico³². Se invece si tende ad espanderli con l'intento di erodere la legittimità delle altre forme di beni, allora i beni comuni perdono il loro senso e, conseguentemente, la ricchezza del bene comune si appiattisce con gravi conseguenze per la dignità della persona umana. Al fondamentalismo dei beni comuni bisogna opporre semmai una revisione dei regimi giuridici tradizionali (a cominciare dalla proprietà privata) alla luce della centralità della persona umana e della sua dimensione sociale³³.

Il secondo ambito significativo per la relazione fra bene comune e beni comuni riguarda proprio il concetto di "comune" che qualifica l'uno e gli altri. Questo legame linguistico deve pur avere una sua ragion d'essere. Certamente i beni comuni indicano risorse e attività settoriali per far fronte a specifici bisogni o interessi della persona e, quindi, non hanno – come s'è già detto – quel carattere "comprensivo" che è proprio del bene comune. Tuttavia creano legami e richiedono forme di organizzazione, istituzioni e procedure che sono simili a quelle richieste dalla ricerca del bene comune in una società democratica. Si tratta, infatti, dell'auto-coordinamento delle azioni di una moltitudine di persone per il raggiungimento di uno scopo comune. Non c'è da stupirsi se il governo dei beni comuni preveda regole, sanzioni, garanzie e responsabilità, cioè quella forma di ordine sociale che il diritto ha messo a punto nella sua lunga storia. Qui si vede con chiarezza, se mai ce ne fosse bisogno, che il rifiuto dello statalismo dovrebbe implicare una maggiore presenza del diritto. Meno Stato, ma più diritto. Tuttavia la relazione fra beni comuni e

³² Per questo *caveat* rinvio a L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni. Crisi e primato della sfera pubblica*, Roma 2012.

³³ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 121.

bene comune sarebbe ancora troppo estrinseca se si limitasse a questo uso, in entrambi i casi, di quel linguaggio dell'interazione sociale che è il diritto. Più in profondità c'è una somiglianza fondata sul principio di cooperazione, che è alla base del bene comune e dei beni comuni.

È interessante notare che per il liberale Rawls la società nel suo complesso è un «sistema equo di cooperazione» e che la cooperazione è un fine in se stesso della vita sociale³⁴. Questo si capisce bene ove si pensi che la società politica è giustificata dalla ricerca di condizioni di vita che oltrepassino la mera sussistenza materiale e che permettano la piena realizzazione della persona umana. Questa ricerca si attua mediante la partecipazione alle attività e alle decisioni pubbliche. Quando si tratta del bene della società nel suo complesso non si tratta di aggregare preferenze, ma di prendere parte al processo deliberativo pubblico in cui si forma un'idea di buona società in comune, anche se non si ha o non si può avere un'idea in comune di vita buona. Infatti è impossibile una vita buona personale se non nel contesto di un'idea comune di società buona o decente.

Ciò vuol dire che la deliberazione democratica è essa stessa la forma di cooperazione in cui si attua la società. Nella deliberazione politica i partecipanti intendono raggiungere un'intesa su ciò che costituisce quella comunanza senza cui non vi può essere società vera e propria. A questo fine la mera coordinazione non basta, ma ci vuole una convergenza intorno ad alcuni valori fondamentali per la fioritura umana e, soprattutto, una continua ricerca dell'intesa intorno al modo d'interpretarli e di applicarli nelle questioni concrete.

Anche per i beni comuni bisogna fare ricorso – come già s'è notato – al principio di cooperazione. Infatti ciò che distingue la gestione dei beni comuni dal regime privatistico e da quello pubblicistico è proprio il suo carattere cooperativo, contrassegnato dall'interdipendenza dei vantaggi e dei doveri degli uni con quelli degli altri partecipanti. Anche se la porzione di risorsa acquisita può essere fruita per proprio conto, essa è il risultato di un'opera comune al cui successo sono tutti egualmente interessati. Tuttavia, a differenza del bene comune, non si può dire che per i beni comuni la cooperazione sia fine a se stessa. Essa è chiaramente funzionale all'uso della risorsa e al suo mantenimento. Se però anche la fruizione è comune, come avviene per alcuni beni comuni (quelli a cui si ri-

³⁴ J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York 1993, 323; cfr. il mio *Rawls e il diritto*, in *Biblioteca della Libertà*, 48, 2013, nn. 206/207, 163-173.

ferisce Charles Taylor) ma non per tutti, allora l'avvicinamento tra la cooperazione politica e quella propria del governo dei beni comuni è maggiore, fermo restando il carattere settoriale di quest'ultimi.

Infine, bisogna almeno accennare all'ultimo profilo del rapporto fra bene comune e beni comuni. L'ambito di ricerca del bene comune, cioè nella sostanza l'estensione della comunità politica, dipende dai beni che ne costituiscono il contenuto. Secondo una dottrina antica, risalente ad Aristotele, una comunità politica deve essere in grado di assicurare ai suoi membri tutto ciò che è necessario per la fioritura umana, cioè deve essere "completa"³⁵. S'è ritenuto che la *polis* greca, la città medioevale e gli Stati nazionali rispondessero a questo requisito. Ma oggi è sotto gli occhi di tutti che gli Stati contemporanei non sono più autosufficienti, se mai lo sono stati, per quanto riguarda molti aspetti fondamentali della vita umana (soprattutto quello economico, ecologico e tecnologico). Ci sono beni fondamentali che lo Stato da solo non è più in grado di assicurare ai suoi cittadini. Alcuni beni comuni ne sono, tra gli altri, un esempio significativo. Di conseguenza, la ricerca del bene comune si estende al di là delle frontiere verso la Comunità internazionale e la comunità politica assume la configurazione di un ambito a geometria variabile, cioè non sempre coincidente con quella nazionale. Il primato della costituzione sullo Stato non fa che confermare quest'orientamento, poiché il costituzionalismo contemporaneo è segnato da una tensione interna tra l'identità nazionale e il riconoscimento universale dei valori umani. La costituzionalizzazione della persona ben lungi dal ghetizzarla nei confini statali produce al contrario un'implosione di quest'ultimi o almeno li relativizza sempre di più. Ma la crisi dello Stato, che comunque non significa certamente perdita della sua ragion d'essere³⁶, non implica il venir meno del concetto di bene comune, ma certamente esige una sua profonda rielaborazione. I beni comuni sono al contempo un indizio di quest'esigenza e una sua possibile modalità di realizzazione.

³⁵ Cfr., ad esempio, F. VIOLA, *La crisi della politica come comunità di vita*, in *Dialoghi*, 1, 2001, 1, 40-49.

³⁶ Cfr., ad esempio, AA.VV., *Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, in *Ars interpretandi*, 16, 2011, 7-201.

SAGGI

Ermanno Vitale

DISTINGUENDO. UN'APPLICAZIONE ALLA DOTTRINA DEI BENI COMUNI

SOMMARIO: 1. Un dibattito “molto articolato”. – 2. Beni comuni come beni di club. – 3. Il dibattito nostrano. Quattro prospettive distinte (o distinguibili). – 4. Il “Comune” come progetto rivoluzionario e palingenesi etica. – 5. È dolce morire per i beni comuni? – 6. Eguaglianza, diritti fondamentali e beni comuni. – 7. Beni comuni come categoria dei beni fondamentali. – 8. Conclusioni.

1. *Un dibattito “molto articolato”*

Il dibattito italiano sui cosiddetti “beni comuni” ha circa dieci anni. È sempre difficile, e controverso, indicare la data di nascita di un movimento di pensiero, ma ritengo ragionevole che la riflessione sui beni comuni possa far capo al giugno 2007, quando venne istituita la Commissione sui beni pubblici, presieduta da Rodotà, con la finalità di proporre una legge delega mediante la quale modificare il codice civile appunto in materia di beni pubblici. I dibattiti, perlomeno nelle scienze giuridiche e sociali, si definiscono quasi sempre come molto articolati, e talvolta quest’aggettivo viene usato per dire in modo elegante che la confusione regna sovrana. Temo che questo sia anche il caso del dibattito italiano sui beni comuni. Un indizio in tal senso potrebbe essere già costituito da una sorta di ambiguità originaria: al centro della riflessione ci sono i beni pubblici, come recita il titolo della Commissione Rodotà, o i beni comuni?

Ho già preso posizione all’interno di questa variegata discussione, con un libriccino e un paio di articoli di contorno, trascinato nella polemica da affermazioni che mi sono parse a volte ideologiche e a volte teoricamente carenti, in entrambi i casi sostenute da argomentazioni non

sufficientemente solide¹. Tali argomentazioni finiscono, a mio giudizio, per consegnare all'irrelevanza pratica questo pur nobile tentativo di porre un argine alla privatizzazione del mondo. In altre parole, presentando tesi risibili, facilmente confutabili, che fingono di ignorare le obiezioni classiche che a tali tesi si possono rivolgere, si corre il rischio di fare il gioco dei propri reali avversari, che con Luciano Gallino io riconosco nel neoliberalismo e nella dimensione totalizzante del mercato globale².

Per proporre argomentazioni interessanti e relativamente originali credo sia necessario, anche se non sufficiente, ricostruire lo *status quaestionis* della riflessione sui beni comuni, che ha una storia non solo italiana, ma che guarderò comunque dalla prospettiva del dibattito italiano. In questo breve intervento vorrei limitarmi a questo lavoro filosofico di base, cioè a catalogare le posizioni più significative in materia di beni comuni, pur senza alcuna pretesa di esaustività, e a segnalare problemi, tensioni e aporie che *prima facie* emergono dal confronto tra queste posizioni.

2. Beni comuni come beni di club

Distingueri innanzitutto il dibattito anglosassone sui *commons*, di matrice economico-sociologica, che risale almeno agli anni Sessanta del secolo scorso, dal più recente dibattito italiano, di taglio prevalentemente filosofico-giuridico³. Ancor prima di analizzare i contenuti salienti di questi due contesti di discussione, è opportuno osservare che nel primo contesto, quello anglosassone, il riferimento ai *commons* non agita in alcun modo né prospettive palingenetiche, rivoluzionarie, ma neppure più modesti propositi di parziale e graduale trasformazione della presente società di mercato, come invece è caratteristico dell'attuale discussione italiana. La domanda che soggiace all'analisi di Elinor Ostrom intorno ai *commons* si potrebbe riassumere come segue: sono i *commons*, almeno in alcuni casi, strumenti idonei a rafforzare un tessuto econo-

¹ Cfr. *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari 2013; *Quale tempo per i beni comuni?*, in *Ragion pratica*, 41, 2013; *Otro mundo es posible? Pistas falsas y sendas prometedoras*, in *Bajo palabra*, II, 8, 2013.

² Tra i molti contributi di Gallino in merito, ritengo che il testo di riferimento rimanga *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino 2011.

³ Per una rapida ma efficace ricostruzione del dibattito anglosassone, di taglio più propriamente economico, cfr. L. BRUNI, *La scienza economica e i beni comuni. Storia, tragedie, e qualche sorpresa*, in *Notizie di Politeia*, XXVIII, 107, 2012.

mico-sociale comunque fondato sulla proprietà privata e l'economia di mercato, oppure no?⁴ La provocazione intellettuale alla quale Ostrom tentava di rispondere – in verità spostando, come si vedrà, il livello del discorso – era quella lanciata da Garrett Hardin in un fortunato saggio del 1968, intitolato *The Tragedy of Commons*, in cui la risposta alla domanda sopra formulata appare, se ci si ferma al titolo, un desolante e rotondo “no”⁵.

In realtà, se non si rimane alla superficie (o addirittura al mero titolo) del saggio di Hardin, si può facilmente constatare che le sue preoccupazioni ben poco hanno a che fare con un'analisi critica dei *commons* che la teoria economica standard definisce come caratterizzati da “non rivalità” e “non esclusività”⁶. La preoccupazione centrale di Hardin riguarda l'aumento fuori controllo della popolazione mondiale rispetto alle risorse prevedibilmente disponibili e ai limiti del pianeta, e la vera tragedia deriva non dal fatto che si debba considerare “metafisicamente” impossibile una gestione del pianeta in quanto bene comune, ma che storicamente ci troviamo di fronte alla “tragedia della libera iniziativa nella gestione di un bene comune”. L'esempio dei pastori che portano le loro greggi sempre più numerose sul pascolo comune fino a esaurirlo, nella logica di approfittarne quanto più possibile prima che si esaurisca, è un modo per richiamare l'attenzione di stati e organismi internazionali sui rischi di un sovrappopolamento fuori controllo del pianeta, non per affermare la superiore efficienza della proprietà privata nella gestione delle risorse⁷. Infatti, se è vero che recintare il pascolo facendolo diventare spazio privato permette al pastore proprietario di regolare l'uso della risorsa con lo sguardo rivolto anche al lungo periodo, è altrettanto vero che, come riconosce Hardin, coerente con la logica del privato e del profitto è l'esternalizzazione negativa, ovvero l'inquinamento degli spazi co-

⁴ Cfr. E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Venezia 2006. Il “neoistituzionalismo” della Ostrom è esplicito, così come i suoi classici di riferimento: “Hobbes, Montesquieu, Hume, Smith, Madison, Hamilton, Tocqueville” (313)

⁵ Cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of Commons*, in *Science*, 162, 1968.

⁶ Sintetica e chiara la definizione che si trova in P. CACCIARI (a cura di), *La società dei beni comuni*, Roma 2010, 20: “per le scienze economiche classiche i beni comuni vengono individuati tra quelli che corrispondono ai principi di ‘non rivalità’ (l'utilizzo del bene non deve comportare una diminuzione di utilizzo da parte di altre persone) e di ‘non esclusività’ (nessuna persona deve esser esclusa dal loro utilizzo)”.

⁷ Gli anni del saggio di Hardin sono quelli in cui inizia a manifestarsi la consapevolezza scientifica che l'umanità sta percorrendo la via di una crescita economica e demografica insostenibile per il pianeta: cfr., tra gli altri, il famoso rapporto del MIT per il Club di Roma, *I limiti dello sviluppo*, Milano 1972.

muni. Per evitare che ciò accada Hardin si schiera a favore di un forte intervento normativo pubblico, tramite leggi coercitive o espedienti fiscali che rendano decisamente sconveniente danneggiare i beni comuni. Dunque, non al mercato autoregolantesi e alla proprietà privata, ma a un pubblico che abbia i mezzi efficacemente coercitivi per regolare il mercato e la libera iniziativa privata pare guardare, in ultima analisi, il saggio di Hardin.

Ritornando alla sua preoccupazione centrale, il sovrappopolamento, Hardin afferma con durezza che la libertà di riprodursi è intollerabile e che occorre abbandonare l'orticaria della tradizione liberale nei confronti della parola "coercizione" per prospettare consensualmente misure di adeguata "coercizione" di individui e famiglie in vista del controllo delle nascite. Su quale forma politica debba avere preferibilmente questo "pubblico" nazionale e internazionale capace di regolare e tutelare la dimensione del comune Hardin non offre, in effetti, alcuna indicazione precisa, anche se pare credere nella democrazia liberale, purché sia capace di prendere sul serio decisioni di questa portata. Risulta in ogni caso fuorviante considerare *The Tragedy of Commons* una sorta di primo manifesto del neoliberalismo contemporaneo, come pretenderebbero diversi "benecomunisti" italiani⁸.

Anche Ostrom si muove senza dubbio all'interno della tradizione di pensiero liberale e nella sua opera più nota, *Governing the Commons*, non intende fare altro se non spezzare una lancia a favore della praticabilità di governare comunitariamente alcuni beni comuni materiali, qualora si diano alcune precise condizioni di natura sia quantitativa sia qualitativa. Detto altrimenti, se la comunità che condivide un bene non è troppo numerosa (Ostrom indica come numero massimo quindicimila membri) ed è culturalmente coesa, omogenea, allora si può ritenere che l'esempio dei pastori proposto da Hardin non abbia necessariamente l'esito di esaurire il pascolo in quanto ogni pastore si comporta come attore strategico e non collaborativo. Sono praticabili, come mostra la storia di molte piccole comunità, gestioni comuni, mediante organi appositamente creati nel tempo e in grado di produrre decisioni più efficienti circa la gestione del bene e di risolvere internamente, nella maggioranza dei casi, le controversie che dovessero sorgere tra i membri della comunità che di tale bene usufruisce.

Si potrebbe subito dire che la dimensione ristretta di queste espe-

⁸ Mi permetto di rimandare al mio *Contro i beni comuni*, cit., 5-14.

rienze e la preconditione di una certa omogeneità culturale come mastiche della fiducia tra i membri ne fa oggi situazioni cui guardare con curiosità, ma non modelli sociali applicabili su altra scala e in contesti sociali segnati dal *fatto* del multiculturalismo. Però, quanto mi preme maggiormente sottolineare è che queste situazioni si comprendono forse meglio se, invece dell'espressione "beni comuni", usiamo quella di "beni di club". Di un club si fa parte se si paga una quota d'iscrizione e se si posseggono certi requisiti minimi stabiliti dal regolamento interno del club medesimo per ottenere appunto la *membership*. Un club, per definizione, è esclusivo. Ci si iscrive perché è esclusivo e perché si ritiene che farne parte costituisca un modo conveniente di tutelare e valorizzare professione o patrimonio, spesso entrambe le cose assieme, potendo godere dei beni e servizi che il club mette a disposizione dei suoi membri. Ma fuori del club c'è la società più vasta, e la sua organizzazione politica – lo stato, le regioni, i comuni – cui appartengono il club in quanto tale e i suoi membri come persone e cittadini. In ultima istanza, le controversie giuridiche sono decise fuori dagli organi di autoregolazione del club, organi che in ogni caso debbono decidere sulla base di regolamenti compatibili con l'ordinamento giuridico vigente. Ostrom è perfettamente consapevole di tutto ciò, così come del fatto che dal suo studio emerge la possibilità di valorizzare l'autogoverno di alcuni beni comuni evitando gli esiti tragici di una libera iniziativa troppo rozzamente intesa, ma che questo non significa trasformare radicalmente la società di mercato e l'ordine socio-economico capitalistico o addirittura abatterli. A gestire in comune alcuni beni sono, nei casi di studio prodotti dalla Ostrom, comunque proprietari che trovano efficiente e conveniente, ad esempio, irrigare i loro campi mediante un sistema coordinato e comune di canalizzazione e distribuzione dell'acqua, sistema cui hanno accesso in quanto membri di quel "club". Il che non implica, fra l'altro, che si tratti di una *membership* paritaria: può ben essere stabilito un ordine di precedenza, che privilegi alcuni membri nei confronti di altri nell'accesso alla risorsa, qualora quest'ultima dovesse risultare scarsa. Non siamo insomma nella patria dell'egualitarismo, nella quale ciascuno contribuisce a seconda delle capacità e riceve a seconda dei bisogni.

3. *Il dibattito nostrano. Quattro prospettive distinte (o distinguibili)*

Il dibattito anglosassone, e più in generale internazionale, si sta in-

dubbiamente arricchendo di nuovi contributi⁹. Ma Hardin e Ostrom sono finora stati i riferimenti al dibattito internazionale più presenti (e, sospetto, fraintesi) nella letteratura italiana sui beni comuni¹⁰. Da qui il posto di rilievo, forse eccessivo, che occupano in questa rapida ricostruzione dello stato dell'arte.

Venendo dunque al dibattito italiano, chiedo innanzitutto venia se non parlerò dei lavori sul tema di Ugo Mattei¹¹. Non lo faccio semplicemente perché ne ho già parlato fin troppo altrove e in fondo ne ho riconosciuto, proprio facendone il bersaglio privilegiato di una critica radicale, l'importanza che ha avuto all'interno del dibattito sui beni comuni.

Vorrei qui ricostruire e analizzare, sia pur molto schematicamente, quattro posizioni che considero oggi significative nella discussione italiana sui beni comuni. La prima, di impianto filosofico, è quella riconducibile al terzo volume della trilogia scritta da Antonio Negri con Michael Hardt, intitolata *Comune. Oltre il privato e il pubblico*¹²; la seconda, di matrice prevalentemente giusromanistica, fa capo ai saggi di Paolo Maddalena, e in particolare al volume *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*¹³; la terza, a cavallo tra diritto privato e costituzionale, trova espressione soprattutto in vari contributi di Stefano Rodotà; infine la quarta, che si colloca all'interno di un'ampia riflessione di filosofia e teoria generale del diritto, si incontra nell'opera di Luigi Ferrajoli.

Non faccio mistero che l'ordine di quest'elenco è assiologico: parto dalla posizione che ritengo a me più estranea per concludere con la proposta nella quale, a grandi linee, mi riconosco.

⁹ Penso, per esempio, al corposo volume di C. LAVAL, P. DARDOT pubblicato da *La découverte* nel 2014, e prontamente tradotto in italiano: *Del comune o della rivoluzione del XXI secolo*, prefazione di S. Rodotà, Roma 2015.

¹⁰ Cfr, a tal proposito, le due opere collettanee più significative sul tema pubblicate recentemente in Italia: M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona 2012 e AA.VV., *Tempo di beni comuni. Studi multidisciplinari*, in *Annali della Fondazione Basso*, Roma 2013.

¹¹ Di Ugo Mattei mi limito a ricordare *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011 e il recente *Il benecomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015.

¹² M. HARDT, A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano 2010.

¹³ P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani*, introduzione di S. Settis, Roma 2014.

4. Il "Comune" come progetto rivoluzionario e palingenesi etica

La Prefazione del libro di Hardt e Negri s'intitola "Il divenire Principe della moltitudine". Basterebbe questo titolo per comprendere che il tentativo è quello di costruire un progetto alternativo, articolando "un'etica dell'azione politica democratica all'interno e contro l'Impero"¹⁴, che al tempo stesso richiama e critica quel progetto di palingenesi sociale proprio della tradizione comunista, e di Gramsci in particolare. In luogo della classe, del proletariato, e del partito che come "Principe" la organizza allo scopo della conquista del potere, abbattendo il capitalismo e la classe dominante che vi corrisponde, la borghesia, abbiamo ora il nuovo soggetto rivoluzionario costituito dalla "moltitudine" che si dovrà organizzare per rovesciare l'Impero, ossia quell'insieme di istituzioni economiche e politiche globali che disciplinano in modo ferreo un mondo caratterizzato da "guerra, sofferenza, miseria e sfruttamento"¹⁵.

Mentre il concetto marxiano di classe risulta tutto sommato chiaro, più problematico appare quello di moltitudine. Forse perché avvezzi a associarlo semanticamente a quello di folla, di insieme appunto contingente e non organizzato di individui che per agire in vista di uno scopo debbono darsi istituzioni capaci di esprimere una volontà collettiva (la *moltitudo* hobbesiana che deve trasformarsi in società civile mediante il patto di unione), l'idea di affidare la rivoluzione alla moltitudine ci suona inconsueta, a dirla tutta improbabile¹⁶. In effetti è difficile incontrare in *Comune* di Hardt e Negri una definizione chiara di moltitudine: si intende tuttavia che si tratta della moltitudine dei poveri, delle classi subalterne nelle loro differenti espressioni, dei precari, dei migranti, degli esclusi a vario titolo "dall'ordine della proprietà"¹⁷. Ma si tratta, come ben sapeva già Marx, di forme di subalternità estremamente diversificate, spesso non solo distinte ma anche opposte. Il proletariato degli stracci stava con Napoleone III, non con la rivoluzione. E se la ricomposizione della moltitudine degli oppressi "è sempre stato il compito della

¹⁴ M. HARDT, A. NEGRI, *op. cit.*, 7.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ A chi tende a idealizzare le virtù della moltitudine, della folla o del "popolo" suggerimento obbligato è la rilettura critica di G. LE BON, *La psicologia delle folle*, Milano 1980 (ed. or. 1895).

¹⁷ M. HARDT, A. NEGRI, *op. cit.*, 51.

lotta di classe”¹⁸, ciò significa ammettere la indeterminatezza della moltitudine come soggetto politico rivoluzionario.

Ma come si fa una rivoluzione senza la classe come soggetto politico e il partito come suo strumento? Qui entrano in scena i beni comuni: “La democrazia della moltitudine è concepibile e possibile nella misura in cui tutti condividono e partecipano insieme al comune. Con il termine ‘comune’ intendiamo, in primo luogo, la ricchezza comune del mondo materiale – l’aria, l’acqua, i frutti della terra e tutti i doni della natura – che nei testi classici del pensiero politico occidentale è sovente caratterizzata come l’eredità di tutta l’umanità da condividere insieme. Per comune si deve intendere, con maggior precisione, tutto ciò che si ricava dalla produzione sociale, che è necessario per l’interazione sociale e per la prosecuzione della produzione, come le conoscenze, i linguaggi, i codici, l’informazione, gli affetti e così via”¹⁹. Il processo di privatizzazione del comune sostenuto dalle politiche neoliberiste – in verità, direi innanzitutto di privatizzazione del pubblico – non si contrasta mediante “la regolazione pubblica e un governo dell’economia di tipo keynesiano e/o socialista”, perché capitalismo e socialismo “sono entrambi dei regimi di proprietà che escludono il comune”, mentre solo un progetto politico di “istituzione del comune”²⁰, né privato né pubblico, e pertanto né capitalista né socialista, può aprire un nuovo spazio alla politica, salvando l’umanità dalla corruzione morale e dalle molteplici catastrofi che ne conseguono proprio grazie alla trasformazione in potere di quella capacità di pensare forme di vita innovative, incentrate sul “comune”, generata dal binomio valoriale povertà e amore che caratterizza la moltitudine.

Mi rendo conto che, nel tentativo di restituire una sintesi del pensiero di Hardt e Negri, si corre il forte rischio di farne involontariamente la caricatura. Ma questo rischio dipende in buona misura dal linguaggio infiammato di retorica rivoluzionaria di cui fanno uso, e che francamente in qualche passaggio sconfinava nello sprezzo del ridicolo. Delle istituzioni del mondo nuovo – o vecchissimo, temo – innervato dal “comune” nulla si dice, non v’è traccia di quel disegno costituzionale che caratterizza anche le utopie più ardite, a partire dalla repubblica platonica. E pare troppo comodo cavarsela affermando che sarà la stessa moltitudine, cammin facendo, a disegnare queste istituzioni, le istituzioni che produr-

¹⁸ Ivi, 246.

¹⁹ Ivi, 7-8.

²⁰ Ivi, 9.

ranno la gestione democraticamente partecipata del “comune” da parte della “moltitudine”. Da questo stile di pensiero, ancor prima che dai suoi contenuti, credo debbano prendere le distanze tutti coloro che in buona fede si battono faticosamente contro la privatizzazione del mondo, contro le politiche neoliberiste e neocoloniali che in effetti continuano a generare guerra, sofferenza, miseria e sfruttamento.

5. È dolce morire per i beni comuni?

Un altro modo di argomentare in favore dei beni comuni e di una limitazione severa della proprietà privata, tanto radicale quanto problematico, proviene da studiosi del diritto romano, nel quale si troverebbero elementi per affermare la precedenza storica della proprietà collettiva su quella privata. Una precedenza che diventa immediatamente non solo storica ma anche assiologica, nel senso che si dichiara subito che quella forma di organizzazione economica e sociale fondata sulla proprietà collettiva della terra andrebbe riscattata dall'oblio per diventare, ovviamente ripensata all'altezza dei nostri tempi, modello prescrittivo di una società futura meglio ordinata.

A questo proposito vorrei soffermarmi, sia pur brevemente, su un saggio di Paolo Maddalena, *Per una teoria dei beni comuni*, pubblicato su “MicroMega”, 9/2013²¹, dove si anticipano i temi essenziali del già citato *Il territorio bene comune degli italiani*. Scelgo questo testo per una ragione molto semplice: mi pare più esplicito e diretto del libro, quindi più utile a definire in *silhouette* la “teoria” proposta da Maddalena. Incrociando diritto romano e lo Schmitt del *Nomos della terra*, egli afferma: “fin dalle origini [...] si parlò del ‘rapporto di appartenenza’ del territorio al popolo, e cioè di una ‘proprietà collettiva’ che è insita nella ‘somma dei poteri sovrani’ spettanti al popolo. Né si può tacere che questo tipo di appartenenza ebbe per i romani qualcosa di sacro, se è vero com'è vero che si giunse ad affermare che ‘pulchrum est pro patria mori’, è bello morire per la patria”. A quanto pare fu Numa Pompilio a creare una prima divisione tra *ager compascuus*, di proprietà e uso comune, e piccole porzioni di terra cedute ai *patres familiarum*, porzioni pari a mezzo ettaro e quindi strettamente limitate al soddisfacimento delle necessità familiari.

²¹ Farò riferimento alla versione pubblicata su “MicroMega” online in data 27/03/2014.

In questa prospettiva, continua Maddalena, “occorre tener presente che ‘l’originaria appartenenza del territorio al popolo’ a titolo di ‘sovranità’ non viene meno con la ‘cessione’ a singoli o a un ente pubblico della ‘proprietà privata’. In altri termini, la storia dimostra che sulla proprietà privata insiste quella che Carl Schmitt definisce la ‘superproprietà’ del popolo, nel senso che il popolo come ha ‘ceduto’ la proprietà ai privati, o financo a enti pubblici, così può riacquistarla. Si tratta, in sostanza, della distinzione medievale tra ‘dominium eminens’ e dominium utile’, la quale assicurava al re la ‘preminente’ titolarità di tutto il territorio”.

Comprendo bene, o almeno così mi pare, le ragioni che muovono Maddalena a recuperare questi concetti. Essi sfociano nel tentativo di dare nuova vita a quegli articoli, oggi abbondantemente negletti, della nostra Costituzione che vanno dal 41 al 46, intesi nel loro complesso a stabilire limiti alla proprietà privata e alla libera iniziativa che non debbono essere in contrasto con l’utilità sociale, così come a prevedere che parte dei mezzi di produzione possa essere riservata a comunità di utenti e lavoratori. Comprendo e condivido questo tentativo²². Mi domando però, ancora una volta, se in termini teorici, ma non solo, il prezzo da pagare che implica il percorso disegnato da Maddalena sia accettabile. Come non vedere che riferirsi a Schmitt, sia pure a quello “addomesticato” del dopoguerra, porta con sé l’irruzione nella modernità politica dell’organicismo, e della inquietante equazione nazionalistica “un popolo, una cultura, una terra, uno Stato”? Che in nome della “superproprietà” originaria di quel soggetto collettivo che chiamiamo “popolo” e della volontà sovrana che ne deriva (comunque espressa) si può arrivare a sopprimere non solo la proprietà privata ma anche tutto l’insieme dei diritti della persona e del cittadino? Che questa idealizzazione della volontà generale del popolo in quanto espressione di una intelligenza collettiva eticamente sana e incorruttibile è di un’ingenuità disarmante, visto che non è affatto escluso che tale volontà produca decisioni ben diverse da quelle auspiccate da Maddalena riguardo alla gestione del territorio, alle questioni ambientali, ai temi dell’economia e della finanza ecc ecc.? Potrei continuare, ma il riassunto sta tutto il quel “pulchrum est pro patria mori”, che a me personalmente fa accapponare la pelle, per-

²² Un percorso per certi versi analogo, che parte da alcune istituzioni di diritto romano per argomentare in favore della tutela dei beni comuni, lasciando però perdere Schmitt, si trova in A. DI PORTO, *Res in usu publico e ‘beni comuni’*. Il nodo della tutela, Torino 2013.

ché è inequivocabilmente un motto che ha alimentato la retorica della destra (chi per la patria muor vissuto è assai). E mi risulta francamente imbarazzante contrastare la destra neolibera con l'armamentario concettuale della destra reazionaria²³.

6. Eguaglianza, diritti fondamentali e beni comuni

Aliena tanto dalle suggestioni medievali quanto da quelle dell'antica Roma è la riflessione sui beni comuni proposta da Stefano Rodotà. Pur preferendo non entrare in diretta polemica con quegli studiosi che in nome dei beni comuni ripropongono forme di organicismo politico, egli prende in tutta evidenza un'altra strada, quella del "costituzionalismo dei bisogni". A partire dalla considerazione di alcuni bisogni elementari della persona – accesso libero all'acqua, al cibo, ai farmaci, a Internet come mezzo di conoscenza e comunicazione – si definiscono i diritti fondamentali corrispondenti, diritti che sottraggono questi beni alla logica proprietaria e del profitto e li caratterizzano come beni comuni. In altri termini, si tratta di stilare una lista, non fissa ma storicamente variabile, di beni comuni in quanto beni pubblici prioritari, mediante i quali sia possibile agire per superare lo spaventoso *human divide* prodotto dal mercato globale, ovvero dotando la battaglia in favore della riduzione delle disuguaglianze dello strumento giuridico consistente nel riconoscimento di alcuni beni come comuni. Questa impostazione produce almeno due conseguenze degne di rilievo. In primo luogo, se questo è il quadro teorico, l'andare oltre il pubblico e il privato diventa un falso problema, perché i beni comuni stanno accanto ai beni pubblici e a quelli privati come *tertium genus*: un *genus* che appare piuttosto un "sotto-genere", una specie di beni pubblici strettamente vincolata al soddisfacimento di bisogni elementari della persona e dunque alla garanzia concreta ed immediata dei diritti fondamentali che corrispondono a tali bisogni. In questo senso, pur essendo ammissibile e financo favorita la gestione di alcuni beni comuni nella forma della "comunità di utenti" e

²³ A proposito di una versione di quest'espressione, Bobbio risponde a Viroli che lo intervista sugli ideali repubblicani: " Stai attento con l'amor di patria; pensa al motto 'dulce et decorum est pro patria mori', ripetuto infinite volte e scritto sui frontoni degli edifici pubblici. Anche il fascismo parlava di patria, diceva che bisogna difendere la patria, che bisogna dar la vita per la patria" (N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla repubblica*, Roma-Bari 2001, 13).

similari, ovvero mediante la partecipazione attiva di associazioni di cittadini, l'ultima parola nelle decisioni di indirizzo e in caso di controversie spetta pur sempre ai regolatori pubblici, con buona pace delle moltitudini e dei *Quirites*.

In secondo luogo, Rodotà ha ben presente il pericolo di porre in un unico sacco – quello indistinto dei beni comuni – beni strutturalmente diversi, e come tali da tener distinti in quanto alla loro gestione: “Se, per esempio, si considera la conoscenza in Rete, uno dei temi centrali della discussione, ci si avvede subito della sua specificità. Luciano Gallino ne ha giustamente parlato come di un bene pubblico globale. Ma proprio questa sua globalità rende problematico, o improponibile, uno schema istituzionale di gestione che faccia capo a una comunità di utenti, cosa necessaria e possibile in altri casi. Come si estrae questa comunità dai miliardi di soggetti che costituiscono il popolo di Internet?”²⁴. Si affaccia così la necessità di distinguere e di evitare la retorica dei beni comuni, predisponendosi a un “lavoro di analisi e di ricomposizione” che porti a “esaminare in forme differenziate il rapporto tra accesso e gestione, dunque lo stesso significato della partecipazione”²⁵. Un lungo lavoro, par di capire, dentro e fuori il perimetro del diritto, che permetta di regolare efficacemente *iuxta propria principia* diverse tipologie di beni comuni.

Eppure quella stessa retorica dei beni comuni dalla quale Rodotà intende prendere le distanze pare spesso afferrarlo e avere la meglio sui propositi di analisi, classificazione, ricomposizione. Per dirlo chiaro: si avverte, di tanto in tanto, un corto circuito fra dimensione giuridica della ricerca intorno ai beni comuni e la proposta politica imperniata sui beni comuni. Mi limito a un paio di esempi. Dopo aver chiaramente connesso la nozione di bene comune al soddisfacimento dei diritti fondamentali della persona, rifiutando di ipostatizzare e personificare la “Natura” come titolare di diritti, Rodotà scrive: “ma i beni comuni si distendono pure in una dimensione più larga dove, accanto al riferimento ai diritti fondamentali, compare quello riguardante un governo del cambiamento inteso come salvaguardia dell’ecosistema e della stessa sopravvivenza dell’umanità. Anche qui, evidentemente, compaiono diritti, come quello alla tutela dell’ambiente, e soggetti ai quali sono riferibili – l’umanità, le generazioni future”²⁶. Per quanto abbia a cuore la salvaguardia dell’ecosi-

²⁴ S. RODOTÀ, *Mondo dei diritti, mondo dei beni*, in AA.VV., *Tempo di beni comuni*, cit., 121.

²⁵ Ivi, 120.

²⁶ Ivi, 127.

stema, non posso rinunciare a chiedermi quale sia, fuor di retorica, la differenza tra la Natura e l'Umanità, o le generazioni future, come soggetto titolare di diritti.

Ancora più evidente è l'uso politico dei famosi referendum sulla gestione pubblica dell'acqua del giugno 2011. A me pare che collegare le vere e proprie guerre per l'acqua già in corso in diverse aree del pianeta e il rischio concreto di sete per le persone e di difficoltà per l'uso agricolo e industriale che si corre anche in Italia all'esito del voto nei nostri referendum – “ventisette milioni di italiani hanno detto sì in un referendum contro la privatizzazione dell'acqua, che veniva così collocata nella dimensione dei beni comuni”²⁷ – sia appunto un esercizio di retorica e non di rigore teorico e chiarificazione concettuale. Supporre una così alta consapevolezza di tali questioni in ventisette milioni di elettori è veramente un azzardo argomentativo. Se così fosse, l'Italia sarebbe un paese culturalmente e politicamente molto diverso, e molto migliore²⁸. Non voler neppur dubitare, almeno pubblicamente, che il risultato di quei referendum fosse probabilmente contingente, e frutto di opinioni e convenienze legate più alla rozza materia che ai nobili ideali, si spiega, a mio giudizio, solo nella dimensione della lotta politica.

7. *Beni comuni come categoria dei beni fondamentali*

A mia conoscenza, l'invito a classificare e a distinguere, a trovare una possibile collocazione dei beni comuni nella teoria giuridica e negli ordinamenti positivi incontra una prima adeguata risposta nella riflessione di Luigi Ferrajoli. Egli osserva innanzitutto che la nozione di “beni comuni” rischia di essere al tempo stesso troppo estesa, comprendendo “cose” che non sono “beni”, e troppo ristretta, escludendo beni che sono essenziali, vitali, ma non sono affatto definibili come “comuni”. Di conseguenza, “sarà utile procedere a una ridefinizione del concetto di ‘beni comuni’ depurata dai suoi usi retorici e quanto più possibile ancorata al lessico giuridico”²⁹. Su questa via incontriamo innanzitutto l'art. 810 del

²⁷ Ivi, 117.

²⁸ Francamente è difficile pensare a un Paese pronto a recepire il modello sociale fondato sul riconoscimento dei beni comuni, quando le cronache ci narrano del favore popolare che incontra chi abusa del diritto alla legittima difesa per difendere la proprietà privata.

²⁹ L. FERRAJOLI, *Beni fondamentali*, in AA.VV., *Tempo di beni comuni*, cit., 141.

nostro codice civile, per cui sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti. Certamente il codice civile è centrato sui beni patrimoniali³⁰, disponibili e esigibili, spettanti a ciascuno con esclusione degli altri, ma ciò non significa, afferma Ferrajoli che non si possano distinguere, all'interno di quanto si definisce genericamente "bene", due specie, e cioè i beni fondamentali e i beni patrimoniali: " i primi definibili come i beni che formano oggetto dei diritti fondamentali, i secondi come i beni che formano oggetto di diritti patrimoniali"³¹.

In questo modo si crea una categoria, quella dei beni fondamentali, che comprende tutti quei beni che vanno ugualmente garantiti a tutti, perché vitali, e quindi in quanto tali da considerare fuori dalle logiche mercantili, anzi in opposizione a queste ultime. Ma essere una categoria di beni non assoggettata alle logiche del mercato non significa ancora poterla qualificare di per sé come equivalente alla categoria dei "beni comuni", che qualifica invece solo i beni "accessibili a tutti *pro indiviso*". La specie dei beni fondamentali deve a sua volta essere divisa in tre sottospecie, una sola delle quali merita la qualifica di "beni comuni". Insomma, una classificazione analiticamente appropriata distinguerà i beni fondamentali nel seguente modo: "in primo luogo, i beni *comuni*, cioè le *res communes omnium*, il cui uso o accesso alle quali è vitale per tutte le persone e che formano perciò l'oggetto di diritti fondamentali di libertà di uso o godimento; in secondo luogo, quelli che possiamo chiamare beni *personalissimi*, come sono le parti del corpo umano, che formano l'oggetto di diritti fondamentali di immunità, cioè di libertà da lesioni, incluse quelle provenienti da atti di disposizione; in terzo luogo, quelli che possiamo chiamare beni *sociali* perché oggetto dei diritti fondamentali sociali alla salute e alla sussistenza, come i farmaci salva-vita e gli alimenti di base"³². Da queste distinzioni dipendono, infine, le diverse tecniche di garanzia da approntare per le tre sottospecie di beni fondamentali così delineate.

Alla luce di questa classificazione, un duro colpo viene inferto alla retorica "benecomunista". Infatti l'acqua, osserva Ferrajoli, non può essere

³⁰ Occorre forse precisare che, se ben intendo, il codice distingue i beni pubblici in beni demaniali e beni patrimoniali. I secondi sono disponibili o indisponibili, in entrambi i casi facilmente privatizzabili. I primi sono beni demaniali naturali o artificiali: mentre i secondi sono anch'essi privatizzabili, i primi, i beni del demanio naturale, non sono privatizzabili, ma solo finché conservano le loro caratteristiche "naturali".

³¹ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 141.

³² Ivi, 142.

propriamente definita un bene comune: “L’acqua potabile non è più, di fatto, un bene solo naturale, né tanto meno un bene comune naturalmente accessibile a tutti. Più di un miliardo di persone non hanno la possibilità di accedervi e per questo milioni di persone muoiono ogni anno”³³. L’acqua è divenuta un bene scarso, e si cerca di trasformarla – paradossalmente, afferma Ferrajoli, ma fino a un certo punto, dico io, se si guarda alla questione dall’angolo visuale del profitto – in un bene patrimoniale. È qui che dovrebbero intervenire le tecniche di garanzia atte a sottrarre al mercato quel bene fondamentale che è l’acqua, da considerare “un bene pubblico” sottoposto a vincoli quali l’obbligo della distribuzione gratuita a tutti nella misura necessaria a minimi vitali, la definizione di limiti massimi di consumo e la tassazione su basi progressive dei consumi compresi tra il limite minimo e massimo.

Più in generale, ciò che Ferrajoli rivendica non è l’andare a cercare il comune in un mitico oltre, oltre al pubblico e al privato, una ricerca che rischia – questa volta sì paradossalmente – di consegnare ulteriori spazi e porzioni di beni pubblici alla logica di un privato “politicizzato” che riveste i panni del “comune”, ma la riqualificazione del pubblico mediante una sua più rigorosa costituzionalizzazione: “Riconoscere e garantire determinati beni vitali come fondamentali vuol dire sottrarli alla disponibilità della politica e del mercato e renderli accessibili a tutti. E questo si può fare soltanto con la loro stipulazione come beni costituzionali, cioè previsti come fondamentali da costituzioni rigide: garantiti da immunità, cioè dal divieto di mercificazione, ove di tratti di beni comuni o di beni personalissimi, e dall’obbligo della loro prestazione gratuita, ove si tratti di beni sociali. Assistiamo invece, anziché a un allargamento della sfera pubblica, al suo restringimento e smantellamento. Si pensi alla vendita di beni demaniali e alla privatizzazione di essenziali servizi e funzioni pubbliche, affidate a privati e inevitabilmente mercificate”³⁴.

8. *Conclusioni*

Non saprei dire se la prospettiva delineata da Ferrajoli sia la miglior risposta a quella “privatizzazione del mondo” che è, a mio giudizio, la preoccupazione serissima sottostante a questo “articolato” dibattito sui

³³ *Ivi*, 144.

³⁴ *Ibidem*.

beni comuni. Mi pare però che abbia il pregio, come minimo, di sfuggire alle tante trappole retoriche di cui è disseminata questa discussione, aprendo al contrario una possibile via a quel lungo lavoro di analisi e di ricomposizione, a cavallo tra studi giuridici, politici ed economici, auspicato da Stefano Rodotà³⁵.

La prima trappola cui sfuggire è il “becomunismo” della moltitudine (o delle moltitudini?). Se si tratta di trovare un’ideologia sostitutiva e aggiornata del comunismo, capace di realizzarne gli obiettivi evitandone le distorsioni, allora ho l’impressione che la proposta di Hardt e Negri sia così fragile e confusa, e così priva di capacità di mobilitazione, da lasciar dormire sonni tranquilli al capitalismo contemporaneo. A questo proposito, il confronto con il *Manifesto* di Marx e Engels, con le sue analisi lucide e taglienti, risulta davvero impietoso.

La seconda trappola consiste nell’attaccare la proprietà privata opponendovi la prospettiva dei beni comuni come “superproprietà del popolo” mediante un armamentario concettuale che, consapevolmente o meno, richiama in servizio l’organicismo politico e lo schmittiano “nomos della terra”. Sul piano teorico, se c’è un modo di chiudere ancora più rapidamente di quanto stia avvenendo sotto i colpi del neoliberalismo l’“età dei diritti” auspicata da Bobbio, così lo abbiamo trovato.

La terza trappola si manifesta nel momento in cui si spende politicamente, nell’immediato, una proposta ben lungi dall’essere sufficientemente definita, supponendo inoltre che la coscienza collettiva abbia già recepito, o sia comunque pronta a recepire, la buona novella dei beni comuni. Il che, purtroppo, è semplicemente falso, o almeno assai improbabile. È una forma di autoinganno, o forse un modo per farsi coraggio nella traversata del deserto in cui oggi consiste l’opposizione al “finanzcapitalismo”, comprensibile sotto il profilo esistenziale per chi è reduce da stagioni in cui l’età dei diritti, e forse qualcosa di più, sembrava a portata di mano, ma di ostacolo alla ricerca di alternative che almeno sotto il profilo teorico siano solide e desiderabili.

Non essendo né giurista né scienziato sociale né economista, posso a buon diritto fermarmi qui, alla cosiddetta *pars destruens*. E questa volta è, lo ammetto, una bella fortuna.

³⁵ In questa direzione si muove, ad esempio, con particolare riguardo alla questione dei beni demaniali, D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2/2014.

«BENI COMUNI» CATEGORIA
IDEOLOGICAMENTE ESTENUATA

SOMMARIO: 1. Per una concezione giuridica dei beni comuni – 2. Beni comuni e paradigmi della proprietà – 3. Perché i beni comuni? – 4. Contesto culturale e ideologia dei beni comuni – 5. Distorsioni ricostruttive

1. *Per una concezione giuridica dei beni comuni*

Fare dei beni comuni l'oggetto di una ricerca, specie di una ricerca che abbia ambizioni interdisciplinari, è un azzardo e un merito.

È un azzardo perché il tema è tra quelli che possono suscitare pregiudiziali idiosincrasie: reazioni non corrette sul piano del metodo scientifico, che sempre implica la disponibilità piena a vedere falsificate le proprie ricostruzioni quando a ciò conducano le risultanze della verifica sperimentale. Non corrette, ma spiegabili, per il sovraccarico ideologico della nozione, per l'astrante insensatezza di certe proposte (e delle connesse strategie) che a essa dichiarano di ispirarsi. Nello specifico ambito della riflessione dei costituzionalisti, per la debolezza di certi contributi, che solo per convenzione, o perché viene fatta prevalere l'appartenenza accademica dei loro autori, sono ascritti alla «letteratura scientifica»: la produzione specificamente «costituzionalistica» sui beni comuni non è folta, ma in essa si segnalano esercitazioni paraletterarie senza molti precedenti per confusione, inconsistenza dommatica, assenza di riconoscibili presupposti teorici.

È un merito per gli stessi motivi per cui è un azzardo: proprio perché sono stati disattesi metodi e categorie, la riflessione sui beni comuni, condotta nel contesto costituzionale, impone la riconsiderazione dei fondamenti, e riletture che a tale riconsiderazione si raccordino, sostenendola.

2. Beni comuni e paradigmi della proprietà

Conviene prendere avvio dalla qualificazione dei beni comuni come *tertium genus* tra proprietà pubblica e proprietà privata e, in un più ampio contesto sistemico, tra Stato e mercato (escluse le tesi estreme che considerano i beni comuni come «l'opposto della proprietà»¹, per il loro schematismo che ne riduce il significato ricostruttivo).

Si ritiene troppo ristretta la classificazione dei beni in ragione della proprietà «pubblica o privata» (art. 42 Cost.): ci sono beni – i beni comuni – che sono «a titolarità diffusa», appartengono a tutti e a nessuno, «nel senso che tutti devono poter accedere a essi e nessuno può vantare pretese esclusive ...»². Si individua dunque una «terza dimensione, oltre la logica binaria, che ha dominato negli ultimi due secoli la riflessione occidentale – proprietà pubblica o privata»³.

In tale prospettiva, risulta indebolito il legame tra art. 42, c. 1 e art. 43 Cost., nel senso che l'affidamento a imprese o categorie di imprese a comunità di lavoratori o di utenti, cui si riferisce l'art. 43, si distacca dal regime proprietario, secondo «una logica istituzionale che svincola l'interesse non individualistico per determinati beni dal riferimento obbligato alla proprietà pubblica, alla tecnica delle nazionalizzazioni»⁴.

Tali «determinati beni» – i beni comuni – sono quelli necessari «per garantire alle persone il godimento dei diritti fondamentali e per individuare gli interessi collettivi, le modalità di uso e di gestione dei beni stessi»: sotto questo profilo, i «beni comuni» sono «primari»⁵ (se li si volesse collocare in un quadro teorico di traslazione di nozioni tratte dall'economia – come nel dibattito sui beni comuni avviene di frequente – somiglierebbero più alle «*capability*» di Amartya Sen e Martha Nussbaum, la quale ne fa anche l'elenco⁶, che ai «*common*» di Elinor Ostrom⁷). Beni

¹ Sulla letteratura americana in cui si rinviene tale approccio, F. GRAZZINI, *Beni comuni e diritti di proprietà. Per una critica della concezione giuridica*, in *Micromega*, 6 maggio 2012.

² Con accenti particolarmente chiari e diretti, S. RODOTÀ, *Il valore dei beni comuni*, in *La Repubblica*, 5 gennaio 2012.

³ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, II ed., 2015, 107.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ivi*, 107.

⁶ M.C. NUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, Bologna 2002, 75 ss.

⁷ E. OSTROM, *Governing the Commons*, Cambridge 1990, trad. it., *Governare i beni collettivi*, Venezia 2006.

siffatti, per la loro stretta connessione con i diritti fondamentali, «non tollerano discriminazioni nell'accesso», pena «la drammatica caduta in divisioni che designano davvero una società castale, dove ritorna la cittadinanza censitaria»⁸.

Il grande tema è quello dell'eguaglianza e il punto di aggressione è la logica privatistica nella società globale, che ha prodotto un duplice effetto: la «*commodification of sovereignty*» e l'assenza di qualsiasi idea di «*global good*»⁹.

Occorre considerare che questo approccio – molto connotato per sostanza morale e per le premesse politiche che dichiara – non pretende di presentare una nuova costruzione compiuta del rapporto tra persona e beni, ma intende proporre un «cambio di paradigma»¹⁰; non pretende di presentare un nuovo edificio teorico e dommatico della proprietà, ma intende formulare una proposta analitica.

È lo stesso Rodotà a rilevare la complessità del primo nodo nell'applicare il «cambio di paradigma», che è nell'identificazione dei beni qualificabili come comuni, per il rischio di «una sorta di *reductio ad unum* dell'intero mondo dei beni»¹¹ (e, infatti, quelle esercitazioni di paraletteratura giuridica, cui si faceva cenno, sono segnate dall'espansione illimitata della nozione¹²: una foresta di beni comuni, materiali e immateriali, ricopre il campo del giuridico, impedendo che penetri un solo raggio di luce). Resta soltanto fermo che occorre una nuova classificazione, «una tassonomia più ricca di quella imposta dalla classificazione pubblico/privato, che al più tollerava distinzioni all'interno di ciascuna categoria»¹³.

Ma, allora, questo essendo il carattere «aperto» della proposta ricostruttiva più avvertita e più forte dal punto di vista teorico in tema di beni comuni, è lecito interrogarsi, e proprio in virtù di tale apertura, sulle

⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 117.

⁹ Ivi, 118.

¹⁰ Ivi, 120.

¹¹ Ivi, 118.

¹² Cfr. U. POMARICI, *Beni comuni, ad vocem*, in *Atlante di filosofia del diritto*, vol. I, Torino 2012, 4: «... c'è una grande confusione anche sulla 'carta d'identità' dei beni comuni: l'elenco è infatti potenzialmente sterminato, al punto da diventare insignificante, fino a comprendere la vita stessa ...». Per l'impossibilità di una classificazione dei beni comuni e per l'orientamento a «procedere ad una valutazione caso per caso», improntando il regime giuridico di tali beni anche alla necessità di «salvaguardare le legittime aspettative delle generazioni future» (altra categoria di assai difficile configurazione dogmatica), cfr. L. RAMPÀ e Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Politica del Diritto*, n. 2, 2014, 253 ss.

¹³ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 118.

premesse dalle quali si muove per elaborare la categoria, poiché non va smarrito il richiamo al carattere di «utilità» che debbono presentare le definizioni giuridiche: «utilità», «non dannosità», oltre che «compatibilità linguistica», se si ritiene che essa consista nella consentaneità a un'esigenza di classificazione che individui affinità e distinzioni¹⁴.

3. Perché i beni comuni?

Se dunque – come si può e si deve – si pone la domanda «perché i beni comuni?», cioè perché definire un nuovo paradigma interpretativo e dar luogo a una nuova proposta analitica, si ottiene una risposta su due piani: sul piano teorico, per un disvelamento del carattere ideologico e «politico» di una «operazione» che è riuscita a imporre l'idea di un archetipo della «moderna proprietà privata», incentrato individualisticamente sul rapporto tra soggetto e bene, della quale si pretende la corrispondenza alla «natura delle cose», come alla «natura delle cose» si pretende corrisponda il mercato nella sua configurazione attuale, cui tale archetipo di proprietà è congruente; sul piano conformativo-programmatico, perché i beni comuni sono configurabili come «elemento inseparabile della persona», e alla persona la Costituzione attribuisce centralità, imponendo che essa sia «affrancata dalla dipendenza esclusiva dalla proprietà». Intorno alla nozione di «beni comuni» può realizzarsi una «fon-

¹⁴ Cfr. H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*, Cambridge 1958, trad. it. *La definizione del diritto*, Torino 1962. La costruzione di Kantorowicz resta valida nell'ambito qui considerato, anche dopo la critica di G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi*, Bologna 1974, 93 ss., il quale invero non concorda sull'applicazione, più che sulla proposta, del primo canone – quello dell'«utilità» – come criterio di accettabilità delle definizioni scientifiche; e ritiene il canone della non dannosità «politico in senso lato». In effetti, a proposito della resistenza dei giuristi a qualificare come diritto in senso proprio il diritto internazionale pubblico, Kantorowicz rileva: «... Se... sia bene dare o meno a un concetto un nome di cui si predicano proposizioni importanti è un problema terminologico ma non “meramente” terminologico: la scelta non è soltanto tra termini differenti, ma tra le cose che essi denotano», sicché se una «classificazione venisse accolta dall'opinione pubblica, dalla prassi degli Stati e dalla scuola, non solo le conseguenze in diritto, ma quelle politiche, psicologiche, culturali e altre di carattere pratico sarebbero enormi» (op. cit., 48). Ma proprio siffatta «politicalità in senso lato» rende il criterio prezioso nel valutare il grado di accettabilità della categoria «beni comuni», per le conseguenze derivanti dall'introduzione di essa nel sistema. E invero la definizione di «beni comuni» potrebbe avere quelle conseguenze «enormi», specie perché il sostrato ideologico che essa richiama è molto ridondante.

dazione non proprietaria», conseguendo l'obiettivo maggiore: ridare centralità al «legame sociale», nel superamento di una concezione individualistica della proprietà¹⁵.

Ma allora è lecita l'ulteriore domanda: è necessario, per conseguire tale centralità del «legame sociale», dare campo alla definizione di una nuova categoria di beni in connessione con un nuovo concetto di proprietà? Tanto più essendo ben noto che la collocazione della proprietà nei sistemi normativi, e in particolare nel contesto costituzionale, è già resa molto complessa dalla circostanza che al lemma «proprietà» non corrisponde «la reale unità di un saldo e compatto istituto», sicché «con riferimento particolare a quell'interesse o a quegli interessi che si riferiscono all'istituto della proprietà, si vedrà se ci si trova di fronte ad una pluralità di istituti affini o ad un istituto unico, che si presenti sotto una grande varietà di aspetti»¹⁶. Occorre perciò ricostruire il punto di confluenza di interessi in cui coesistono le connotazioni dell'istituto (risultato che non può conseguirsi – è ancora l'insegnamento di Pugliatti – senza «superare il puro formalismo giuridico»¹⁷).

L'esame del quadro costituzionale fa ritenere non necessitata la risposta positiva.

Nel suo rapporto con il costituzionalismo – e con le Costituzioni – la proprietà vede sottoposta a tensione una certa duplicità di approccio alla sua natura giuridica.

La norma giuridica sulla proprietà non può che disciplinare il rapporto del soggetto proprietario con il bene o i beni oggetto della proprietà. Ora, la centralità del soggetto nella qualificazione giuridica del fenomeno proprietario può condurre alla garanzia della proprietà come diritto. Ma tale garanzia può compiersi anche mettendo in ombra il profilo dell'utilizzazione del bene in vista di un interesse prevalente che travalica la sfera di garanzia dell'attività del soggetto. E ciò non significa negare l'aspetto soggettivo della proprietà; ma significa integrarlo in un più ampio contesto di relazioni economiche. V'è, invero, un'altra faccia della natura giuridica della proprietà, che si compone con quella posta sul versante del rapporto tra soggetto e bene, segnata piuttosto dal rapporto tra il titolare e altri soggetti, rapporto specificamente qualificato dalla proprietà medesima.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 120 ss.

¹⁶ S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, 309.

¹⁷ Ivi, 210.

Le Costituzioni nazionali della seconda modernità pervengono ad accentuare il riferimento a tale «faccia esterna» della situazione proprietaria, rivolta al di fuori del rapporto esclusivo tra soggetto e bene, quando affermano che non può essere individuato nel godimento del bene *pro se* il solo oggetto del diritto di proprietà, il quale è invece funzionalizzato a uno scopo-valore collocato nella rete di rapporti tra posizione soggettiva del titolare e soggetti esterni.

Nel caso italiano, il mutamento di prospettiva si compie con la previsione della «funzione sociale» della proprietà.

Nel quadro costituzionale, la proprietà non è un diritto inviolabile della persona: gli orientamenti in tal senso, ispirati a una determinata visione di tipo giusnaturalistico, pur presenti, trascolorano già nel dibattito costituente¹⁸.

La proprietà non è qualificata come inviolabile, anzi è funzionalizzata. Molto lineare l'implicazione «sistemica» che ne ricava Salvatore Pugliatti¹⁹: se la proprietà è inviolabile, l'intervento restrittivo della legge deve considerarsi eccezionale, e, perciò, non ne può essere determinato il fondamento attraverso l'interpretazione analogica, né può essere assunto a riferimento nella ricostruzione dei caratteri dell'istituto; se è funzionalizzata – e nella Costituzione italiana lo è – vale l'opposto, e la norma dell'art. 41 deve assumersi come principio unificatore del diritto vigente in materia.

Se ne può inferire «una variazione dell'intensità della tutela riconosciuta al proprietario, nel senso generale che questa viene depotenziata nei confronti della stessa disciplina vigente: per il solo fatto della innovazione di principio (introduzione del riferimento alla funzione sociale) si dilata il numero delle norme restrittive applicabili (in via analogica) alla situazione proprietaria»²⁰.

L'esclusione dal nucleo dell'invulnerabilità, che risulta anche dalla collocazione sistematica degli artt. 41 ss. Cost., sembra un dato univoco²¹, e

¹⁸ In tal senso, riferendosi alla caduta di «ogni proclamazione “filosofica”» nel corso del dibattito in Assemblea costituente e dunque alla perdita di quella «indubbia coloritura giusnaturalistica» che giustificava «la collocazione della proprietà tra i diritti inviolabili della persona», S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, III ed., Bologna 2013, 303 ss.

¹⁹ S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., 278 s.

²⁰ Questa la lettura che della costruzione di Pugliatti compie S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 326.

²¹ In senso contrario è stato addotto il tenore testuale dell'art. 42, c. 2, Cost., che fa carico alla legge del «riconoscimento» e della «garanzia» della proprietà privata (P. RE-

implica che la garanzia costituzionale della proprietà non è necessitata, ben potendo essere soppressa, per la via della revisione, nel quadro di una mutata visione dei rapporti economici. Un simile esito – la soppressione della garanzia costituzionale e dunque la legittimità della soppressione per via legislativa della proprietà – è storicamente inattuale; ma non è inattuale un mutamento di paradigma della proprietà rispetto alle forme note della tradizione civilistica.

A rafforzare questo approccio ricostruttivo, valga anche il riferimento al contesto storico in cui trovano genesi e prima attuazione le norme costituzionali sulla proprietà.

In uno scenario segnato dalla funzionalizzazione «sociale» della proprietà, v'è, in ragione della previsione generale dell'art. 42 Cost. – già nella fase della sua prima applicazione, riferita all'uso agricolo della terra, alla quale i costituenti avevano potuto specialmente guardare nell'Italia del tempo, la cui economia era incentrata sul fattore primario – un orientamento a superare, quanto ai suoli destinati all'uso agricolo, la configurazione di un diritto di godimento *pro se* più intenso e più specifico negli strumenti e negli obiettivi proposti nel raffronto con la disciplina della proprietà riferita ad altri beni. L'art. 44 Cost. – la cui occasione storica e il cui obiettivo nelle intenzioni dei costituenti fu la necessità di intervenire su una delle cause di maggiore conflitto sociale in quel tempo, quello della proprietà terriera – si rivolge a dare prevalenza, guardando al fine del «razionale sfruttamento del suolo», alla posizione di chi lavora il fondo, di chi esercita l'impresa, piuttosto di chi ne è il proprietario: solo questa linea interpretativa dà senso allo scopo di realizzare «equi rapporti sociali», in tal modo realizzando la «funzione sociale» della proprietà affermata in termini più generali dall'art. 42, c. 2, Cost. Realizzare «equi rapporti sociali» laddove essi sono iniqui, attraverso «obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata» (tra i quali è ricompreso l'esproprio), attraverso interventi regolativi (fissando limiti all'estensione della proprietà agraria), attraverso incentivi, promozione o anche attraverso interventi diretti della mano pubblica (bonifica), attraverso la «trasformazione» del latifondo.

«Equi rapporti sociali» potrebbero derivare – in uno stato di tensione tra proprietà e lavoro con riferimento ai suoli agricoli – solo dalla

SCIGNO, *Per uno studio della proprietà*, in *Riv. civ.*, 1972, I, 35). Ma, proprio sul piano testuale, occorre rilevare che, per tutti i diritti inviolabili, la Costituzione configura «riconoscimento» e «garanzia» come compiti «della Repubblica», non della legge.

prevalenza data al lavoro inteso al «razionale sfruttamento del suolo», cioè all'impresa sulla proprietà inerte o comunque incapace di tale «sfruttamento razionale».

Se il rapporto proprietà-lavoro è iniquo, la legge deve condurlo a equità, secondo il dettato dell'art. 3 Cost. In ciò gli «intenti egualitari e solidaristici» cui la norma è ispirata²².

Si potrebbe obiettare – e si è in effetti obiettato – che questa «funzionalizzazione» della proprietà, che potenzia il «legame sociale», facendolo prevalere sul rapporto tra soggetto e bene, è bensì affermato dalla Costituzione, ma può poi non trovare riscontro nella messa in opera, non solo legislativa, ma soprattutto nell'azione della Corte costituzionale.

E infatti gli orientamenti della Corte costituzionale in tema di proprietà sono stati sottoposti a critica penetrante e sistematica, con riferimento ai suoi stessi capisaldi.

Secondo tale critica, la Corte ha ampliato oltre misura la garanzia per i privati proprietari, portandola addirittura oltre i livelli pre-costituzionali. E ciò perché, piuttosto che far valere la piena capacità conformativa delle norme costituzionali, ha attribuito «rilevanza esplicita ad elementi di fatto»²³, cioè ha attribuito «rilievo ai diversi statuti delle diverse categorie di beni» e ha ritrovato «il nucleo costituzionalmente protetto di ciascuna situazione nella possibilità di utilizzazione economica conforme alla *natura del bene*»²⁴. Per tale via, a partire dalla sentenza «di riferimento» 9-29 maggio 1968, n. 55, la garanzia dell'indennizzo è stata estesa alle cosiddette «espropriazioni di valore», cioè non ablativo; poi sono state individuate le facoltà che «formano la sostanza» del diritto di pro-

²² A.M. SANDULLI, *Per una nuova proprietà fondiaria nel mezzogiorno*, in *Scritti giuridici*, II. *Diritto costituzionale*, Napoli 1990, 407; considerazioni analoghe dello stesso autore in *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, ora in *Scritti giuridici*, cit., 355 s.: «... il legislatore può (e deve) operare nel campo della proprietà – e quindi in tanto può (e deve) innovare in ordine alla preesistente normativa –, in quanto si tratti di perseguire le anzidette finalità, entrambe “funzionali” (ed entrambe caratterizzanti per la proprietà) nel quadro di un sistema costituzionale costruito come solidaristico (art. 2 Cost.) ed effettivamente (non solo formalmente) egualitario (art. 3, 2° comma). Poiché la Costituzione si propone come fine essenziale il progresso materiale e quello spirituale della società nel suo insieme..., tanto che esige che i singoli operino – persino nell'ambito della propria attività individuale – in funzione di tale risultato (art. 4), appare poi evidente che delle due anzidette finalità, che il legislatore deve avere di mira nel determinare il regime giuridico della proprietà, quella relativa alla “funzione sociale” deve essere considerata prioritaria».

²³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 341.

²⁴ Ivi, 339.

prietà, escludendo che su di esse possano «incidere eccessivamente» misure legislative intese alla «funzione sociale» (art. 42 Cost.) e a equi rapporti sociali (art. 44 Cost.). Fino a ritenere che la proprietà abbia un «contenuto essenziale» costituzionalmente garantito; cioè sia, per questa parte, un «diritto inviolabile».

Per quanto riguarda i suoli agricoli, si è rilevato come la Corte abbia ritenuto di stabilire, quanto alla finalità di realizzare «equi rapporti sociali», un bilanciamento tra la tutela della parte contrattualmente più debole (quella che opera direttamente sul fondo, assicurandone il «razionale sfruttamento») e quella della parte più forte (il proprietario), precludendo la prevalenza della prima: qui l'equità non è quella del contesto costituzionale, raccordata all'art. 3 Cost., ma quella dell'art. 1371 Codice civile.

Siffatta tecnica di bilanciamento ha anche guidato la giurisprudenza in tema di determinazione dei canoni di affitto dei fondi rustici: la Corte ha dichiarato illegittime le norme legislative incapaci di assicurare sia la «giusta remunerazione del lavoro», sia la «remunerazione non irrisoria del capitale fondiario e degli investimenti del proprietario» (sentt. 19-22 dicembre 1977, n. 153 e 1°-5 luglio 2002, n. 318); e, di fatto, sanzionando l'inerzia del legislatore nel pervenire a tale temperamento, si è orientata all'ablazione delle norme sull'equo canone.

Nel complesso, con riferimento alla richiamata giurisprudenza costituzionale, è stata sostanzialmente riproposta la categoria della «Costituzione tradita»: specificamente tradita quanto al regime della proprietà della terra. Tanto più che, invece, nella legislazione si è venuta affermando una linea di trasformazione del diritto di proprietà, intesa a relativizzare le attribuzioni proprietarie; in particolare ove le modalità di utilizzazione della terra diventano criterio della possibilità di far permanere la titolarità del diritto nel proprietario originario. Il che è vero fin dalle leggi «Sila» e «Stralcio» del 1950; e si ritrova anche nella tendenza alla forte tipizzazione legislativa dei contratti.

Tuttavia, una così netta contrapposizione tra l'adesione legislativa al modello costituzionale e il contraddittorio «arbitrio manipolativo» della Corte sembra un'opzione ricostruttiva estrema.

In realtà, la Corte, a parte le incongruenze e le incrinature nella politessa delle linee argomentative, spesso derivanti dalla pressione dei singoli casi, non è mai pervenuta a qualificare la proprietà come un diritto fondamentale inviolabile, né a deprimerne la «funzione sociale».

Nell'esperienza, questioni più complesse sono emerse su altro versante, quello dell'articolazione interna del concetto di proprietà: quando

si guarda alle coppie concettuali oppositive proprietà/non proprietà, proprietà/diritti fondamentali, può ben sostenersi che la proprietà – per proprio statuto costituzionale – deve risultare cedente in una gerarchia che vede sovraordinati i diritti fondamentali. Quando cioè si assume come termine di raffronto la proprietà – che è un diritto costituzionalmente protetto, e non un diritto inviolabile – non è data alcuna possibilità di bilanciamento: il diritto inviolabile prevale sempre nel suo nucleo intangibile. Ma quando si tratta di mettere a raffronto i diversi statuti che la proprietà assume – lungo le linee di tensione grande/piccola, produttiva/improduttiva, individuale/collettiva, statica/dinamica – i giudizi di bilanciamento sono possibili e necessari. E il giudice costituzionale è chiamato a compierli sul fondamento di clausole – «funzione sociale», «razionale sfruttamento del suolo», «equi rapporti sociali» – tanto elastiche da consentirgli di comporre in diverse variabili architetture le possibilità interpretative che le disposizioni normative gli offrono.

Il che è legittimamente avvenuto, nel senso di una equilibrata considerazione degli interessi in campo, certo sottoponibile a critica anche serrata, ma non disconoscibile.

Mentre, se si guarda all'altro versante problematico – quello del rapporto tra diritto di proprietà e diritti fondamentali – la Corte costituzionale non ha voluto deflettere da un assunto: nel contesto del costituzionalismo, la proprietà non è un diritto che appartiene al nucleo duro della rigidità.

Su altro, diverso piano si pone la questione della posizione fatta nel sistema al giudice costituzionale, quando esso opera con elevata creatività: sembra aprirsi l'orizzonte di una mutazione, in forza della quale la Corte, vero arbitro del conflitto politico, eccede i confini della giurisdizione facendosi titolare di un potere di indirizzo. E, certo, in questo quadro, si è assistito a un'opera di bilanciamento tra «proprietà dinamica», diritti fondamentali e tutela di beni che si dicono «comuni» (il caso dell'ILVA di Taranto è assai istruttivo).

Ma qui non è chiamata in causa (solo) la «questione proprietaria». È invece in campo una questione democratica, che tocca il tema sistemico della legittimazione, cioè mette in discussione la forma di Stato. Questione che va affrontata per ciò che è: aggredendo sul piano ordinamentale il nodo dei rapporti tra giurisdizione e legislazione. La debolezza del legislatore, non il suo tralignare dal quadro costituzionale (pure rilevabile, ma per omissione e fraintendimento più che per sistematica commissione), conduce all'eccesso di ruolo del giudice costituzionale.

Quanto invece alla proprietà, la funzionalizzazione ha egregiamente operato per dare a essa uno statuto che garantisca i diritti fondamentali con i quali entri in contatto.

Anzi, spostare il fuoco dal piano della funzionalizzazione al piano della ridefinizione del rapporto tra titolare e bene rischia di oscurare il vero punto di erosione del tessuto delle garanzie costituzionali che oggi emerge; punto di erosione che tocca invero proprio la funzionalizzazione, mettendola radicalmente in discussione, poiché la qualificazione della proprietà come diritto fondamentale, «diritto umano inviolabile», si afferma nelle vicende del «costituzionalismo multilivello»: l'art. 1 del Protocollo n. 1, allegato alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo – «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 di diritto internazionale» – è stato interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel senso che la proprietà è un «diritto fondamentale dell'individuo» (*ex multis*, con particolare univocità di accenti, Grande Camera del 29 marzo 2006).

La Corte costituzionale ha opposto a quest'erosione una linea di parziale non permeabilità al diritto della Convenzione, «come interpretata» dalla Corte EDU, attraverso l'applicazione del modulo logico della «norma interposta» (sentt. 22-24 ottobre 2007, n. 348 e 349; sent. 7 giugno-10 giugno 2011, n. 181: tutte in materia di esproprio, ma il ricorso a tale tecnica di costruzione del parametro è più generale): senza quest'argine la concezione del diritto di proprietà come diritto inviolabile, di derivazione CEDU, avrebbe libero corso in Italia, e prevarrebbe sulla concezione della «proprietà funzionalizzata», accolta invece dalla Costituzione interna, come è possibile inferire con certezza dalla perdurante propensione di molti giudici comuni a fare applicazione diretta – in contrapposizione agli orientamenti della Corte costituzionale – del diritto CEDU, disapplicando le leggi ritenute in contrasto con questo, per assecondare l'aspirazione ad accentuare i tratti di «diffusione» del sistema italiano di giurisdizione costituzionale²⁵.

In questo quadro, la richiamata sentenza n. 181 del 2011 – che si riferisce specificamente all'esproprio per pubblica utilità dei suoli agricoli – conferma il modulo logico della norma interposta. In specie, ritiene

²⁵ Contro tale orientamento, peraltro, ancora di recente, Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, ord. n. 2 del 4 marzo 2015.

costituzionalmente illegittima una modalità di calcolo che non assuma a riferimento il valore di mercato dei suoli (riferendosi invece al valore agricolo medio della coltura in atto o di quella più redditizia della regione agraria di appartenenza dell'area da espropriare); ma lo fa astraendo l'argomentazione dal riferimento diretto alla qualificazione della proprietà come diritto fondamentale, e accogliendo piuttosto la posizione della Corte EDU nel riferimento al criterio della ragionevolezza nei casi di «espropriazione isolata».

Ma se la «funzionalizzazione» della proprietà si mostra un argine che continua a resistere all'assolutizzazione del rapporto tra soggetto e bene, allora vi sono fondate ragioni per sottoporre a verifica critica l'«utilità» – nel senso della teoria dei concetti e della loro denominazione – dei beni comuni come categoria giuridica codificata sulla quale conformare un nuovo paradigma giuridico della proprietà.

Altra, distinta questione è se e come tenere conto delle connotazioni specifiche di alcuni beni, «vecchi» (ma di cui nuove sono le possibilità d'uso o la scarsità o la consapevolezza della non riproducibilità: prima tra tutti l'acqua) o «nuovi» (si pensi a beni immateriali prodotti della conoscenza: sequenze generiche, software, immagini, musica diffondibile nella rete), per definirne uno speciale regime giuridico nell'ambito delle categorie note della proprietà e della sua funzionalizzazione. Su questo versante v'è molta strada da fare, poiché si sta rivelando molto arduo, non solo dettare regole capaci di tenere conto dei mutamenti nell'universo dei beni, ma anche sottoporre preliminarmente ad analisi tale universo al riparo da ideologismi, e tenendo conto delle risultanze delle scienze più avanti nella ricognizione di essi, a partire dalla scienza economica.

Tutto ciò con riferimento all'elaborazione di maggior pregio in materia di beni comuni, la quale è sostenuta da una riflessione densa e molto articolata nel tempo sulla proprietà privata, preziosa nel percepire le trasformazioni in atto nello scenario giuridico della proprietà e nel sollevare problemi che altrimenti sarebbero rimasti invisibili.

4. *Contesto culturale e ideologia dei beni comuni*

E qui sarebbe desiderabile fermarsi, traendo dal dibattito elementi per riconsiderare e affinare le categorie.

Senonché non ci si può fermare qui, poiché, al cospetto del magmatico ribollire di assunti e di programmi politici acceso dall'emergere del

concetto di «beni comuni», si è indotti a considerare anche il profilo di «dannosità» della nozione, a valutare le conseguenze abnormi derivanti da certe costruzioni del concetto e del suo *designatum*.

Viene anzitutto in considerazione una letteratura sui beni comuni il cui bersaglio polemico è soprattutto il «pubblico» (mentre la costruzione teorica della quale si è fatta innanzi menzione assume come punto critico soprattutto il «privato»), come fattore di esclusione dai beni comuni, sul presupposto che essi siano strappati alle comunità di riferimento o preclusi alla gestione autonoma da parte di esse, per azione di soggetti pubblici, dello Stato in primo luogo.

Il riferimento teorico è nell'elaborazione di Elinor Ostrom; il riferimento storico, ma soprattutto ideologico, è al fenomeno delle *enclosures* (la recinzione e «privatizzazione» dei campi aperti – *open fields* – in Inghilterra, fenomeno protrattosi tra il 1400 e il 1800), del quale tratta Karl Polanyi nella sua *Grande trasformazione*²⁶, identificandolo come uno dei fattori che hanno prodotto l'ideologia del mercato come forma «naturale» e dunque insopprimibile delle relazioni economiche.

Ecco dunque l'orizzonte valoriale e l'opzione programmatica: i «beni comuni» dovrebbero (dovranno: preme anche un imperativo morale) essere restituiti alle collettività alle quali sono stati sottratti o originariamente preclusi²⁷; e l'intero sistema economico dovrebbe (dovrà) disporsi secondo tale modello partecipativo, in alternativa alla democrazia della rappresentanza e alle sue istituzioni.

Di quest'approccio vanno messi in evidenza anzitutto alcuni punti di debolezza teorica.

Quanto al fondamento maggiore – la costruzione di Elinor Ostrom²⁸ – è bene rilevare che essa muove dalla critica alla tesi della «tragedia dei beni comuni» di Garrett Hardin²⁹: i beni comuni – secondo Hardin – es-

²⁶ K. POLANYI, *The Great Transformation*, New York 1944 e Boston 2001, trad. it. *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, Torino 1974, 46 ss.

²⁷ Si è peraltro rilevato che la categoria «beni comuni» perderebbe ragion d'essere se si ponesse rimedio al fraintendimento del concetto di «proprietà pubblica» e della nozione di «demanio», tornando – sulle orme di Massimo Severo Giannini, nel suo saggio sui *Beni pubblici*, Roma 1963 – al loro «significato originario», che li riferisce a «beni appartenenti alla comunità dei cittadini e aperti alla libera fruizione collettiva»: cfr. C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 24 settembre 2013, 7.

²⁸ E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit.

²⁹ G. HARDIN, *The Tragedy of Commons*, in *Science*, 1968, 162.

sendo esposti a comportamenti *free-riding*, sono destinati alla sovrautilizzazione e infine all'estinzione (estinzione dei beni e, insieme a essi, della comunità dei fruitori); il correttivo necessario è la limitazione del numero degli appropriatori attraverso la proprietà privata.

La tesi di Ostrom è che la tragedia non è necessitata, che è possibile – e che è dato constatare – un uso organizzato dei beni collettivi che non conduce a esiti distruttivi.

Una premessa necessaria: la posizione di Ostrom non è ideologica (o è debolmente ideologica), poiché l'approccio che propone al tema dei beni collettivi è precipuamente empirico, muove da «studi di caso». Ostrom non propone una palingenesi istituzionale il cui propulsore siano i beni comuni³⁰. Pone problemi e prospetta soluzioni, che gli epigoni italiani delle sue tesi evitano di menzionare.

Nella costruzione di Ostrom è centrale il tema delle strutture organizzative necessarie a sviluppare strategie cooperative alternative all'appropriazione del *free rider*. Per Ostrom si deve trattare di istituzioni flessibili, per consentirne l'adattabilità in ragione della circolazione delle informazioni tra gli appropriatori circa i comportamenti di ciascuno di essi e circa lo stato della risorsa comune. Queste istituzioni non debbono essere eterodirette da parte statale, perché ciò sarebbe diseconomico: i costi di acquisizione delle informazioni per definire regole, di controllo sull'osservanza di esse e di applicazione di sanzioni nei casi di violazione sono inferiori se non affidati ad autorità esterne alla collettività dei fruitori.

³⁰ E infatti, quando essa non è fraintesa e ne viene invece inquadrato il contenuto effettivo, della costruzione di Ostrom si tende a sminuire il rilievo e a screditare il fondamento, da parte di chi propone un approccio interamente ideologico al concetto di beni comuni, vagheggiando il ritorno ad un assetto premoderno del «modo di possedere». Cfr. U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2011, XI ss.: nell'«area di studi» in cui si colloca l'elaborazione di Ostrom è riproposta «la distinzione ontologica e insuperabile», propria della scienza economica, «fra mondo dell'essere (ambito dei fatti) e mondo del dover essere (ambito dei valori)», distinzione del tutto inadatta «allo studio dei beni comuni», emarginando in tal modo «la dimensione politica di ogni problema, provocandone la riduzione a una dimensione tecnologica (o tecnocratica) e accademica inevitabilmente riduttiva». E ancora: la «critica neostituzionalista [di Ostrom], cercando di curare l'economia dall'interno del suo stesso paradigma, non ha tratto alcuna conseguenza politica» dal fatto che il modello di *homo oeconomicus* «avido e bulimico descrive invece assai accuratamente i comportamenti delle due più importanti istituzioni che popolano il nostro mondo», la «moderna società per azioni (*corporation*)» e il moderno Stato sovrano. Per una critica a tale approccio, da un punto di vista avverso alla «mistica dei beni comuni», E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari 2013.

Non lo Stato, dunque; ma non sembra che la tesi di Ostrom escluda che tali istituzioni possano essere soggetti pubblici locali, a condizione che siano messi in opera potenti strumenti di partecipazione e di controllo (un affinamento concettuale su tale dotazione istituzionale aiuterebbe a superare una certa ristrettezza dell'approccio di Ostrom, laddove in esso non è considerata la posizione dei non fruitori diretti dei beni, estranei alla collettività degli appropriatori, ma sui quali potrebbero prodursi effetti dei comportamenti dei fruitori diretti: non vi deve forse essere una sede istituzionale in cui queste posizioni possano essere fatte valere?). C'è poi un'altra grande questione aperta: la regolazione dei rapporti e la garanzia dei diritti fondamentali *all'interno* delle istituzioni (adattabili, flessibili, e tuttavia stabili al punto da dare certezza alla garanzia delle posizioni soggettive).

Quanto alla definizione delle posizioni soggettive nel rapporto con i beni collettivi, Ostrom rigetta l'alternativa privatizzazione/socializzazione, ma nulla dice circa la qualificazione giuridica del rapporto tra beni collettivi e appropriatori. Ora, se si considera che in molti casi storicamente noti di fruizione collettiva di *common* v'era una delimitazione della *collettività dei proprietari*, con l'esclusione degli estranei e con regole severe di ammissione dei nuovi entrati, si comprende bene come la proprietà riemerge anche in forma di proprietà privata. E anche il mito dell'età dell'oro pre-*enclosures* va dissipato: gli *open fields* erano suddivisi in appezzamenti contigui e paralleli di forma oblunga. Ciascuno di questi era di *proprietà privata*, ma i proprietari si assoggettavano al sistema di rotazione delle colture adottato dall'intero villaggio e a un sistema di servitù d'uso messo in opera tra il raccolto e la semina³¹.

5. *Distorsioni ricostruttive*

Occorre chiedersi che cosa rimanga di questo complesso quadro analitico – e dei problemi che esso suscita – nella restituzione che ne compiono i profetizzatori odierni dei beni comuni.

La risposta è: viene prospettata una distopia postmoderna in cui la nozione di beni comuni è a un tempo normativa e indistinta. Alla categoria viene ascritta una serie indeterminata di beni, materiali e immate-

³¹ Cfr. C. A. RISTUCCIA, *Introduzione* a E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, cit., XIV ss.

riali, liberamente composti in catalogo da una specifica dottrina, che pretende una giurisprudenza con essa congruente, a prescindere dal dato positivo, sistematico e, in ultima istanza, ordinamentale. Questo catalogo è formato per preferenze, per sincronie ideologiche, ed è aperto e potenzialmente infinito, potendo comprendere, non solo beni esistenti e finora diversamente qualificati, ascrivendoli in un diverso universo assiologico, ma anche nuovi beni, resi disponibili dall'evoluzione tecnologica.

Le implicazioni nel sistema di garanzia dei diritti potrebbero essere enormi.

Si considerino le conseguenze in campo penale: attribuita apoditticamente la qualificazione di «comune» al bene leso dal comportamento criminoso, l'identificazione del titolo di reato da attribuire al caso potrebbe avvenire liberamente, senza considerazione alcuna dei principî di tassatività e di tipicità³², la cui affermazione è un dato di civiltà giuridica indissolubile dal costituzionalismo³³.

Distorsioni vistose si possono generare (si sono generate) nell'impiego degli strumenti di partecipazione democratica: il referendum abrogativo del 2011, che aveva a oggetto la legislazione in materia di modelli di gestione del servizio idrico, è stato contrassegnato da una campagna

³² Una tale proposta ricostruttiva è stata effettivamente concepita (P. MADDALENA, *Devastazione e saccheggio dei beni comuni, culturali, ambientali: applicabilità dell'art. 419 C.P.*, in *federalismi.it*, n. 22, 2012): sul presupposto che la biblioteca dei Gerolamini di Napoli – fatta oggetto di furti ripetuti che ne hanno prodotto lo spoglio pressoché totale – sia un «bene comune», si è proposto di ascrivere ai responsabili il reato di devastazione e saccheggio – piuttosto che i reati di furto e danneggiamento, oltre che di peculato – sollecitando un mutamento della giurisprudenza. Questa, sulla base del tenore della disposizione, ritiene applicabile l'art. 419 c.p., non in ragione della categoria cui si propone di ascrivere il bene – «comune» o di altro tipo – ma dall'elemento oggettivo della rovina, della distruzione o anche solo del danneggiamento di cose mobili o immobili, tali da determinare, non solo un pregiudizio del patrimonio di uno o più soggetti, quindi il danno sociale derivante dalla lesione della proprietà privata, ma altresì offesa o pericolo concreti dell'ordine pubblico inteso specificamente come buon assetto o regolare andamento del vivere civile, cui corrispondono, nella collettività, l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza (cfr., *ex multis*, Corte di Cassazione, Sez. VI penale, 9 settembre 2014, n. 37367). La giurisprudenza si orienta, per tale via, ad assicurare la corrispondenza della identificazione delle figure di reato ai principî di offensività e di tassatività, costituzionalmente fondati; mentre da tali principî si compirebbe un vistoso scostamento, se l'applicabilità della fattispecie venisse fatta dipendere dalla «libera» ascrivibilità del bene oggetto di lesione all'indistinta categoria dei «beni comuni», con l'impropria dilatazione del campo della previsione incriminatrice.

³³ Su tali principî, la cui affermazione connota il «modello garantista» di diritto penale, e sugli scostamenti da questo dei sistemi penali costituiti in concreto, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, IX ed., Roma-Bari 2008, spec. 460 ss.

intesa a far ritenere (e che ha fatto ritenere) si trattasse di scegliere tra proprietà privata e proprietà pubblica dell'«acqua bene comune», essendo invece ben noto come, nell'ordinamento italiano, la proprietà dell'acqua sia pubblica³⁴.

Più in generale, il carattere indistinto della categoria dei beni comuni, estesa a ogni valore costituzionale di cui si desidera la preminenza sugli altri, in modo da poterlo rendere «tiranno», e il catalogo aperto delle specificazioni di ciascuno di essi definito liberamente sulla base di preferenze ideologiche conducono alla perdita di capacità conformativa sia delle norme costituzionali sia delle norme civilistiche (e persino delle norme penali, come si è visto), a vantaggio della definizione giurisprudenziale delle fattispecie senza particolari vincoli, se non quello delle retoriche più convincenti e meglio occultate sotto le spoglie dell'argomentazione giudiziale (questo si chiede alla giurisdizione, per vero senza averlo ancora ottenuto).

E, in attesa che si compia la palingenesi – affidandone le possibilità, sul piano politico, al movimentismo anti-istituzionale, cui si fornisce un lessico «giuridico», o, più esattamente, assonante con il «giuridico» – vengono del tutto oscurate le vere questioni in campo: la regolazione efficace e il controllo sulla gestione di quelli che si definiscono «beni comuni», siano essi di proprietà pubblica o privata; la necessità, nel contesto costituzionale, che il sistema rimanga attestato sul principio di funzionalizzazione della proprietà³⁵, e che questo trovi specifiche forme di

³⁴ Sulle effettive conseguenze nel sistema normativo della pronuncia referendaria presa in sé, cioè senza considerare successivi interventi legislativi di rimodulazione o adeguamento, S. VACCARI, *Il metodo tariffario del servizio idrico integrato alla luce del primo contenzioso*, in *Munus*, n. 2, 2014, 289 ss.

³⁵ In tale prospettiva sembra collocarsi anche la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, n. 3665 del 14 febbraio 2011, che pure ha dato luogo a qualche eccesso interpretativo. In essa, invero, si afferma che alcuni beni, per le loro caratteristiche qualificabili come «comuni», *quale che sia la loro spettanza proprietaria*, sono «strumentalmente collegati alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini». La qualificazione di «comune», dunque, conduce a un peculiare regime giuridico della gestione del bene, non a un mutamento di qualificazione quanto alla proprietà. Nella specie, il bene considerato – una delle valli da pesca della laguna di Venezia – viene tipicamente qualificato come demaniale secondo la normativa codicistica, ma se ne prospetta la finalizzazione agli interessi delle collettività locali. Le Sezioni Unite collocano tale assunto in una lettura delle norme codicistiche integrata «con le varie fonti dell'ordinamento e specificamente con le (successive) norme costituzionali»: un approccio che conduce a ritenere che il bene sia 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», tanto è vero che – questo il verso della medaglia – si può giungere a «ipotizzare casi di gestione patrimo-

attuazione con riferimento alla incidenza della gestione dei beni su diritti fondamentali e a «nuovi beni», specie di tipo immateriale.

Ecco perché il lemma «beni comuni», che avrebbe potuto designare efficacemente un nuovo orizzonte problematico, può diventare disutile, per eccesso di connotazione ideologica (pare significativo che all'edizione italiana del libro di Elinor Ostrom, sia stato dato il titolo *Governare i beni collettivi*, così traducendo *Governing the Commons*, evitando opportunamente il sovraccarico di significati invalsi, di tipo extra-scientifico). Ed ecco perché quando si parla di «beni comuni» occorrerebbe definirne preliminarmente e accuratamente il *designatum*; o preferire altra formula (con le opportune precisazioni): «beni fondamentali» o, per perifrasi, «beni che implicano diritti fondamentali».

niale dei beni pubblici (come la loro alienazione e cartolarizzazione)». Nel caso delle valli da pesca della laguna di Venezia, si tratta di «aree naturali protette sottoposte a particolari vincoli, la cui costituzione, però, *non modifica l'appartenenza proprietaria* delle aree medesime». Si tratta semmai di una di quelle ipotesi in cui «la proprietà “pubblica” del bene e la destinazione dello stesso ad usi e finalità pubbliche (della collettività) diventano aspetti inscindibili»: le valli da pesca della laguna di Venezia – *che restano demaniali* – presentano tuttavia «una funzionalità e una finalità pubblica-collettivistica». Non sembra che da questa pronuncia si possano ricavare argomenti per la definizione di un *tertium genus* di proprietà o a favore della preclusione di ogni ipotesi di «privatizzazione» di beni pubblici. Per una descrizione dei contenuti della decisione in discorso, cfr. S. LIETO, «Beni comuni», *diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del Diritto*, n. 2, 2011.

Luigi D'Andrea

I BENI COMUNI
TRA PUBBLICO E PRIVATO

SOMMARIO: 1. I beni comuni come categoria di rilevanza costituzionale. – 2. Beni comuni e costituzionalismo moderno: la dialettica tra sfera pubblica e sfera privata. – 3. I beni comuni in rapporto: a) al procedimento; b) alla proprietà pubblica e privata; c) alla tutela giurisdizionale. Conclusioni.

1. *I beni comuni come categoria di rilevanza costituzionale*

Nessuna sorpresa può destare lo sviluppo di un nutrito dibattito scientifico (e, in generale pubblico) intorno ai beni comuni¹, che si pre-

¹ Sulla categoria dei beni comuni, in una letteratura ormai assai ampia, si segnala qui soltanto, oltre agli studi antesignani (ed anche costanti punti di riferimento del successivo dibattito) di G. HARDING, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, n. 162/1968, 1243 ss. e di E. OSTROM, *Governare i beni collettivi* (1990), Vicenza 2006; M. HARDT, A. NEGRI, *Comune. Oltre il pubblico e il privato*, Milano 2010; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2012 nonché, dello stesso A., *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015; S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, spec. 105 ss.; AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, a cura di M.R. Marella, Verona 2012; A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma 2012; L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni. Crisi e primato della sfera pubblica*, Roma 2012; E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari 2013; A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 3/2013; M. BARBERIS, *Tre narrazioni sui benicomuni*, in *Ragion pratica*, n. 41/2013, 381 ss.; A. DI PORTO, *Res in usu pubblico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, Torino 2013; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, Roma-Bari 2013 (e, dello stesso A., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 3/2014); F. MARINELLI, voce *Beni comuni*, in *Enc. dir. ann.*, VII, Milano 2014, 80 ss.; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Pol. dir.*, 2014, 6 ss.; L. RAMPÀ, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Pol. dir.*, 2014, 253 ss.; C. AMATO, *I beni comuni. Una questione di paradigma r(ed)azionale*, Roma 2014; A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli 2015, spec. 239 ss.; AA.VV., *Beni comuni e cooperazione*, a cura di L. Sacconi, S. Ot-

sentano come una categoria di rilevante (nonché crescente) attualità sul terreno politico-istituzionale ed economico-sociale². Essi infatti si collocano idealmente in un punto di incrocio strategico di problematiche ben presenti nell'agenda di tutte le autorità pubbliche, locali, nazionali e internazionali (nonché sovranazionali): la complessa questione ambientale³, cui risultano strettamente connesse ardue problematiche quali il fenomeno del riscaldamento climatico, la sfida di uno sviluppo ecosostenibile e l'esigenza di un equilibrato e lungimirante governo del territorio⁴, la tutela del paesaggio, la salvaguardia e la valorizzazione del patrimonio culturale, i processi di globalizzazione privi di adeguata regolazione, le estese privatizzazioni promosse dal lungo ciclo neoliberista⁵, la devastante (e globale) crisi economico-finanziaria manifestatasi nel 2007 (e che non sembra ancora sicuramente superata).

Non altrettanto comprensibile appare invece la (relativa) assenza della voce (meglio: delle voci) della dottrina costituzionalistica⁶: e ciò non solo e non tanto perché una problematica di tale portata non può non presentare molteplici (e significativi) punti di intersezione con prin-

tone, Bologna 2015; A. SAITTA, *I beni comuni nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea, G. Moschella, A. Ruggeri, A. Saitta, Torino 2015, 213 ss., nonché, volendo, L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in *Riv. AIC*, n. 3/2015 e ID., *I beni comuni nella giurisprudenza sovranazionale*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 227 ss.

² Ne ha segnalato l'"irresistibile ascesa" S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *www.federalismi.it*. Un'eloquente testimonianza della scottante attualità dei beni comuni è stata offerta dal netto successo (a ben vedere, dallo stesso raggiungimento del *quorum* strutturale, fallito da numerosi precedenti quesiti referendari ...) del *referendum* intitolato appunto all'"acqua bene comune" promosso dal *Forum italiano dei movimenti per l'acqua* e celebrato il 12-13 giugno 2011; anche in relazione a tale vicenda istituzionale, un autorevole studioso (S. RODOTÀ, in *Il valore dei beni comuni*, in *la Repubblica*, 5 gennaio 2012) ha qualificato il 2011 come "l'anno (anche) dei beni comuni".

³ Sulla quale, di recente e per tutti, v. AA.VV., *La tutela dell'ambiente. Un approccio multidisciplinare*, a cura di F. Pastore, Roma 2015.

⁴ Al riguardo, da ultimo, P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse collettivo*, Roma 2014.

⁵ Rileva il nesso tra le lotte per i beni comuni e l'insoddisfazione e l'insofferenza "per quelle politiche pubbliche [neoliberiste] che hanno generato l'attuale crisi di fiducia nelle istituzioni e nella rappresentanza politica" M.R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, in AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 9; al riguardo, v. anche L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni*, cit., 3 ss.

⁶ Assenza cui si spera contribuisca a porre rimedio (almeno in qualche misura) il presente Convegno ...

cipi, regole, istituti di sicuro rango costituzionale, quanto avuto riguardo all'innegabile "cifra" appunto costituzionale che – per così dire – intrinsecamente connota tale categoria. In proposito, è sufficiente considerare come essa, pur marcata da incomprimibile ed incontenibile eterogeneità⁷, trovi, in seno alle ricostruzioni giuridiche più accreditate, il suo

⁷ Praticamente è unanime la dottrina nel riconoscere l'impossibilità di definire uno statuto giuridico unitario della categoria in esame: v., ad esempio, M.R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, cit., 17 e 18, ad avviso della quale si deve rilevare l'"estrema eterogeneità delle situazioni in cui il sintagma è attualmente usato", sicché risulta "impossibile ricondurre alle diverse categorie uno statuto giuridico generale del comune"; L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, cit., 289, i quali denunciano "l'assenza di un nucleo forte di fattori teorici attorno ai quali aggregare un modello esplicativo condiviso ed obiettivo in cui calare lo studio e la disamina dei beni in questione"; L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni. Crisi e primato della sfera pubblica*, cit., 11, che discorre di "intrinseca 'smisuratezza' della questione dei beni comuni, smisuratamente dilatata e dilatante", associata alla "potenziale 'indistinzione' (concettuale ed analitica)" degli stessi beni. Lo stesso Autore del "manifesto" dei beni comuni (U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 53) ha ammesso senza esitazioni "l'estrema ampiezza e flessibilità della nozione, ed anche la difficoltà di racchiuderla nelle tradizionali classificazioni giuridiche (beni, o servizi?) e politiche (destra o sinistra?)", riconoscendo apertamente che i beni qualificati comuni "resistono ad una concettualizzazione teorica scompagnata dalla prassi", in quanto "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 divengono rilevanti in quanto tali".

Può comunque presentare una qualche utilità, soprattutto allo scopo di dare conto dell'ampiezza dei beni e delle grandezze ricomprese entro l'ospitale locuzione in esame, riportare la "mappa concettuale" proposta da V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (*Beni comuni e diritti collettivi*, cit., 6 ss.), secondo la quale si possono individuare quattro ambiti: nel primo ambito si collocano "interessi e valori, a loro volta perseguibili attraverso politiche pubbliche che necessariamente (anche sulla base di vincoli costituzionali) fanno capo agli organi di governo della collettività" (dunque, beni quali la salute, l'istruzione, le politiche sul lavoro, e, più in generale, i diritti sociali); in un secondo ambito si collocano taluni beni immateriali, che sono oggetto di proprietà intellettuale o comunque di tentativi di appropriazione a fine di lucro (alcune tecnologie, come il *software*, immagini di opere d'arte, la conoscenza e l'accesso alla cultura, le formule di farmaci necessari per curare gravi patologie a carattere pandemico, lo stesso genoma umano); al terzo ambito appartengono le "cose in senso giuridico", strumentali rispetto all'esercizio di diritti fondamentali ed al libero sviluppo della persona umana, delle quali deve essere assicurata la fruizione collettiva, a prescindere dalla tradizionale distinzione tra proprietà pubblica e proprietà privata; nel quarto ambito, infine, si rinvencono "la porzione di spazio fisico (la sua morfologia e le sue qualità) in cui le collettività sono insediate e vivono: il territorio (e lo spazio urbano), il paesaggio e l'ambiente": evidentemente, il problema cui l'inserimento di tali beni nella categoria in esame risulta connesso è rappresentato dall'"assetto

baricentro nella funzionalità alla tutela dei diritti fondamentali ed al libero sviluppo della persona umana⁸. Dunque, sono stati qualificati beni comuni quei beni che esibiscono l'attitudine a rispondere ai concreti bisogni delle persone che sul terreno costituzionale assumono la "veste" appunto di diritti fondamentali, e che, come emerge dalla stessa locuzione in esame ("beni *comuni*"), a dispetto del paradigma individualistico, possono essere adeguatamente appagati soltanto all'interno delle reti di relazioni sociali entro le quali si realizza il percorso esistenziale della persona umana ed in forza della condivisa partecipazione ai circuiti di integrazione comunitaria (tanto sociale quanto politica)⁹. Il nesso con

complessivo del contesto urbano", che non riguarda soltanto la "contrapposizione alla logica della proprietà fondiaria", ma anche "l'aspirazione a un equilibrio funzionale del tessuto insediativo".

⁸ L'art.1, comma III, lett. c), della *Proposta di articolato* redatta dalla Commissione istituita con decreto del Ministro della Giustizia il 21 giugno 2007 "per l'elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II del Libro III del Codice civile nonché di altre parti dello stesso libro ad esso collegate per le quali si presentino simili necessità di recupero della funzione ordinamentale del diritto della proprietà e dei beni" e presieduta dal Prof. Stefano Rodotà; identificava i "beni comuni" nelle "cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona", e perciò "devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future"; nello stesso testo se ne proponeva un elenco, peraltro dichiaratamente esemplificativo ("sono beni comuni, tra gli altri ..."), comprendente "i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate". La stessa proposta di schema di legge delega suddivideva i beni residui in beni pubblici ed in beni privati: i primi, ulteriormente articolati in "beni ad appartenenza pubblica necessaria" ("quelli che soddisfano interessi pubblici fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali": lett. d, n. 1), "beni pubblici sociali" ("quelli le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare i bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona": lett. d, n. 2), "beni pubblici fruttiferi" ("quelli che non rientrano nelle categorie indicate dalle norme precedenti": lett. d, n. 3). Si ricorda che la Commissione Rodotà ha concluso i suoi lavori nel febbraio 2008 con la stesura appunto di tale *Proposta di articolato* (reperibile, insieme ad una sintesi della *Relazione di accompagnamento al Disegno di legge delega*, anche in AA.VV., *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 161 ss.), che tuttavia non ha avuto alcun seguito, travolta dall'anticipata fine della legislatura.

⁹ "L'intreccio tra beni comuni e diritti fondamentali produce un concreto arricchimento della sfera dei poteri personali, che a loro volta realizzano precondizioni necessarie per l'effettiva partecipazione al processo democratico. Si potrebbe dire che, per tale via, si costruisce una rinnovata opportunità di ricongiungimento tra l'uomo e il cittadino" (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 121). Non è forse inutile rilevare che l'art. 2 Cost., laddove solennemente (e con formulazione splendidamente icastica) sancisce che

l'istanza di garanzia dei diritti inviolabili consente non soltanto di cogliere la ragione della matrice squisitamente costituzionale della nozione di beni comuni¹⁰, ma anche di spiegarne il carattere eterogeneo ed indeterminato. Infatti, si può pienamente convenire con la tesi secondo la quale è precisamente nel nesso di strumentalità all'effettiva garanzia dei diritti inviolabili che è dato ravvisare la ragione ultima (o, mutata la prospettiva, prima ...) dell'impossibilità di individuare, almeno nell'ambito del sistema normativo, sicuri e stabili confini per la nozione di beni comuni. Infatti, appartiene necessariamente ai diritti inviolabili dell'uomo una – potenzialmente inesauribile – *vis* espansiva, che finisce per attrarre (quantomeno, potenzialmente) all'interno della categoria in esame ogni sorta di bene (o, in generale, di istituto, di fenomeno) giuridicamente rilevante¹¹.

Pertanto, la relazione di strumentalità con i diritti fondamentali, autentico baricentro della complessa ed articolata categoria *de qua*, consente di spiegare l'incontenibile espansione dei beni, degli istituti, dei fenomeni che hanno progressivamente trovato accogliente ospitalità nel seno della categoria in esame ed al tempo stesso di giustificare pienamente la valenza squisitamente costituzionale che le si deve riconoscere. Ma essa merita di essere valorizzata, almeno nella prospettiva che in questa sede si intende delineare¹², soprattutto in quanto permette anche di

la Repubblica riconosce e garantisce il diritti inviolabili dell'uomo non soltanto come singolo, ma anche “nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità”, non si limita certo ad offrire una descrizione, ma delinea un autentico *paradigma personalista* (e perciò *solidarista*), incompatibile con un paradigma connotato in senso individualista.

¹⁰ È appena il caso di ricordare la perentoria affermazione recata dall'art. 16 della francese *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* (1789), ai sensi della quale un ordinamento che non garantisca i diritti inviolabili dell'uomo (e che non sancisca la separazione dei poteri, che dei diritti inviolabili è presidio indefettibile), “non ha una Costituzione”, almeno secondo l'accezione del termine accolta dal costituzionalismo moderno.

¹¹ Osserva A. SAITTA (*I beni comuni nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 216) come “la definizione [dei beni comuni] proposta dalla Commissione Rodotà soffre di un evidente punto di debolezza, tale da inficiarne le prospettive applicative, oltre che la stessa coerenza teorica. [...] Un simile criterio di individuazione [...] se apre prospettive davvero inedite e affascinanti al concetto di proprietà, valorizzandone pienamente la funzione sociale e subordinando la titolarità dei beni al fine di assicurare il godimento diffuso dei diritti fondamentali e la più ampia realizzazione della personalità umana, di contro fa pagare un prezzo altissimo in termini di chiarezza e, soprattutto, di delimitazione concettuale ed empirica. La forza naturalmente espansiva dei diritti fondamentali, infatti, conduce ad una dilatazione altrettanto inarrestabile della categoria in questione”.

¹² Prospettiva che si è già avuto modo di avanzare in L. D'ANDREA, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, cit., 13 ss.

ripensare e rimodellare la fisionomia e la caratterizzazione complessiva dei beni comuni: come si è potuto constatare, essi non possono in alcun modo identificare un insieme di oggetti giuridici, dotato di uno statuto univoco e connotato da un regime unitario; invece, la locuzione “beni comuni” può e deve essere – per così dire – convertita nell’espressione sintetica dell’esigenza, che naturalmente si colloca al cuore del costituzionalismo contemporaneo, di funzionalizzare tutte le “risorse” (beni materiali ed immateriali, funzioni pubbliche, le professionalità e le competenze dei cittadini, il “capitale sociale”¹³ presente nel tessuto comunitario ...) di cui l’ordinamento dispone al godimento effettivo (ed in condizione di ragionevole eguaglianza) dei diritti fondamentali dell’uomo ed al pieno e libero sviluppo della persona umana.

2. *Beni comuni e costituzionalismo moderno: la dialettica tra sfera pubblica e sfera privata*

Così riconfigurata la nozione di beni comuni, essa finisce per ricollegarsi a formidabili nodi problematici che hanno attraversato l’arco plurimillenario del pensiero giuridico e politico e con i quali si è inevitabilmente confrontata sin dall’inizio la parabola della modernità giuridica e politica. Si consideri, ad esempio, la nozione, vero “capo delle tempeste” di ogni teoria politica e (perciò anche) di ogni dottrina della Costituzione, quale il bene comune¹⁴. Come è stato autorevolmente osservato, “il *bene comune*, di cui si erano perdute le tracce nella furia dei particolarismi e nell’estrema individualizzazione degli interessi, s’incarna nella pluralità dei beni comuni”, in quanto “questi beni si sottraggono alla lo-

¹³ Sulla nozione di “capitale sociale”, centrale, ai fini dell’impostazione qui delineata, in ragione dell’attitudine dello stesso a generare e supportare reti relazionali e strutture di cooperazione sociale, v., per tutti, A. BAGNASCO, F. PISELLI, A. PIZZORNO, C. TRIGILIA, *Il capitale sociale. Istruzioni per l’uso*, Bologna 2001 e R. CARTOCCI, *Mappe del tesoro. Atlante del capitale sociale in Italia*, Bologna 2007. Su rapporto tra capitale sociale e rendimento delle istituzioni pubbliche, resta un prezioso punto di riferimento R.K. PUTMAN, *Le tradizioni civiche delle regioni italiane* (1993), Milano 1993.

¹⁴ Sulla nozione di bene comune, oltre al quadro di sintesi che è offerto da V. POSSENTI, voce *Bene comune*, in *Dizionario delle idee politiche*, dir. da E. Berti, G. Campanini, Roma 1993, 32 ss., v., nella letteratura più recente, AA.VV., *Bene comune e interesse pubblico*, Torino 2011 e G. CAMPANINI, *Bene comune. Declino e riscoperta di un concetto*, Bologna 2014; sul rapporto tra bene comune e beni comuni, v., adesso, oltre a U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, cit., 67 ss., F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, relazione al presente Convegno.

gica dell'uso esclusivo e, al contrario, rendono evidente che la loro caratteristica è quella della condivisione, si manifesta con nuova forza il *legame sociale*¹⁵. E del resto, non può non evidenziarsi, in proposito, come nei sistemi politico-costituzionali del nostro tempo il bene comune finisca per risolversi (praticamente senza residui ...) nella massima tutela (alle condizioni storicamente date, ovviamente ...) e nell'effettiva garanzia dei diritti inviolabili dei soggetti che vivono entro la comunità politicamente organizzata, così inestricabilmente intrecciandosi la ricerca del bene comune con la questione della gestione dei beni comuni (almeno per come la si è qui riconformata)¹⁶. Per altro verso, l'istanza di funzionalizzazione di tutte le risorse di cui l'ordinamento è in grado di disporre alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo ed alla promozione del libero sviluppo della persona umana potrebbe essere considerata come la – si direbbe – traduzione laica del principio di destinazione universale dei beni della terra, che nella dottrina sociale della Chiesa presiede alla complessiva gestione delle risorse (e che alla categoria di bene comune si presenta intimamente connesso)¹⁷. Ed è fin troppo evidente che il principio di destinazione universale dei beni della terra si presenta in proble-

¹⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 117.

¹⁶ È stato considerato che “Il bene comune è relativo ai diritti fondamentali della persona. Sul punto sembra interessante verificare il rapporto tra i diritti fondamentali del Diritto pubblico, anche quelli cc.dd. nuovi, e la categoria del bene comune. Riteniamo che tra il bene comune e i diritti fondamentali della persona esista un rapporto di reciprocità funzionale (e non di utilità convenzionale reciproca). Questo significa che i diritti fondamentali della persona esplicitano, dal punto di vista storico e contingente, il bene di una persona che nel suo divenire sociale è e diventa bene comune” [C. AMATO, *I beni comuni. Una questione di paradigma r(el)azionale*, cit., 63].

¹⁷ Secondo il *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Città del Vaticano 1992, “Il settimo comandamento [non rubare] prescrive la giustizia e la carità nella gestione dei beni materiali e del frutto del lavoro umano. Esige, in vista del bene comune, il rispetto della destinazione universale dei beni e del diritto di proprietà privata” (n. 2401); “all'inizio, Dio ha affidato la terra e le sue risorse alla gestione comune dell'umanità, affinché se ne prendesse cura, la dominasse con il suo lavoro e ne godesse i frutti. I beni della creazione sono destinati a tutto il genere umano” (n. 2402); “il diritto alla proprietà privata, acquisita con il lavoro, o ricevuta da altri in eredità, oppure in dono, non elimina l'originaria donazione della terra all'insieme dell'umanità. La *destinazione universale dei beni* rimane primaria, anche se la promozione del bene comune esige il rispetto della proprietà privata, del diritto ad essa e del suo esercizio” (n. 2403). Ancora di recente, nella *Laudato si'. Lettera enciclica sulla cura della casa comune*, Città del Vaticano 2015, n. 93, PAPA FRANCESCO ha richiamato tale principio, ammonendo che “la terra è una eredità comune, i cui frutti devono andare a beneficio di tutti”. Sul rapporto tra la tematica dei beni comuni ed il principio di universale destinazione dei beni della terra, v. ora F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, cit., 7 ss.

matico rapporto con l'istituto della proprietà privata (il "terribile diritto")¹⁸: in primo luogo, pone l'esigenza di legittimare l'*apprehensio* e la conseguente gestione, secondo una logica escludente, dei beni, e, una volta ritenuta ammissibile la proprietà dei beni stessi da parte di privati¹⁹, dischiude il formidabile problema di una sua conformazione positiva che rispetto al quel principio risulti compatibile, se non addirittura sinergicamente funzionale.

Come già da queste rapide notazioni può agevolmente evincersi, la tematica (ampia ed articolata ...) veicolata nella sfera pubblica mediante la locuzione "beni comuni" afferisce a questioni teoriche e nodi problematici di portata davvero rilevante, e che non è esagerato qualificare come epocale. Ed è appunto nella piena consapevolezza di una simile "cifra" della categoria in esame che nelle "narrazioni benecomuniste"²⁰ (non prive talora di toni addirittura millenaristi ...) ²¹ sovente si avanzano pretese di innovazione radicale del sistema politico-istituzionale e normativo: ricorrenti, nonché particolarmente significative, appaiono la proposta di superamento della distinzione tra pubblico e privato²² e l'istanza di abbandono dello stesso paradigma proprietario²³. Anzi, nella stessa spasmodica tensione a superare (o quantomeno a disarticolare ...) le dicotomie intorno alle quali si sono venute per secoli strutturando le tradizio-

¹⁸ Naturalmente, il riferimento è al celebre titolo dell'opera di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 1982 (l'ultima ed. aggiornata è del 2013).

¹⁹ Come appare chiaro dai passaggi del *Catechismo della Chiesa cattolica* fedelmente riportati nella nota 17, nella dottrina sociale della Chiesa il principio di destinazione universale dei beni della terra è declinato insieme al diritto di proprietà privata.

²⁰ Per riprendere l'efficace espressione di M. BARBERIS, *Tre narrazioni sui benicomuni*, cit.

²¹ Ad mo' di esempio, basti richiamare un passo di A. ALGOSTINO (*Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, cit., 1), in cui si afferma che i beni comuni impongono di "proiettarsi oltre gli schemi esistenti, di immaginare nuove forme di vivere e relazionarsi. I beni comuni sono il futuro, il nuovo asse di una trasformazione totale, che investe lo stile di vita, i rapporti sociali, la struttura economica, le forme giuridiche. Il loro fascino è potente: essi sono la sintesi di un mondo più umano e vivibile, la bandiera di chi vuole un *altro* futuro, il linguaggio del cambiamento".

²² In proposito, è sufficiente richiamare gli stessi titoli della già citata (nota 1) raccolta di scritti curati da M.R. Marella (*Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*) e dell'opera (anch'essa menzionata nella nota 1) di M. HARDT, A. NEGRI, *Comune. Oltre il pubblico e il privato*.

²³ Al riguardo, basti qui riportare l'icastica affermazione di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, cit., 470 (ed. 2013), secondo la quale i beni comuni si traducono nella "necessaria costruzione dell'opposto della proprietà".

nali categorie della scienza giuridica²⁴, si è anche proposto, da parte dell'autore del “manifesto” dei beni comuni, di superare la stessa distinzione – qualificata come “illuministica” – tra soggetto ed oggetto, in quanto “noi non ‘abbiamo’ un bene comune (un ecosistema, dell’acqua), ma in un certo senso ‘siamo’ (partecipi del) bene comune (siamo acqua, siamo parte di un ecosistema urbano e rurale)”²⁵.

Confesso di faticare non poco anche soltanto ad immaginare come sia possibile strutturare un ordinamento giuridico positivo superando la polarità soggetto/oggetto. Ma è certamente da riconoscere come, in linea generale, sia non soltanto possibile, ma anche del tutto legittimo riflettere criticamente sulle nozioni più accreditate, sulle distinzioni più accettate, sulle tradizioni più venerande consegnateci dalla storia in nome di un pensiero alternativo, che può vestirsi dei panni (spesso assai seducenti ...) dell’utopia²⁶. Dunque, anche le complesse problematiche adesso evocate ben possono essere radicalmente ripensate e riconformate alla luce di differenti paradigmi teorici, argomentando sul terreno propriamente filosofico e/o politico (con le relative conseguenze *de iure condendo*). Ma è appena il caso di precisare che in questa sede si intende piuttosto restare ancorati al sistema costituzionale, quale positivamente configurato

²⁴ “Nel processo di ordinamento e di organizzazione del proprio campo d’indagine ogni disciplina tende a dividere il proprio universo di enti in due sottoclassi che sono reciprocamente esclusive e congiuntamente esaustive. Per designare il prodotto di questa operazione, che è un’operazione di classificazione, uso l’espressione ‘grande dicotomia’”: così N. BOBBIO, *La grande dicotomia* (1974), in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, pref. di M.G. Lozano, Roma-Bari 2007, 122.

²⁵ Così U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 52.

²⁶ Piace tuttavia al riguardo riportare le – dal mio punto di vista, pienamente condivisibili – osservazioni avanzate da E. VITALE (*Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, cit., XIV s.): dopo avere evidenziato l’esigenza che “dietro le parole d’ordine ci siano solide teorie”, Vitale rileva che, “per essere solide, le grandi utopie hanno sempre voluto e saputo fare i conti con il loro contraltare teorico, con il realismo politico. O, se volete, con la ‘lezione dei cinici’. Senza irridarli o liquidarli con una battuta. L’ostacolo posto dalla lezione dei cinici va superato, se ci si riesce, non aggirato. Parti consistenti delle grandi utopie (che, ribadisco, ammiro) sono omaggi alla tradizione del realismo politico. È Trasimaco che assilla Platone, Hobbes che riemerge in Rousseau, Hegel con cui non cessa di misurarsi Marx”. E si può aggiungere che lo stesso A. un simile sforzo di “purificante” confronto la cinica lezione del realismo politico non rileva nel pensiero “bene-comunista” (con particolare riguardo al “manifesto” di U. Mattei), il quale prefigura “nella migliore delle ipotesi, un viaggio verso il nulla che presto si rivelerà tale salvo che per qualche leader e/o ideologo che, al momento opportuno, saprà riciclarsi in fretta; nella peggiore, nel caso cioè che la ‘teoria’ dovesse diventare ‘pratica’, consolidandosi in istituzioni sociali, una vita comunitaria che ci riporterebbe a esperienze politiche consegnate alla storia” (*ivi*, VII).

dalla Costituzione repubblicana (perciò, mantenendo la trattazione sul terreno del diritto positivo, *de iure condito*). Ebbene, se si incardina il ragionamento intorno al tessuto normativo e valoriale delineato dalla Carta fondamentale vigente, si osserva che la sfida (ché di *sfida* si tratta!) espressa dalla locuzione “beni comuni” può venire credibilmente affrontata non certo superando la polarità dialettica pubblico/privato, che peraltro, giova ricordarlo, affonda le sue millenarie radici nel diritto romano²⁷, ma piuttosto valorizzandone le molteplici virtualità positive in tale dialettica racchiuse. In primo luogo, la polarità tra sfera pubblica e sfera privata si presenta come imprescindibile in ordine all’esigenza, che del patrimonio del costituzionalismo liberal-democratico si pone come indefettibile componente, di limitare ogni forma di potere operante nel tessuto della convivenza politicamente organizzata: nei sistemi costituzionali contemporanei, gli ambiti di libertà civili e gli spazi di autonomia delle formazioni sociali presenti nel tessuto comunitario si ergono ad insuperabile baluardo rispetto a (sempre incombenti...) arbitrii e soprusi dei soggetti di funzioni pubbliche, mentre l’esercizio del potere pubblico in conformità a principi e regole costituzionali consente di garantire gli interessi giuridicamente protetti dei cittadini nei confronti di lesioni (parimenti minacciose...) determinate da poteri radicati nel terreno della società civile. Dunque, gli ordinamenti liberal-democratici del nostro tempo, proprio perché incardinati sulla tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, che se ne configurano come i “nuovi sovrani”²⁸, non possono che

²⁷ Ricorda N. BOBBIO (*Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino 1978, 3) che “attraverso due commentatissimi passi del *Corpus iuris* [*Institutiones*, I, 1, 4, *Digesto*, I,1, 1,2], che definiscono con identiche parole rispettivamente il diritto pubblico e il diritto privato – il primo ‘quod ad statum rei romanae spectat’, il secondo ‘quod ad singulorum utilitatem’ –, la coppia di termini pubblico/privato ha fatto il suo ingresso nella storia del pensiero politico e sociale dell’Occidente”. In ordine a tale fondamentale distinzione, piace qui richiamare la profonda riflessione di un grande Maestro che ha lasciato una profonda traccia nella scuola civilista (ma giuridica in genere) della Facoltà di Giurisprudenza messinese: S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, XII, Milano 1964, 696 ss.; sulla permanente attualità della richiamata lezione di Salvatore Pugliatti, v. F.F. PAGANO, *L’attualità del pensiero di S. Pugliatti su “Diritto pubblico e diritto privato”*, in *Dir. soc.*, n. 4/2015, 739 ss. Sul rapporto tra pubblico e privato in seno al sistema costituzionale, recentemente, v. M. FIORAVANTI, *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, Napoli 2014.

²⁸ La tesi che identifica nei diritti fondamentali (e nei principi costituzionali, nei quali, a ben vedere, i primi possono convertirsi) il fondamento di validità dell’intero ordinamento giuridico, e dunque i “nuovi sovrani” (in senso oggettivo) è di G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluralistiche*, Torino 2005; riguardo al ruolo dei principi nella dinamica del sistema, nel contesto di una ri-

limitare tanto i poteri delle autorità pubbliche, quanto i poteri gestiti da soggetti privati, di entrambi diffidando in ragione della capacità di entrambi di violare le situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente protette²⁹. E si può forse avanzare l'ipotesi che la distinzione tra sfera pubblica e sfera privata si ponga come una prima (ed infungibile) manifestazione del principio di separazione dei poteri, che il già richiamato art. 16 della *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789 considera patrimonio necessario del costituzionalismo moderno appunto in ordine all'esigenza di garantire i diritti inviolabili: infatti, ove l'istanza di limitazione del potere (pubblico e privato) non fosse assicurata in primo luogo in ragione della stessa polarità tra tali due dimensioni della convivenza politicamente organizzata, sarebbe radicalmente compromesso lo stesso presupposto di ogni istituto o meccanismo costituzionale di garanzia dei diritti fondamentali, e dunque di ogni possibilità di corrispondere all'esigenza di funzionalizzare in tale direzione le risorse dell'ordinamento.

Ma la dialettica tra sfera pubblica e sfera privata del sistema risulta preziosa in relazione alla gestione dei beni comuni anche (e forse soprattutto ...) nella prospettiva di un loro rapporto sinergico: se necessaria in ordine all'istanza liberale di limitazione del potere è la distinzione tra le due sfere, in ragione della distribuzione molecolare del fenomeno potestativo in cui essa si traduce, parimenti prezioso si configura il rifiuto di una netta separazione (ed anche di una reciproca insignificanza) tra di esse, a favore dell'articolazione di una fitta rete di relazioni sinergiche tra le stesse, originata ed animata dal principio di sussidiarietà, ormai costi-

flessione che pone in luce il carattere sinergico di libertà ed eguaglianza, v., dello stesso A., *Dal potere ai principi. Libertà e eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.

²⁹ Secondo M. FIORAVANTI (*Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, cit., 44 s.), nel sistema costituzionale il "modello di relazioni tra Pubblico e Privato [...] limita entrambi: il primo non può più esprimersi con il linguaggio del legislatore onnipotente, pensando di poter normare ogni aspetto della vita individuale e di relazione, e non può dunque arbitrariamente invadere le sfere dei cittadini, ma anche il secondo non può essere terreno di sviluppo di poteri smisurati, soprattutto economici, incidenti in modo non meno pericoloso sui diritti fondamentali della persona. La Costituzione non predica insomma alcuna 'virtù', né dello Stato, né del mercato, semplicemente perché pensa che l'uno e l'altro possono violare i diritti della persona". Osserva F.F. PAGANO (*L'attualità del pensiero di S. Pugliatti su "Diritto pubblico e diritto privato"*, cit., 745), con riferimento all'elaborazione pugliattiana, che in tutte quelle teorie che negano la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato "si avverte pienamente il forte rischio di totalitarismo".

tuzionalmente sancito dall'art. 118, I ed ult. comma³⁰. Infatti, tale principio, che si traduce nell'equilibrata compresenza di rispetto delle sfere di autodeterminazione (individuale e collettiva) da parte dell'apparato autoritario e doveroso intervento dell'istanza istituzionale di livello più elevato nella dimensione socio-economica, delinea un ordinamento strutturato e conformato da un'articolata trama di relazioni tra soggetti (appunto) pubblici e privati, generata dall'esigenza di esercitare i poteri – pubblici e privati – in direzione dell'effettiva soddisfazione degli interessi sociali giuridicamente rilevanti. Nella logica della sussidiarietà, per un verso, la sfera privata è garantita rispetto ad interventi delle istituzioni pubbliche non necessari allo scopo di offrire soddisfazione a tali bisogni ed interessi che ben possano trovare appagamento in forza dell'attività dei soggetti sociali, e perciò si asseconda l'esigenza di distinguere e limitare reciprocamente polo pubblico e polo privato del sistema complessivo; per altro verso, la sfera pubblica è chiamata ad assicurare agli stessi interessi adeguata protezione, sul terreno dell'effettività, in caso di incapacità dei soggetti privati (così come delle istituzioni di minore livello). Dunque, ne emerge un fitto intreccio di relazioni tra istituzioni pubbliche e soggetti privati: alle prime si richiede di sostenere e favorire "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati", secondo la pregnante formulazione della sussidiarietà in senso orizzontale recata dall'art. 118, ult. comma, Cost.; ai secondi si riconosce la capacità di svolgere "attività di interesse generale" (secondo l'impegnativa locuzione adottata dalla stessa disposizione costituzionale)³¹. Come si può agevolmente constatare, ne viene definita la fisionomia di un sistema che risulta intimamente modellato ed incessantemente plasmato da potenti dinamiche osmotiche tra sfera pubblica e sfera privata, tra le quali pure, come si è già rilevato, deve costantemente essere assicurata la distinzione

³⁰ Sia permesso, nell'ambito di una letteratura ormai amplissima riguardante il principio di sussidiarietà, richiamare soltanto L. D'ANDREA, *Il principio di sussidiarietà tra radice personalista e funzione conformativa del sistema normativo*, in *Iustitia*, 2011, 249 ss.

³¹ Non sfugga il riconoscimento, operato dal principio di sussidiarietà, dell'attitudine a perseguire fini pubblici da parte di soggetti sociali e strutture private. Osserva al riguardo G. PASTORI (*La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, a cura di A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia, Padova 1999, 172) che il principio di sussidiarietà in senso orizzontale mira a ribaltare il tradizionale rapporto tra istituzioni pubbliche e formazioni sociali, rendendo le prime "complementari" rispetto alle seconde "nel perseguimento delle finalità pubbliche, valorizzando quella 'soggettività' e responsabilità sociale che è stata per il passato prevalentemente trascurata".

e la limitazione reciproca. E naturalmente, all'interno di un sistema così conformato, piena ospitalità viene offerta allo stesso valore democratico³², naturalmente sempre invocato quale fondamento assiologico delle diverse modalità in cui si tenta di assicurare positivamente una gestione partecipata dei beni comuni³³; né può essere trascurato il *favor* verso la dimensione locale del governo che appartiene al principio di sussidiarietà in senso verticale (art. 118, I comma), considerato che all'istanza di autogoverno dei "beni comuni" della comunità si può realisticamente corrispondere soltanto in riferimento a realtà sociali di ridotte dimensioni³⁴, e che – per tale ragione – precisamente a livello di amministrazioni locali si sono fin qui manifestati i più significativi tentativi di strutturare forme e protocolli di gestione partecipata dei beni comuni.

³² A ben vedere, lo stretto rapporto tra principio di sussidiarietà e principio democratico cui rapidamente si fa riferimento nel testo trova la sua ultima giustificazione nel comune radicamento nel principio personalista: entrambi esprimono la pretesa di orientare e disciplinare i flussi di relazioni tra cittadini ed istituzioni pubbliche così che ciascuna persona umana (in condizioni di eguaglianza) risulti ad un tempo la prima "risorsa" del processo di edificazione del sistema e la destinataria delle prestazioni che l'organizzazione dei pubblici poteri eroga nell'esercizio delle funzioni alla stessa devolute: dunque, tanto la sussidiarietà quanto la democrazia si risolvono nell'esigenza che il sistema utilizzi le risorse di cui dispone in funzione della tutela e del godimento dei diritti fondamentali dei membri della comunità politica.

³³ In proposito, v., tra gli altri, A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico*, cit. Sul modello di democrazia partecipativa, v. anche, tra gli altri, recentemente, V. PAZÈ, *In nome del popolo. Il problema democratico*, Roma-Bari 2011, 137 ss. e M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione. L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano 2012, nonché, da ultimo, E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, relazione al presente Convegno. Con riferimento al rapporto tra società civile ed istituzioni generato dal fenomeno partecipativo, notazioni acute (ed assai significative, con riferimento alla relazione tra sfera privata e sfera pubblica illustrata nel testo) sono in M. NIGRO, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 231: "la partecipazione congiunge, coordina Stato e società, ma per ciò stesso li distacca, o ne presuppone lo stacco e la diversità: Stato e società non debbono avvicinarsi troppo per non confondersi, ma nemmeno estraniarsi l'uno dall'altro tanto che la connessione si allenti eccessivamente e il coordinamento si riduca ad una operazione puramente formale di ricordo".

³⁴ Informa E. OSTROM (*Governare i beni collettivi*, cit., 44) che nei suoi studi si è concentrata sull'utilizzo delle risorse collettive da parte di piccole comunità, di dimensioni variabili da 50 a 15.000 persone, dovendosi ravvisare in tale ridotta estensione una non secondaria condizione di un'efficace ed efficiente gestione cooperativa e partecipata.

3. *I beni comuni in rapporto:*

a) al procedimento

Ferma l'esigenza di ricercare forme anche originali ed innovative (magari sfruttando adeguatamente reti telematiche e *social network*...) di partecipazione popolare alle scelte pubbliche in ordine all'utilizzo delle risorse comuni in direzione del godimento dei diritti fondamentali, giova tuttavia sottolineare come il "luogo" dell'ordinamento in seno al quale sono chiamati ad incontrarsi, scontrarsi e raccordarsi la sfera pubblica e la sfera privata, con le rispettive articolazioni interne, sia rappresentato dal procedimento; e non certo casualmente si è ravvisata appunto nella crescente procedimentalizzazione delle attività dei pubblici poteri un "principio tendenziale dell'esperienza giuridica contemporanea"³⁵. Infatti, è *nel e per il* procedimento che si pongono a raffronto l'universo giuridico-formale e la dimensione fattuale, la fattispecie normativa (generale ed astratta) e le peculiari caratteristiche ravvisabili nella fattispecie concreta, le prerogative dei pubblici poteri e le esigenze dei cittadini; è *nel e per il* procedimento che si manifestano i molteplici interessi (pubblici e privati) coinvolti dall'esercizio delle funzioni pubbliche e se ne individua un punto di ragionevole equilibrio, elaborando, verificando e ponderando le diverse possibili ipotesi di esercizio del potere discrezionale rispettose dei vincoli derivanti dal quadro normativo: dunque, è *nel e per il* procedimento che la sfera pubblica e la sfera privata si raccordano e ricercano (anche in via convenzionale) le possibili sinergie funzionali alla massima soddisfazione dei diritti e degli interessi costituzionalmente tutelati³⁶.

³⁵ Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1988, 534. Sul significato di tale principio nella prospettiva del costituzionalismo contemporaneo, sia consentito richiamare L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005, 306 ss.

³⁶ Anche la giurisprudenza sovranazionale accredita la centralità della dimensione procedimentale nella prospettiva sinteticamente delineata nel testo, rispetto alla quale si presenta paradigmatica (anche perché riferita al valore rappresentato dall'ambiente, che potrebbe qualificarsi come un autentico "concentrato" di beni comuni...) la decisione della Corte di Strasburgo ove si afferma che "quando si tratta per uno stato di affrontare [...] complesse questioni di politica ambientale ed economica, il processo decisionale deve necessariamente implicare l'esecuzione di indagini e di studi adeguati, in modo da consentire l'instaurazione di un giusto equilibrio tra i diversi interessi in gioco [...] il piano del 1993 [relativo alle limitazioni dei voli notturni a tutela dei residenti in prossimità dell'aeroporto londinese di Heathrow] era stato preceduto da una serie di indagini e studi condotti su un lungo periodo. Le misure particolari introdotte da tale piano erano

b) alla proprietà pubblica e privata

Anche la complessa problematica relativa all'istituto proprietario, cui non può non riconoscersi una posizione strategica in ordine alle questioni della gestione da parte dell'ordinamento giuridico delle risorse disponibili sul terreno economico e sociale, ove riguardata attraverso il prisma rappresentato dalla Carta fondamentale repubblicana, immediatamente riconduce alla polarità pubblico/privato, che, come può ancora constatarsi, profondamente connota la fisionomia costituzionale dell'ordinamento³⁷. Infatti, l'art. 42, I comma, Cost. icasticamente statuisce che "la proprietà è pubblica o privata"; né mi pare ammissibile invocare la disposizione recata dall'art. 43³⁸ allo scopo di radicalmente superare il paradigma proprietario in direzione di un'alternativa "autogestione comunitaria"³⁹: non soltanto la fattispecie ivi descritta si configura come un'ipotesi del tutto particolare, non idonea a porsi quale architrave di un modello di gestione dei beni radicalmente alternativo rispetto a quello evocato dall'art. 42, ma mi sembra che non si possa neppure sicuramente scartare una lettura dell'art. 43 del tutto in linea con la previsione gene-

state portate a conoscenza della collettività attraverso un documento di consultazione che esponeva i risultati di uno studio condotto per conto del Ministero dei Trasporti e conteneva uno studio relativo al rumore provocato dagli aerei e ai disturbi del sonno. [...] I ricorrenti e coloro che si trovavano in una situazione analoga hanno dunque avuto accesso al documento di consultazione e hanno avuto la facoltà di formulare in proposito tutte le osservazioni che ritenevano opportune" (sent. CEDU, sez. *Grande Chambre*, 8 luglio 2003, Hatton et al. vs. Regno Unito, n. 128). In generale, sulla giurisprudenza sovranazionale relativa ai "beni comuni", sia consentito rimandare a L. D'ANDREA, *I beni comuni nella giurisprudenza sovranazionale*, cit., spec. 231 ss.

³⁷ "Pubblico e Privato nient'altro sono se non *le due fondamentali dimensioni della democrazia*, entrambe necessarie per la vita stessa democrazia" (M. FIORAVANTI, *Pubblico e privato. I principi fondamentali della Costituzione*, cit., 7).

³⁸ Ai sensi del quale la legge possa "a fini di utilità generale [...] riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad 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 ed abbiano carattere di preminente interesse generale".

³⁹ Discorre di una "terza dimensione" e di "una ben visibile terza via" rispetto allo schema binario offerto dall'art. 42, I comma, Cost. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., rispet. 107 e 108; analogamente A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, cit., 23 s., ritiene che il riferimento alla "comunità di lavoratori e di utenti" si presenti come "possibile copertura costituzionale di quel *tertium genus*, oltre la proprietà pubblica e privata, che integra lo statuto del bene comune, affidato alla diretta gestione dei fruitori del bene", superando "il paradigma proprietario nel nome di una 'autogestione comunitaria'".

rale di cui all'art. 42, dal momento che la titolarità dei beni finisce per venire imputata pur sempre in capo a soggetti pubblici o privati. Comunque, piuttosto che rivolgersi alla prospettiva di un'autogestione comunitaria dei beni che si pretende dischiusa dall'art. 43 Cost., mi pare giovi dirigere lo sguardo verso il regime costituzionale della proprietà, tanto sul versante pubblico quanto sul versante privato, non prima di avere ancora richiamato la funzionalità di un'equilibrata distribuzione⁴⁰ dei beni tra (molteplici) soggetti pubblici e soggetti privati all'istanza liberale di limitazione del potere (naturalmente, di *ogni potere*, pubblico e privato).

Il tratto qualificante dello statuto costituzionale della proprietà – o meglio, *delle proprietà*⁴¹, tanto pubbliche quanto private – sembra rappresentato dalla ricerca di una sua (non certo agevole ...) strumentalità al pluralistico patrimonio di interessi costituzionalmente rilevanti, e dunque alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, nei quali quel patrimonio finisce per risolversi. Per quanto riguarda i beni pubblici, non si ignora che proprio il dibattito relativo ai beni comuni ha vigorosamente concorso a riaprire la complessa questione di un radicale ripensamento della stessa categoria dell'appartenenza pubblica, essendo ormai inappagante la classificazione delle forme di proprietà pubblica consegnataci dalla tradizione⁴²: la stessa istituzione, nel 2007, della Commissione Rodotà da parte del Ministro della Giustizia, appunto in vista di una novella della disciplina codicistica relativa alla proprietà ed al regime dei beni, al

⁴⁰ Al riguardo, si può ricordare che art. 42, II comma, prevede che la legge determini “i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo [...] di renderla accessibile a tutti”; che l'art. 44 richiede alla legge di imporre “obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata”, di fissare “limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie”, di promuovere “la trasformazione del latifondo e la ricostruzione delle unità produttive”, di aiutare “la piccola e media proprietà”; che l'art. 47 sancisce che la Repubblica “favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese”: chiaro si manifesta il disegno costituzionale di attivare una dinamica all'interno del sistema socio-economico finalizzata a diffondere largamente la proprietà dei beni.

⁴¹ Sull'impossibilità di declinare al singolare l'istituto proprietario nel sistema costituzionale, dovendosi configurare questo secondo differenziati statuti relativi alle molteplici categorie di beni ed ai diversi interessi coinvolti dalla loro gestione, piace qui richiamare la pionieristica ricostruzione di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, Milano 1954.

⁴² Sulle quali è qui sufficiente richiamare soltanto gli studi classici di A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, 277 ss.; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma 1963; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano 1969; V. CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, II, Torino 1987, 273 ss.

di là del naufragio della proposta dalla stessa elaborata⁴³, testimonianza eloquentemente dell'avvertita esigenza di una rivisitazione *funditus* della tematica⁴⁴. Ma ai fini del discorso che in questa sede si viene svolgendo, è sufficiente porre in evidenza come la relazione di strumentalità (certo, più o meno diretta, ma mai assente, in ultima analisi) tra i beni di appartenenza pubblica ed i diritti fondamentali dei cittadini si debba ritenere sussistente *in re ipsa*, in ragione del – si direbbe – “combinato disposto” tra la stessa natura pubblica dell’ente che dei primi è titolare ed il radicamento ultimo di ogni pubblica funzione nell’esigenza di assicurare protezione e garanzia ai secondi, che appunto perciò sono già stati definiti come i “nuovi sovrani” dei sistemi costituzionali contemporanei⁴⁵. È proprio l’esigenza di incardinare la disciplina dell’appartenenza pubblica dei beni intorno alla valorizzazione della funzionalità dei beni stessi alla garanzia di interessi costituzionalmente qualificati che induce a muovere in direzione di una incisiva riforma dell’assetto normativo tradizionale. Ma la logica costituzionale è comunque già operante nelle dinamiche istituzionali: ad esempio, è appunto nella prospettiva della – per così dire – “proiezione” sul regime dei beni della pluralità di interessi presenti in seno alla sfera pubblica, che il legislatore statale, confortato dalla giurisprudenza costituzionale, ha potuto porre una disciplina uniforme dei beni immobili pubblici (quale che ne sia l’ente pubblico titolare) nella “prospettiva di tracciare obiettivi di ‘governo’ rispondenti a fini e interessi generali o comuni, destinati a concorrere, ma su un piano prevalentemente finanziario, alla gestione dei beni da parte del singolo ente che ne disponga a titolo meramente ‘dominicale’”⁴⁶: evidentemente, si distin-

⁴³ Si v., riguardo alla proposta della Commissione Rodotà, la nota 8.

⁴⁴ In proposito, tra gli altri, AA.VV., *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, Roma 2010; F. RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e “beni comuni”*, in www.dirittifondamentali.it, (28/10/2014), 22 ss.; A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, cit., 239 ss.

⁴⁵ Precisamente su tali basi teoriche mi pare possa imputarsi al potere demaniale sui beni anche una funzione conservativa, che assume una peculiare valenza in relazione all’esigenza di garantire uno sviluppo ecosostenibile ed i diritti delle generazioni future: in questa prospettiva, con specifico riferimento alla risorsa idrica, ma secondo una logica suscettibile di più ampie applicazioni, si è discusso di una “demianialità custodiale” da parte di E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano 2012; in proposito, v. C. AMATO, *I beni comuni. Una questione di paradigma r(el)azionale*, cit., 92 ss.

⁴⁶ Così sent. cost. n. 284/2012, n. 5 del *cons. in dir.*; tali profili della pronunzia della Corte, che ha risolto un giudizio di legittimità costituzionale in via principale promosso dalla

gue un profilo soggettivo e meramente “patrimoniale”, riguardante la gestione dei beni, ed un profilo oggettivo e “funzionalistico”, relativo all'utilizzazione economico-finanziaria degli stessi beni⁴⁷.

Anche sul versante privato dell'istituto proprietario si assiste ad una feconda dialettica tra sfera pubblica e sfera privata: infatti, non è più in alcun modo possibile racchiuderne lo statuto entro le coordinate segnate dal solo (tradizionale) potere del titolare di godere e disporre in via esclusiva del bene. Nel disegno delineato dalla Carta del 1948, soprattutto in forza della clausola della “funzione sociale” recata dall'art. 42, II comma, Cost., la proprietà privata viene configurata come una situazione soggettiva aperta ad una molteplicità di interessi, certo non riferibili al solo titolare della stessa; piuttosto, essa si palesa sensibile ad esigenze ed istanze di natura sociale (interessi ambientali, paesaggistici, di conservazione del patrimonio culturale...)⁴⁸. Dunque, anche in quanto radicata nel polo privato del sistema, la proprietà risulta, almeno nella “logica” costituzionale, largamente permeabile da istanze ed esigenze di carattere solidarista ed egualitario, e suscettibile di assumere variegate conformazioni e molteplici statuti⁴⁹, in rapporto ai diversificati interessi (pubblici e privati) insistenti sul bene⁵⁰.

Regione Veneto nei confronti del d.l. n. 201/2011 (*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214/2011, sono richiamati da A. SAITTA, *I beni comuni nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 218 s.

⁴⁷ Osserva il giudice costituzionale, ancora nella sent. n. 284/2012, n. 5 del *cons. in dir.*, che “la prospettiva evocata dalla regione ricorrente appare [...] ispirata da una visione essenzialmente ‘patrimonialistica’, e finisce per risultare, perciò, eccentrica rispetto al contesto del provvedimento censurato: il quale, lungi dal proporre una contaminazione delle competenze circa la titolarità dei beni in questione, introduce unicamente meccanismi volti alla ottimizzazione complessiva del patrimonio immobiliare pubblico, incidendo in primo luogo sul profilo funzionale della sua destinazione ed utilizzazione economica. [...] Il profilo per così dire, ‘finanziario’ appare, in altri termini, del tutto prevalente rispetto a quello meramente ‘patrimoniale’ dei diritti, o delle competenze che gli enti territoriali esercitano su quei beni, consentendo di ricondurre l'innesto normativo censurato nel panorama, come già detto, delle misure di coordinamento della finanza pubblica”.

⁴⁸ “La proprietà privata [...] non soltanto è stata relativizzata rispetto agli schemi escludenti ogni interesse diverso da quello del proprietario. Deve pure essere intesa e regolata in funzioni delle attitudini dei beni che la costituiscono, riportati, sia pure con modalità peculiari, al fatto che anch'essa ‘vive in società’, con una rilevanza sempre più marcata di sue componenti ‘pubbliche’ e ‘comuni’, messe in evidenza da una molteplicità di strumenti giuridici, dai piani regolatori alle discipline sull'ambiente” (S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 121).

⁴⁹ Sull'esigenza di una declinazione al plurale dell'istituto in esame, v. lo scritto di S. Pugliatti già citato alla nota 41.

⁵⁰ È stato osservato che “nel momento in cui taluni beni sono al centro di una ‘co-

Concludendo sul punto, può agevolmente evincersi dalle considerazioni sopra avanzate come il tratto fondamentale condiviso dalle due forme di proprietà individuate dall'art. 42, I comma, Cost. sia rappresentato dall'apertura ad interessi non imputabili al titolare del bene e riconducibili alle utilità (naturalmente, intese in senso ampio) afferenti al bene stesso. E del resto, i diritti di natura collettiva ricadenti su beni pubblici e su beni privati (si pensi ai cc.dd. usi civici) sono storicamente ben radicati nel nostro ordinamento⁵¹, affondando le loro millenarie radici nell'età medioevale, allorquando forme di proprietà collettiva risultavano largamente presenti; il dibattito sui beni comuni ha inevitabilmente rinverdito l'attenzione per tali tematiche⁵². Eloquenti, a tale proposito, si presentano le notazioni recate da una significativa pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, frequentemente menzionata nel dibattito relativo appunto alla questione dei beni comuni: "disquisire in

stellazione' di interessi, questa loro particolarità implica che, in forme ovviamente differenziate, si dia voce a chi li rappresenta. Emerge così un modello partecipativo" (S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in AA.Vv., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 315). In proposito, recentemente, v. F. RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e "beni comuni"*, cit., 4 ss.

⁵¹ Sui diritti di natura collettiva, suscettibili di gravare tanto su beni pubblici quanto su beni privati, v., tra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., 11 ss.; v. A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, cit., 278 ss., nonché, sul terreno storico, A. DI PORTO, *Res in usu publico e "beni comuni". Il nodo della tutela*, cit.

⁵² Una marcata suggestione sulle narrazioni "benecomuniste" è stata esercitata dalle ricerche di P. GROSSI in ordine alle forme di proprietà collettive diffuse nel continente europeo in età medioevale: al riguardo, qui si segnala soltanto la monografia *"Un altro modo di possedere": l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977. Peraltro, conviene ricordare che lo stesso A., altrove (e segnatamente in *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari 1995, 11), ammonisce a non trapiantare con disinvoltura termini e nozioni da un'epoca storica ad un'altra, e particolarmente rileva che "il rapporto medioevo/moderno si pone all'insegna della discontinuità con un cambiamento dei valori portanti dell'universo politico e giuridico", sicché trapiantare "concetti-termini" dal medioevo alla modernità genera "una forzatura della realtà storica" e gli stessi "concetti-termini", da "strumenti di comprensione, fungono piuttosto da pericolose matrici di fraintendimenti ed equivoci". Sulle proprietà collettive, in una prospettiva storica, v. anche, recentemente, E. CONTE, *Beni comuni e domini collettivi tra storia e diritto*, in AA.Vv., *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., 43 ss.; R. FERRANTE, *Beni comuni, tra storia e diritto*, P. NERVI, *I diritti storici nell'esperienza degli assetti fondiari collettivi*, M. MAZZA, *Itinerari di ricerca sugli assetti fondiari collettivi: dal (micro-)caso dei Walser alla (macro-)prospettiva della comparazione giuridica intersistemica (e interculturale)*, in AA.Vv., *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, a cura di M. Cosulich, G. Rolla, Napoli 2014, rispettivamente 13 ss., 27 ss., 57 ss.

termini di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali)-privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati [...] là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale, 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 dei cittadini"⁵³.

c) alla tutela giurisdizionale. Conclusioni

Anche le complesse questioni relative alla tutela in via giurisdizionale dei beni comuni ben possono essere incardinate sotto il profilo costituzionale sulla feconda dialettica tra sfera pubblica e sfera privata della convivenza politicamente organizzata, la quale, come si è avuto modo di constatare (se le precedenti osservazioni presentano qualche attendibilità...), struttura e plasma la dinamica del sistema sul terreno – per così dire – sostanziale. Infatti, la “logica” costituzionale mi sembra spinga in direzione di un'articolazione delle vie di accesso ai rimedi processuali in grado di riflettere la pluralità di dimensioni degli eventi dannosi che costituiscono oggetto delle controversie⁵⁴, e perciò aperta all'intera gamma

⁵³ In questi termini sent. Corte Cass., Sez. Unite civ., 14 febbraio 2011, n. 3665, annotata da S. LIETO, “Beni comuni”, *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Pol. dir.*, 2011, 2 ss.; in proposito, v., da ultimo, A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, cit., 268 ss.

⁵⁴ Si afferma, con riguardo al danno ambientale, nella sent. Corte Cass. pen., 11 febbraio 2010, n. 14828 [il passaggio qui fedelmente riportato è in G. VILLANACCI, *Il danno ambientale in ambito civilistico tra (poche) luci e (molte) ombre*, in AA.VV., *La tutela dell'ambiente. Una prospettiva multidisciplinare*, cit., 101], che esso “ha dimensioni diversificate: la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che il danno in esame presenta, oltre a quella pubblica, una dimensione personale e sociale quale lesione del diritto fondamentale all'ambiente salubre di ogni uomo e delle formazioni sociali nelle quali si sviluppa la personalità: il danno ambientale in quanto lesivo di un bene di rilevanza costituzionale, quanto meno indiretta, reca un'offesa alla persona umana nella sua sfera individuale e sociale. In tale contesto, è riscontrabile in capo alle associazioni ecologiche un interesse legittimo alla tutela del territorio ed è stata riconosciuta loro la possibilità di costituirsi parti civili nel processo alle seguenti condizioni. Le ricordate associazioni non possono

di soggettività, pretese ed interessi giuridicamente pregevoli ravvisabili nelle questioni relative alla gestione dei beni comuni: le pretese azionate dalle istituzioni pubbliche, in quanto enti esponenziali delle collettività affidate alla loro cura e responsabili della sfera di interessi pubblici devoluti alla loro competenza; le pretese fatte valere dalle formazioni sociali (variamente qualificabili) nella quali si sviluppa la personalità umana e mediante le quali i cittadini si manifestano come interpreti e custodi (*ex parte societatis*) di interessi sociali (collettivi e diffusi) meritevoli di tutela; le pretese fatte valere dai singoli, talora come membro delle collettività (*uti civis*, mediante l'*actio popularis*), talora come individuo (*uti singulus*) che, come tale, collocato in una posizione differenziata rispetto agli altri membri della comunità, lamenta la lesione di un danno ingiusto⁵⁵. Con riferimento al modello di accesso ai rimedi giurisdizionali adesso sinteticamente delineato, è appena il caso di rilevare non soltanto che il sistema vigente è ben lungi dal conformarsi (basti ricordare che soltanto in materia elettorale è prevista un'autentica *actio popularis*...) ⁵⁶, ma anche che

costituirsi parte civile al fine di chiedere la liquidazione del danno ambientale di natura pubblica (a sensi della legge 348/1986, art. 18 e ora del D. Lgl. 152/2006), ma possono agire in giudizio – in virtù del principio fondamentale in tema di nocumento ingiusto risarcibile enucleato dall'art. 2043 c.c. – per il risarcimento dei danni patiti dal sodalizio a causa del degrado ambientale”.

⁵⁵ È stato osservato che “attraverso l'azione popolare, si scopre uno ‘spettro’ di diritti, ricco di sfumature. Si va dal diritto pubblico della comunità-ente, al diritto pubblico diffuso del *civis*, come membro della comunità, fino al diritto del singolo, visto, per così dire, come individuo-privato” [A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle res in uso pubblico* (1994), in ID., *Res in usu pubblico e “beni comuni”. Il nodo della tutela*, cit., 12]. La suggestiva qualificazione dell'azione popolare come “diritto pubblico diffuso”, che icasticamente esprime la compenetrazione di polo pubblico e polo privato cui si è fatto riferimento nel testo, si deve a V. SCIALOJA (in *Studi giuridici*, I, 1, Roma 1933, 117), sul cui pensiero al riguardo v. A. DI PORTO, *Il pensiero del giovane Scialoja sui beni demaniali di uso pubblico: fra proprietà dello Stato e azione popolare. Alla ricerca di un difficile equilibrio*, in ID., *Res in usu pubblico e “beni comuni”. Il nodo della tutela*, cit., 75 ss. Con riguardo ai cc.dd. usi civici, osserva A. LALLI (*I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, cit., 277) che “la legittimazione processuale ad agire per far accertare gli atti privati che violano le norme imperative regolative dell'assetto dei beni in questione è imputata sia all'ente, sia ai singoli; non è un'azione popolare sostitutiva”. Sulle potenzialità contenute nella categoria dell'azione popolare (e, più in generale, delle azioni a tutela di interessi collettivi e diffusi) in ordine alla tutela dei beni comuni, v., da ultimo, G. D'AMICO, *Diritto all'acqua e actio popularis*, intervento al Convegno *L'acqua risorsa non riproducibile: bene pubblico, fattore di sviluppo, causa di guerra*, Napoli, 18 dicembre 2015.

⁵⁶ Giova tuttavia evidenziare che l'art.1, comma III, lett. c), della *Proposta di articolo* redatta dalla già menzionata (nota 8) Commissione Rodotà prevede che “alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque”.

è necessario offrirne una declinazione positiva aliena da ogni pericolosa rigidità e da ogni ottuso automatismo, se non altro allo scopo di non inflazionare il (già più che ingolfato!) livello processuale e di non ulteriormente pregiudicare l'effettività della tutela dei diritti assicurata dalle istanze giurisdizionali. Tuttavia, mi sembra un'esigenza costituzionalmente pregevole che l'ordinamento non si rappresenti sul terreno della garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali secondo una logica dicotomica, nella quale la sfera pubblica si risolva senza residui nel chiuso recinto dell'organizzazione dei pubblici poteri ed il polo privato, a sua volta, finisca per ospitare soggetti ed attività incapaci di alcun protagonismo in ordine alla protezione ed alla cura dell'interesse generale.

Piuttosto, l'esigenza, adesso richiamata, di garantire piena rilevanza in ambito pubblico alla capacità dei cittadini, singoli ed associati, di svolgere "attività di interesse generale" (art. 118, ult. Comma, Cost.), consente di concludere la presente riflessione ponendo in evidenza l'insufficienza di ogni approccio alla problematica dei beni comuni, specialmente ove se ne condivida la ridefinizione (e riqualificazione) qui patrocinata, che si limiti alla dimensione delle istituzioni pubbliche e, più in generale, al livello giuridico-formale della convivenza civile. Per quanto, naturalmente, non sia in alcun modo possibile prescindere tanto dalla prima quanto dal secondo, e non se ne possa anche soltanto svilirne l'importanza, pure occorre adeguatamente sottolineare l'esigenza che siano i cittadini in quanto tali a cooperare tra di loro in vista del pieno utilizzo di tutte le risorse di cui il sistema dispone in direzione della soddisfazione dei diritti inviolabili di ogni persona umana, in condizioni di (sia pure relativa...) eguaglianza⁵⁷. Senza cooperazione sociale, senza l'assunzione delle conseguenti responsabilità⁵⁸, senza il diffuso e gene-

⁵⁷ Sulle forme che può assumere l'istanza di cooperazione sociale, cfr. AA.VV., *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, a cura di F. Viola, Bologna 2004; sulla cooperazione sociale in relazione ai beni comuni, v., recentemente, AA.VV., *Beni comuni e cooperazione*, cit., nonché la già menzionata relazione di F. VIOLA al presente Convegno (*Bene comune e beni comuni*), spec. 13 ss. del *paper*.

⁵⁸ Ha osservato A. MASSARUTTO (*Il dovere di avere doveri. I "beni comuni" e la "scienza triste"*, in *Ragion pratica*, n. 41/2013, 376 s.) che "un'etimologia certo discutibile ma per me affascinante riconduce la radice del termine 'comune' all'esigenza di condividere in modo equo gli oneri che derivano dalla gestione dei beni collettivi (*cum-muniis*), contrario di *im-munis* (senza doveri); laddove lo stesso termine che indica i doveri verso la comunità (*munia*) deriverebbe dalla radice *mu*, che nelle lingue indoeuropee identifica l'acqua: il bene comune per eccellenza. I beni comuni dovrebbero quindi richiamare soprattutto il modo con cui la collettività provvede alla loro produzione e mantenimento.

roso adempimento dei “doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” solennemente richiamati dall’art. 2 Cost. (non casualmente, lo stesso che enunzia l’istanza di tutela e di garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo), l’ardua sfida che si è inteso qui ravvisare all’interno della questione dei beni comuni, così presente nell’attuale dibattito pubblico, non potrà essere non dico vinta, ma neppure credibilmente affrontata.

Lungi dall’essere solo un problema ‘distributivo’, il problema del bene comune è essenzialmente quello di trovare un accordo su come mettere insieme le risorse necessarie, e prima ancora su quali diritti tutelare, attraverso quali modalità, attraverso quali meccanismi allocare le risorse, prevenire e comporre i conflitti, ripartirne equamente vantaggi e svantaggi. La ‘comunalità’ dei beni non si può esprimere solo nel diritto di attingerne per i propri bisogni fondamentali e nel principio ‘negativo’ della non-legittimità di azioni altrui volte ad impossessarsene, ma anche nel dovere ‘positivo’ di sottoporsi ad una disciplina affermata collettivamente, che riguarda sia le modalità di accesso e utilizzo, sia la partecipazione allo sforzo economico e la ‘messa in comune’ delle risorse. [...] La proprietà dei beni comuni, a chiunque appartenga, non può non includere anche la *responsabilità positiva* di provvedere alla loro cura e al loro sviluppo”.

SULLA NATURA GIURIDICA DEI BENI COMUNI

SOMMARIO: 1. La genealogia dei beni comuni. – 2. I beni comuni come categoria del diritto? – 3. La proprietà e l'uso: le perplessità degli storici di fronte all'utilizzo di antiche categorie per risolvere esigenze nuove. – 4. La riscoperta dei beni collettivi come soluzione alternativa alla disciplina dei beni comuni? – 5. I vantaggi del ritorno alla categoria dei beni pubblici. – 6. Conclusioni.

1. *La genealogia dei beni comuni*

Gli studi sui beni comuni hanno risposto a diverse esigenze che erano da tempo presenti negli ordinamenti e nelle società occidentali, quali la necessità di rimettere al centro della storia un diverso modo di possedere, o meglio di godere dei beni; la volontà di riconoscere a tutti l'accesso a beni e risorse che si ritengono necessari per la sopravvivenza o strumentali al godimento di diritti; la consapevolezza che la fruizione di quei beni incida positivamente sulla qualità della vita dei cittadini.

Inoltre, la più articolata questione dei beni comuni si è presto intrecciata con quella più specifica riguardante i tentativi di privatizzazione del servizio idrico, che hanno portato alla formazione di movimenti in difesa dell'acqua "pubblica"; questi ultimi hanno unito alla battaglia politica un'ampia riflessione giuridica in tema di possesso e proprietà, riportando *in auge* studi sull'uso condiviso dei beni, su forme di scambio e di proprietà collettiva che non solo mettono in discussione l'idea della proprietà privata su alcuni beni, ma incentivano un consumo più attento e oculato degli stessi, al fine di ridurre gli sprechi e di promuovere una conservazione dei beni non riproducibili.

La riflessione sui beni comuni – che ha raggiunto il suo apice al momento della redazione dei quesiti sull'acqua e fino all'esito referendario

nel 2011 – deve, dunque, essere collocata all'interno di un tentativo più ampio di trasformazione dei rapporti economici e sociali e rappresenta uno dei dibattiti più intensi e felici degli ultimi decenni, che si è riverberato anche sull'opinione pubblica e ha prodotto un'intensa e proficua riflessione anche della dottrina giuridica e della giurisprudenza¹.

Il movimento culturale e politico, oltre che giuridico, che si è costituito intorno al dibattito sui beni comuni si è mosso su più fronti difendendo l'acqua come "bene comune", ma anche altri beni a rischio di privatizzazione, in tal modo il termine ha assunto una natura ambigua e polisemica, in quanto è stato utilizzato per situazioni giuridiche soggettive del tutto diverse nella natura e nel contesto²; infatti, nello stesso anno a Roma uno storico teatro, chiuso da tempo, è riaperto da lavoratori dello spettacolo, da comuni cittadini e da artisti e intellettuali che coniano la definizione di "Teatro Valle bene comune"³. La locuzione "beni comuni"

¹ Per una ricostruzione delle vicende relative ai *referenda* sull'acqua e alle scelte sulla gestione di questo bene, per tutti, F. COSTANTINO, *La guerra dell'acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio*, in *Rivista AIC*, 3, 2011.

Si tornerà nel corso dell'articolo sulla giurisprudenza in tema di beni comuni, tuttavia si anticipa l'interesse che in più occasioni ha dimostrato la Corte costituzionale, la quale è intervenuta più volte sulla questione dei beni comuni, pur senza entrare nel merito. Dopo aver definito genericamente l'acqua come un "bene comune" dell'umanità, nella sent. n. 325 del 2010, nella sent. n. 25 del 2011 parla di una "speciale natura" del servizio idrico e dell'acqua come "bene comune" fondamentale (sebbene sia solo per riassumere la questione al punto 4 del *Considerato in fatto*); ribadisce il concetto nella sent. n. 64 del 2014, quando definisce le acque pubbliche un "bene comune"; nella sentenza n. 112 del 1993, il giudice costituzionale definisce, invece, l'etere un "bene comune"; così come nella sent. n. 500 del 1993 definisce beni comuni la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, nonché la sanità, che pure sono diritti che hanno una loro autonoma tutela costituzionale.

² Sulla molteplicità di definizioni giuridiche in tema di acqua si veda C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli 2013.

³ Si tratta di uno dei più antichi teatri di Roma che era stato dismesso dall'ente che lo aveva in gestione, il Comune di Roma e successivamente riaperto e gestito da una comunità di cittadini e lavoratori del mondo dello spettacolo. Analoghe esigenze di far rivivere in un quartiere storico di Roma un vecchio cinema che aveva ormai un'altra destinazione d'uso, hanno portato all'occupazione del Cinema Palazzo da parte dei residenti del quartiere S. Lorenzo. Mentre nel caso del Teatro Valle lo sgombero è stato deciso dal Comune di Roma, proprietario del bene, per quanto riguarda il cinema Palazzo, il Tribunale ha garantito una tutela concreta del bene (comune) basata sul riconoscimento di una situazione di fatto, ossia del possesso. Secondo alcuni, il giudice avrebbe riconosciuto il ruolo svolto dalla moltitudine per la difesa del "comune". Si veda Trib. Roma, 08.02.2012, con nota di C. AGABITINI, *Tutela possessoria e beni comuni: il caso del cinema "Palazzo"*, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 851 ss.

è, dunque, automaticamente associata a forme di partecipazione diretta nella gestione dei beni ed è evocata in ogni attività e pensiero in contrasto con forme di appropriazione, a volte definite “seconda *enclosures*”, di beni considerati di proprietà collettiva o precedentemente nella piena disponibilità dei singoli e delle collettività o anche di beni non legati ad alcuna forma di proprietà (l’aria, il mare). Dal punto di vista politico, i beni comuni rappresentano, perciò, una risposta al tentativo di monetizzare o assegnare un valore economico a beni che in passato non erano considerati merce di scambio, ma la cui scarsità o importanza riconosce loro un valore di mercato.

La consapevolezza che negli ultimi decenni beni in teoria accessibili a tutti, come il paesaggio, l’acqua, il mare, il cibo, il genoma umano, la riproducibilità dei semi per la produzione agricola e alimentare siano stati oggetto di appropriazione da parte di alcuni soggetti con la conseguente esclusione di altri, ha dato vita a un movimento in difesa dei beni comuni⁴.

⁴ Sul fenomeno delle “*enclosures*” come primo momento di rivendicazione proprietaria su terre prima comuni, si veda U. MATTEI, *I beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 47 e ss. e la critica di E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari 2013, 23 e ss. Sul tema anche S. VEZZANI, *I saperi tradizionali e le culture popolari alla luce del paradigma dei beni comuni*, in M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Roma 2012, 149 e ss. e la critica a Vitale di M. MASI, *Diritto e beni comuni: suggestioni da due libri recenti*, in *Cardozo electronic bulletin*, 2, 2014, il quale ricorda come la causa dei beni comuni sia logicamente legata al secondo movimento di “*enclosures*”, che opera nei confronti di beni immateriali più che all’accezione ottocentesca legata alla proprietà fondiaria; su questo l’A. fa riferimento a J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, in *Law and Contemporary Problems*, 2003, 33, 37. Queste riflessioni, che giudicano favorevolmente l’emersione della categoria dei beni comuni soprattutto nell’ambito dei beni immateriali, rivendicano tuttavia, anch’esse un ruolo del pubblico per la gestione e la disciplina di questi beni. In verità, la tesi di Masi e Boyle è criticabile nella parte in cui non tiene conto dell’esistenza di “*enclosures*” di prima generazione tuttora esistenti e ancora legate ai beni materiali e alla proprietà fondiaria. Tali “recinzioni”, cui i beni comuni tentano di porre rimedio, consistono nell’attività di riqualificazione di zone urbane, ma al fine di privatizzarle o di venderle al migliore offerente senza tutelare i vecchi residenti, (altrove tale pratica è chiamata *gentrification*), e nell’attività di *Land Grabbing* che consiste nell’accaparramento delle terre fertili da parte di Stati esteri, da parte di privati e soprattutto di multinazionali, al fine di gestire una sorta di concentrazione di risorse alimentari allo scopo di poter tramutare tali beni in prodotti finanziari, creando scarsità per ridurre l’offerta e aumentare la domanda, provocando così un’impennata dei prezzi che garantisca un guadagno certo su beni di prima necessità quali grano, soia, riso. Sul tema si veda L. PAOLONI, *Land Grabbing e beni comuni*, in M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 139 e ss.

Il successo della teoria e la pubblicazione del “manifesto” dei beni comuni hanno rappresentato una risposta alla richiesta di una partecipazione più attiva da parte della cittadinanza per ciò che riguarda la gestione o almeno il controllo del patrimonio collettivo, costituito da risorse e beni di cui sono destinatari tutti i cittadini. L’acqua rappresenta il bene esponenziale di questa battaglia, perché trattandosi di un bene irrinunciabile, senza il quale non c’è sopravvivenza, incarna in modo adeguato la finalità sottesa ai beni comuni, volta a ostacolare ogni forma di appropriazione che determini una minore disponibilità o che trasformi tale risorsa in un bene economico scarso.

La dottrina più attenta ha tentato una definizione dei beni comuni, proprio al fine di garantire loro una tutela giuridica certa e stringente. I pubblicisti hanno anch’essi tentato in tempi più recenti di fare il punto sulla natura dei beni comuni, sebbene la difficoltà consistesse soprattutto nell’individuare un minimo comune denominatore in termini di tutela, in presenza di una categoria (che è già un azzardo definire come tale) di beni così eterogenea⁵.

Il dibattito scientifico si presenta subito vivace, come dimostra la pubblicazione nel 2007 di un libro a cura di Ugo Mattei, Edoardo Reviglio, Stefano Rodotà, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica* la cui finalità sembrava essere quella di ripensare la disciplina della proprietà pubblica, non quello di sostituirla con nuove cate-

⁵ La difficoltà di racchiudere nella locuzione beni comuni, beni e situazioni giuridiche soggettive diverse non è stata ignorata dagli studiosi più attenti, che da una parte hanno tentato una prima tassonomia dei beni che potessero rientrare nella categoria del comune, distinguendo tra beni materiali e immateriali, dall’altra hanno però incluso istituzioni, soggetti, diritti che pur riguardanti temi di grande impatto politico, non possono essere considerati beni comuni. Mi riferisco, ad esempio, alle definizioni di “lavoro come bene comune”, allo “spazio urbano come bene comune”. La logica sottesa a questo ampio riconoscimento di situazioni diverse è quella di difendere da forme di accaparramento economico beni, tradizioni e forme di convivenza che il mercato sta rivendicando a sé. Più che la nozione di bene comune in questi casi sarebbe opportuno parlare di azioni politiche di resistenza, ma che non possono essere considerate *a priori* appartenenti al “comune”. Sulla questione, più approfonditamente si sofferma M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, cit., spec. 11-19. S veda anche L. D’ANDREA, *I beni comuni nella giurisprudenza sovranazionale, Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Torino 2016, 734 nota 6, il quale riporta (criticamente) la tesi di U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2012, 53 secondo il quale in una lista così eterogenea di “beni comuni”, l’appartenenza o meno a essi può essere ricavata solo dal contesto; in tal modo si dichiara sia la necessità di attenersi a un dato meramente empirico, sia la mancanza di scientificità e di ogni possibilità di classificazione per questo tipo di beni.

gorie giuridiche. Sempre nel giugno del 2007 era stata istituita la Commissione Rodotà con il compito di razionalizzare e di aggiornare il regime dei beni pubblici mediante la redazione di una bozza di disegno di legge delega che proponesse una modifica del Titolo II del Libro III del Codice Civile del 1942⁶. In realtà, l'operazione proposta dalla Commissione era di più ampia portata e consisteva in una mini-rivoluzione copernicana, poiché si prefiggeva lo scopo di modificare l'oggetto della tutela giuridica da parte del Codice civile in materia di beni: non più una protezione incentrata sul loro regime giuridico, ma sull'utilità che un certo tipo di bene produce su un singolo o su una collettività. In altre parole, la tutela sostanziale proposta si concentra sulla valutazione dell'utilità (pubblica o sociale) del bene per poi stabilirne il regime⁷ e collegando le utilità dei beni alla tutela dei diritti della persona e di interessi pubblici essenziali.

La finalità primaria della Commissione consisteva nel ripensare la categoria dei beni pubblici e, in particolare, la nozione di demanialità proprio per elaborare forme di tutela più efficaci nei confronti di beni con una funzione di pubblico interesse⁸. Di qui la necessità di elaborare una più convincente tassonomia dei beni pubblici che fosse legata alle caratteristiche economiche e sociali dei diversi beni, offrisse una tutela sostanziale e non solo formale mediante l'elaborazione di categorie che includessero più tipologie di beni e che si distaccassero dalla tutela offerta dal diritto vigente, considerata meramente formale e poco funzionale. La Commissione aveva anche in animo di aggiungere alla definizione di bene contenuta nell'art. 810 del Codice civile le cose immateriali⁹, cate-

⁶ La Commissione Rodotà è stata 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.

⁷ Vedi V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1975 e di A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli 2015.

⁸ La Commissione, nella bozza per elaborazione dei principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, prevedeva all'art. 1 comma 3, lettera d) la sostituzione del regime della demanialità e della patrimonialità attraverso l'introduzione di una classificazione dei beni pubblici appartenenti a persone pubbliche, fondata sulla loro natura e sulla loro funzione in attuazione delle norme costituzionali di cui all'Art 1, comma 2, così articolata: 1) beni ad appartenenza pubblica necessaria 2) beni pubblici sociali 3) beni pubblici fruttiferi.

⁹ La Commissione nella bozza di disegno di legge delega prevedeva all'art. 1 comma 3, lettera a) Revisione della formulazione dell'art. 810 del codice civile, al fine di qualificare come beni le cose, materiali o immateriali, le cui utilità possono essere oggetto di diritti.

goria di beni in continua espansione. Insomma, si trattava di un lodevole tentativo di modernizzare la disciplina dettata dal codice civile del 1942 anche alla luce del dettato costituzionale e di definire nuove forme di tutele per una serie di nuovi beni prodotti dalle nuove tecnologie e non ancora oggetto di tutela diretta.

Il lavoro della commissione, benché innovativo sotto diversi profili, restava fin qui nel solco della tradizione. La novità si scorge, invece, quando la Commissione decide di inserire nella classificazione dei beni anche una nuova categoria, quella dei beni comuni, senza ricondurla nella specie dei beni pubblici, per il fatto che i primi sarebbero caratterizzati da una titolarità diffusa e non da una titolarità pubblica. Ne farebbero parte, essenzialmente, le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate, come pure i beni archeologici, culturali, ambientali¹⁰. La dottrina più attenta in tema di beni comuni, è orientata a trovare una loro collocazione giuridica, ma superando la dicotomia pubblico/privato e ricordando altresì che esiste un'autonoma categoria di beni, cui fanno parte anche le proprietà collettive, che include quelli as-

¹⁰ I beni comuni sono menzionati nella Bozza della Commissione Rodotà all'art. 1 comma 3 lettera b) e specificati nella lettera c) dello stesso articolo:

Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o private. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti e interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e i modi di esercizio delle azioni suddette saranno definiti dal decreto delegato.

segnati a una comunità di cittadini¹¹; essa, peraltro, non è interessata al regime proprietario cui essi sono sottoposti, ma si concentra sulla fruizione comune di tale bene e ne ricava da questo una collocazione intermedia, proprio in nome di questo godimento collettivo, rispetto ai beni pubblici e privati¹². L'attenzione sul godimento e sulla fruizione del bene, ma non sulla proprietà, fa sì che secondo alcuni i beni comuni possano essere considerati tutti quei beni in cui c'è una relazione forte tra la risorsa in sé (o servizio) e la comunità che la utilizza¹³.

La critica che si può formulare a questa impostazione è che distinguendo tra fruizione e proprietà si potrebbe correre il rischio di possibili antinomie e sovrapposizioni tra le due condizioni: si potrebbe avere un bene che è comune nella fruizione, ma la cui proprietà è privata; in tal caso, però, chi è proprietario potrebbe vietare forme di godimento da parte di altri. In altre parole, non si può pensare che essi siano completamente sganciati dal regime proprietario e quindi possano far riferimento alla sola attività di fruizione; né può essere del tutto indifferente il fatto che la proprietà sia collettiva, pubblica o privata; in quest'ultimo caso, ad esempio, un godimento collettivo può essere preso in considerazione solo alle condizioni previste dall'art. 42, comma 2, della Costituzione, ossia nel caso si riconosca una utilità sociale del bene.

In realtà, a ben vedere, sono rintracciabili alcuni elementi che distinguono i beni comuni dagli altri tipi di beni, collocandoli, invero, in una posizione di contiguità con i beni pubblici. Infatti, pur differenziandosi dagli altri beni per la loro titolarità diffusa, condividerebbero con i beni pubblici la loro difesa e la loro tutela giurisdizionale, oltre che eventuali azioni risarcitorie anch'esse affidate unicamente allo Stato¹⁴. La categoria nascente del "comune", dunque, si ritrova ancora strettamente connessa con quella dei beni pubblici, almeno per ciò che attiene alla tutela del bene. Anzi, la contiguità con questi ultimi dovrebbe far riflettere sulla

¹¹ M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 12, che ricorda come la funzione sociale menzionata dall'art. 42 Cost. possa anche concretizzarsi in una tutela del "comune" nei confronti della proprietà collettiva.

¹² L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in M.R. MARELLA, *op. cit.*, 71.

¹³ A. LUCARELLI, *Note minime per una teoria giuridica sui beni comuni*, in *Quale stato?*, 2007, 87 e ss., ora in ID., *Beni comuni. Dalla teoria all'azione politica*, Viareggio 2011, 38.

¹⁴ F. MARINELLI, *Usi civici e beni comuni*, in *Rassegna di diritto civile*, 2013, 406 ss.

ipotesi di considerare i beni comuni come una particolare famiglia di beni pubblici¹⁵.

Per quanto riguarda concretamente la categoria dei beni che dovrebbero far parte di questo *tertium genus*, la Commissione Rodotà non è riuscita a cogliere l'occasione per includervi – come si era inizialmente ipotizzato – i cosiddetti beni immateriali fino a oggi d'incerta collocazione, come ad esempio la rete internet, le frequenze radio televisive (queste ultime collocate, invece, nella più rassicurante categoria dei beni pubblici, forse perché l'accesso a esse, resta, nonostante l'evoluzione tecnologica, limitato), che si riconoscono nella definizione di beni a titolarità diffusa cui l'accesso tecnicamente non è limitato, ma lo diventa se il proprietario del bene lo regola in modo da trarne profitto¹⁶.

La proposta della Commissione ha rappresentato un ottimo punto di partenza e uno stimolo per le riflessioni successive. È ora tempo di chiederci se, al di là del nobile tentativo, la creazione della categoria dei beni

¹⁵ La tesi che si prospetta è quella che vede nei beni comuni come un particolare *genus* della *species* beni pubblici, in aperto contrasto con le tesi di U. MATTEI, *Beni comuni*, cit., e di A. NEGRI e M. HARDT, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010, che ritengono il pubblico inconciliabile con il comune. Eppure ormai diversi studiosi, sono convinti della necessità di recuperare la dimensione pubblica dei beni, così A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione* in *Costituzionalismo.it*, 3/2013, spec. 22- 24; intenta a dimostrare l'importanza della proprietà individuale statale è invece D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2, 2014, 98 e ss.; convinto della irriducibile dicotomia tra le due categorie, ma in favore dei beni comuni è L. NIVARRA, *Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune*, in M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 69 e ss; persuaso, invece, della superiorità del pubblico e della categoria del demanio come proprietà collettiva da opporsi ai beni comuni, C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, in *Forumcostituzionale.it*, 24 settembre 2013.

¹⁶ Sembra giustificare e condividere la scelta di includere nei beni comuni i soli beni materiali, soprattutto in un primo momento, quando tutte le energie devono essere convogliate nella costruzione anche teorica di questa nuova categoria dei beni A. CIERVO, *Il futuro che avevamo dimenticato. Appunti per uno studio giuridico sui "beni comuni"*, in *Parolechiave*, 2010, 44. L'A. ricorda, a tale proposito, anche la difficoltà di identificare in modo accurato ed esaustivo tutti quei beni prodotti dalle nuove tecnologie informatiche e da internet.

Il rapporto tra beni immateriali, diritto di proprietà e beni comuni è stato oggetto di studio da parte della dottrina gius-privatista, cfr. G. RESTA, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, 3-72 e A. IANNARELLI, "Proprietà", "immateriale", "atipicità": i nuovi scenari di tutela, 73 e ss., entrambi in G. RESTA (a cura di), *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino 2011.

comuni sia la più idonea a tutelare beni che devono restare nella disponibilità di tutti. In altre parole, coniare una nuova categoria, quella dei beni comuni, dovrebbe rispondere all'esigenza di disciplinare nuovi bisogni e di trovare soluzioni a questioni che non possono essere adeguatamente risolte attraverso le vecchie categorie giuridiche e da ciò dovrebbe derivarne una qualche conseguenza positiva in termini di tutela, diversa e possibilmente maggiore di quella approntata finora.

2. I beni comuni come categoria del diritto?

Il tema dei beni comuni non è nuovo, ma nasce in circostanze e contesti completamente diversi da quelli attuali. Garrett Hardin, nel suo *"The Tragedy of the Commons"*¹⁷, come è stato osservato¹⁸, si preoccupava di un diverso problema, ossia della crescita esponenziale della popolazione del mondo; tuttavia già in quel diverso contesto metteva in evidenza uno dei problemi principali di una proprietà collettiva o condivisa che definiva beni comuni, ossia la tragedia della natura umana la quale tende prioritariamente a massimizzare il proprio interesse. Ciò rende assai difficile il perseguimento di un interesse comune, o il godimento collettivo di un bene se questo è lasciato alla libera gestione dei singoli. Per tali motivi, Hardin ritiene che la migliore tutela di quei beni, consista nel conferirne la proprietà e la gestione a soggetti terzi, siano essi soggetti pubblici o privati. In quest'ultimo caso, Hardin aggiunge soltanto che il bene comune diventa oggetto di proprietà, senza prevedere – del resto egli scrive negli Stati Uniti alla fine degli anni Sessanta – alcuna possibilità di limitazioni del diritto reale in favore della collettività¹⁹. Lo studioso, in netta antitesi con le teorie più recenti dei beni comuni, rivendica l'importanza di un soggetto regolatore, un regista, un proprietario che possa imporre una disciplina giuridica all'accesso e alla fruizione dei beni, non convinto della bontà dell'autoregolamentazione esercitata dai

¹⁷ G. HARDIN, *The tragedy of the Commons*, in *Science*, vol. 13, 1968, 1243-1248.

¹⁸ E. VITALE, *Contro i beni comuni*, Roma-Bari 2013, 5-7.

¹⁹ Una più attenta ricostruzione del pensiero di Hardin in tema di gestione dei beni comuni è fornita da E. VITALE, *Contro i beni comuni*, cit., 8-11. Una critica costruttiva alla teoria di Hardin, considerata una rielaborazione delle teorie di Ricardo, è contenuta in U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., 4 e ss. Si veda anche l'attenta riflessione di L. COCCOLI, *"The tragedy of the commons"*. Guida a una lettura critica, in M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 31 e ss.

singoli. Gli ambiti di disciplina oggetto di analisi di Hardin, invece, sono vicini a quelli che in anni successivi si sono imposti all'attenzione degli studiosi: la disciplina dell'ambiente, dell'uso delle risorse per definizione comuni, quali gli oceani, l'acqua, le terre. Lo studioso americano, però, evidenzia l'aspetto e i risvolti economici dell'uso e del godimento dei beni comuni da parte di soggetti tra di loro rivali, che fa emergere un problema legato ai comportamenti individuali degli utenti, perché un uso eccessivo da parte anche di pochi soggetti comporta necessariamente un uso inferiore o anche l'esclusione da parte di altri, che pure potrebbero godere dello stesso bene. In questo consiste la "tragedia", nel fatto che, pur essendo beni posti in regime di libero accesso o di comune godimento, qualcuno possa esserne escluso e qualcun altro possa goderne fino all'esaurimento della risorsa o del bene. Del resto, la classificazione che tale autore ha ricostruito, proprio perché da lui ritenuta di secondaria importanza rispetto al tema principale della scarsità di risorse in caso di sovrappopolazione, appare ancora rudimentale e solo il successivo e più meditato intervento scientifico della Ostrom, che opera una distinzione tra diversi tipi di beni e si sofferma in particolare sulla loro fruizione, sarà esposto in maniera più raffinata e analitica²⁰. Elinor Ostrom, infatti, distinguerà quattro tipi di bene (pubblici, privato, di club e comuni) per ognuno dei quali si può misurare il livello di esclusività e di rivalità, considerando che il primo è un dato storico, ossia la scelta di rendere un bene esclusivo oppure nella disponibilità di tutti dipende da scelte di natura politica (e giuridica) connaturate al regime di proprietà, mentre il secondo è influenzato anche dalla natura del bene, se esso è di per sé riproducibile e magari considerato al momento inesauribile (la luce del sole), oppure è un bene scarso che di per sé non garantisce l'accesso e il godimento a tutti. Nel caso dell'acqua, ad esempio, l'accesso deve necessariamente essere regolamentato e il bene, in molte parti del mondo, è tanto prezioso, quanto scarso. Proprio l'acqua, la cui natura sembrerebbe essere compatibile in larga misura con le caratteristiche proprie dei beni pubblici, lascia intravedere, almeno teoricamente, una maggiore efficacia di una gestione affidata a un'autorità pubblica, che meglio possa perseguire un interesse pubblico e possa più equamente ordinare l'accesso a un bene così rilevante, rispetto a quella affidata a una comunità (rilevando tra l'altro che il *genus* comunità può essere declinato

²⁰ E. OSTROM, *Governing the commons. The evolution of the institutions of collective actions*, Cambridge, 1990, trad. it., *Governare i beni collettivi*, Milano 2006.

attraverso numerose *species*, anche di diversissima natura e che possono essere titolari di diverse situazioni soggettive)²¹ che ne decida l'accesso, il godimento e l'uso. Tale comunità, infatti, potrebbe avere come scopo solo il proprio interesse, che potrebbe anche consistere nello sfruttamento di una risorsa a proprio piacimento senza alcun fine di conservazione della stessa. In altre parole, la collettività non è "buona di per sé" e potrebbe non voler tutelare il bene comune, ma solo goderne, magari a scapito della sua conservazione. Prevedere per i beni comuni una gestione pubblica potrebbe pertanto garantire sia il perseguimento dell'interesse pubblico, sia un rapporto più favorevole tra l'esclusività e la rivalità di cui parla il premio Nobel Olstrom, mentre affermare (come fa sia la stessa Commissione Rodotà, sia Mattei) che i beni possano essere gestiti anche da privati, purché il godimento sia comune, è una affermazione più difficile da realizzare e da dimostrare sul piano teorico²². Il le-

²¹ Si rinvia al saggio di V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 1, 2014, 6 e ss., che dedica un'accurata riflessione ai diversi tipi di proprietà e ai diversi rapporti che si possono instaurare tra beni e collettività, pur riscontrando che nei beni comuni manca una descrizione dei modi in cui tali rapporti si possano instaurare tra i beni e la collettività. Sulle collettività come elemento costitutivo dei beni comuni v. M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, cit. 12; A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari 2013, 69 distingue anche una gestione e un governo dei beni comuni da parte della collettività, che può costituire un stimolo per una migliore qualità delle politiche pubbliche, ma che non deve e non può sostituirsi ai processi decisionali *democratici*.

²² In tal caso, si dovrebbe ipotizzare che la gestione comune di un bene riesca sempre a prevalere sui diritti reali di proprietà, ossia che per definizione essa svolga una funzione sociale che l'art. 42 considera un limite alla proprietà privata. E' vero che l'art. 42 Cost. prevede la prevalenza dell'utilità sociale sul diritto di proprietà, ma ciò che spesso viene ripetuto come un mantra deve essere oggetto di un'attenta riflessione. La Costituzione afferma che la proprietà privata può essere limitata per assicurarne la funzione sociale, ma disciplina altresì il godimento del bene in capo al proprietario in via generale, sicché la fruizione del bene comune da parte di una collettività dovrebbe sempre svolgersi non in contrasto con i diritti del proprietario. Più poteri concomitanti di godimento sullo stesso bene erano possibili nello *ius commune*, quando non una sintesi di poteri, ma un complesso di poteri distinti tra di loro erano in gioco; la Carta costituzione non può prevedere un sistema di tal genere che è propugnato dai nostalgici del medioevalismo e del suo complesso di poteri (come ricorda P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, in *Quaderni fiorentini*, Milano 1992, 449 e ss.) Insomma, l'indifferenza che i sostenitori della teoria dei beni comuni come *tertium genus* manifestano nei confronti della proprietà, considerando la questione superflua ai fini del godimento dei beni comuni e considerando altresì questa categoria come sganciata dalla altre due e mai in contrasto con esse, non convince del tutto.

game con i beni pubblici e soprattutto con i beni collettivi già disciplinati nel diritto continentale è invece molto stretto, a tal punto che potrebbe rivelarsi non necessaria una sostituzione di queste categorie già esistenti con quella dei beni comuni. Ciò anche in considerazione del fatto che quelle caratteristiche che sembrano consustanziali ai beni comuni, la non esclusività, la non rivalità e la gestione collettiva o da parte di un individuo, ma in qualità di appartenente a una collettività, si possono verificare anche nei beni pubblici.

Altri studiosi, si muovono sullo stesso solco, ma arrivano a conclusioni più radicali, ritenendo che la questione debba essere posta diversamente e che sia arrivato il tempo di conferire una solida base dottrinale a quella connessione sicuramente stretta ed evidente tra beni pubblici e beni comuni²³, soprattutto dal momento che il modello classico di proprietà è entrato in crisi e si è alla ricerca di modelli alternativi²⁴.

Questa esigenza di rivalutazione dei beni pubblici, che pure non era stata del tutto ignorata proprio dalla Olstrom, ha faticato a imporsi in dottrina e a trovare una sua legittimazione scientifica per diversi motivi. Intanto il movimento a favore dei “*Commons*” si è spesso posto in contrasto o “oltre” il pubblico per mere ragioni geografiche e culturali. Trattandosi di un filone di pensiero nato tra gli studiosi di cultura anglosassone, per di più provenienti da tradizioni giuridiche vicine al Common law, l'interesse pubblico non ha rivestito un ruolo centrale nella loro elaborazione scientifica in tema di proprietà e di legittimazione delle istitu-

Anche se V. CERULLI IRELLI, *Intervento alla Tavola Rotonda su “La questione dei beni comuni”*, Università Sapienza di Roma, maggio 2016, 2 ritiene che gli stessi beni di proprietà privata, in alcuni casi, possano essere limitati dalla presenza sugli stessi beni di diritti imputati a una collettività (usi civici, diritti di uso pubblico). Esistono perciò plurimi beni giuridici che sono oggetto di limitazione da parte di quelli che Cerulli chiama “diritti di comunità”. Si pensi ad esempio, alla categoria del dominio eminente che si esercita su quei beni che, pur essendo privati, perseguono un interesse pubblico o rispondono a quelle esigenze di utilità sociale che la stessa Costituzione prevede all'art. 42 Cost. e per questo vengono assoggettati dall'ordinamento a una particolare disciplina che può prevedere in capo a essi vincoli di immodificabilità o particolari obblighi di conservazione o di destinazione, come ha sostenuto A.M. SANDULLI, *Dominio eminente*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano 1964, 628 e s.

²³ Nel senso che i beni pubblici possono agevolmente conformarsi a una fruizione collettiva, cfr. D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, cit., 108 e ss.

²⁴ J. BOYLE, *The opposite of Property?*, in *Law and contemporary problem*, 66, nn. 1-2, 2003, 1 ss.

zioni statali come per i sistemi giuridici continentali; secondariamente, proprio negli anni in cui la teoria dei beni comuni comincia a diffondersi, ovunque il concetto di pubblico entrava in un desolante declino e la stessa distinzione tra pubblico e privatoolgeva progressivamente e inesorabilmente al tramonto²⁵. Per questo il dibattito sui *Commons* finirà per trascurare l'importanza e il contributo che la superiorità della gestione pubblica della proprietà ha consegnato alla storia e come nel modello continentale la secolarizzazione, la recinzione delle terre libere e l'istituzionalizzazione e l'unificazione dei territori per mano dello Stato ha portato al superamento delle istituzioni feudali, frammentate e disuguali per definizione²⁶.

3. *La proprietà e l'uso: le perplessità degli storici di fronte all'utilizzo di antiche categorie per risolvere esigenze nuove*

Soprattutto nei sistemi di famiglia romano-germanica, la dottrina ha tentato di legittimare i beni comuni rinvenendone una matrice storica nel diritto romano²⁷ e nella tradizione di uso collettivo dei beni che risale al medioevo²⁸. Come si vedrà, la dottrina più avveduta invita a prestare attenzione nel riconoscere nella categoria romana delle *res communes omnium* un lontano antenato dei beni comuni, dal momento che nell'ottica dei giuristi romani questi beni erano per loro natura occupabili da parte di alcuni anche escludendo tutti gli altri possibili fruitori, purché a questi ultimi fosse assicurata una eguale opportunità di sfruttare altre porzioni

²⁵ M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, in *Beni, proprietà e diritti reali*, a cura di M. Bessone, vol. VII, tomo I.2, Torino 2008.

²⁶ È stato altresì trascurato il processo storico che ha visto l'identificazione del pubblico con l'istituzione statale, processo che ha caratterizzato la storia continentale europea e che ha permesso il superamento del regime feudale e delle istituzioni medioevali, come hanno invece evidenziato S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1910 e E.-W. BOCKENFÖRDE, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, in ID., *Diritto e secolarizzazione*, 2007, 33 e ss.

²⁷ P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Federalismi.it*, 2011.

²⁸ Come fa lo stesso U. MATTEI, *Beni comuni, un manifesto*, cit., 24 criticato da R. FERRANTE, il quale ritiene che, immerso nel neomedievalismo istituzionale, Mattei non prenda seriamente in considerazione la cultura plurale complessa degli usi civici, in ID., *Beni comuni tra storia e diritto*, in M. COSULICH, G. ROLLA, *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, Napoli 2014, 24.

della risorsa; in altre parole, questo si poteva concepire a patto che la risorsa soggetta a sfruttamento potesse essere annoverata tra quelle di natura inesauribile. Pertanto, le *res communes omnium* rientravano tra i beni o le risorse che potevano essere sfruttate da singoli soggetti, mediante appropriazione; il che sembrerebbe a prima lettura in forte contrasto con la natura collettiva dei beni comuni.

Inoltre, la comparazione diacronica tra categorie situate in momenti storici così diversi e complessi deve essere corredata da tutta una serie di ponderazioni per evitare fraintendimenti²⁹. È vero che l'istituto della proprietà è diventato predominante e ha pressoché oscurato altri modi di possedere in tempi relativamente recenti³⁰ ed è altrettanto vero che la proprietà intesa come *dominium* non solo non è conosciuta nell'antica Grecia³¹, ma arriva tardi anche a Roma ove è contrapposta all'*imperium* e diventa titolo legittimo di proprietà solo ai tempi di Cicerone³². Questo, però, non legittima direttamente i beni comuni, spiega semplicemente che la proprietà resta un diritto complesso, che mantiene una sua poliedricità, che lascia spazio ancora oggi a forme di proprietà collettiva, di godimento e di fruizione e che si tratta di un istituto relativamente giovane, ma che si è imposto con particolare successo nell'età moderna.

Quel che oggi chiamiamo "comune" potrebbe, per certi versi, avere delle assonanze con le "*res communes omnium*", come del resto aveva già intuito Massimo Severo Giannini³³. Questa definizione dei beni comuni riconducibili a una categoria di beni del periodo romano ha effettivamente alcuni vantaggi, poiché ancora nella storia e nelle tradizioni giuri-

²⁹ Condivide questa impostazione e ne spiega in modo più dettagliato le ragioni D. CASALINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino 2014, 7 e s. L'A. ricorda, infatti, ad esempio, la stessa polisemia del termine *publicus* nell'antica Roma, che include sia un'idea della gratuità dell'uso, sia quella del regime di appartenenza.

³⁰ P. GROSSI, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano 1992, *passim*, il quale dimostra come il periodo proprietario romano abbia schiacciato forme di proprietà collettive, poi riemerse prepotentemente nel medioevo e nell'età moderna, e ID., *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977, 14 ove ricorda che la proprietà è stata fondata quasi esclusivamente su una "coloritura" etico-politica e non già storica.

³¹ E. CANTARELLA, *Proprietà, (diritto greco)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIV, Torino, 1967, 99-106

³² Per la distinzione tra *dominium e imperium*, v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà (diritto romano)* in *Enc. Dir.*, vol. XXXVII, Milano 1988, 186 e ss. E J. GAUDEMET, *Dominium et imperium. Les deux pouvoirs dans la Rome ancienne*, in *Droits*, 1995, 12.

³³ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'Anno Accademico 1962-63*, Roma, 63 e ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1977, 37 e ss.

diche più risalenti la concezione del bene collettivo, che peraltro il diritto romano conosceva sotto diversi profili. Si distinguevano, infatti, le *res communes* dalle *res nullius*. Tuttavia, anche questa definizione sconta alcuni profili di ambiguità poiché le *res communes omnium* sono utili ai fini dell'accostamento ai beni comuni solo per la loro qualificazione in negativo: rappresentano dei beni il cui uso "non può essere negato a chicchessia"³⁴, ma non si aggiunge nulla in positivo rispetto a ciò che riguarda la disciplina concreta dell'eventuale uso collettivo della *res communes*, né ci fornisce indicazioni in merito ai modi in cui la pretesa di appropriarsi di porzioni del bene o sul diritto d'uso possa conciliarsi con il diritto di proprietà.

Certo, la definizione di *res communes omnium* è sembrata accattivante e ha suscitato l'interesse dei più per le sue affinità con alcuni aspetti che caratterizzano i beni comuni: il fatto che si preoccupi più della destinazione del bene che del titolo di proprietà, che il godimento non possa essere negato a nessuno. Gli stessi storici del diritto sono perplessi in merito all'uso disinvolto che si è fatto di questa categoria, spesso a scapito della più convincente categoria delle *res publicae* ben più utilizzata nel diritto romano, ma che sconta ancora una volta il pregiudizio che avvolge la preferenza per una disciplina pubblicistica su quella comunitarista³⁵.

È Marciano a qualificare *naturali iure omnium communia* l'aria, l'acqua corrente, il mare, sebbene solo in un frammento e sebbene il conio di questa nuova categoria sia stata criticata da Mommsen, che la considerava priva di qualunque pretesa euristica. Il recupero da parte della dottrina soprattutto italiana di questa categoria non particolarmente esaustiva, né largamente utilizzata, sembra essere piuttosto il frutto di una ricerca di conferma a ritroso di convincimenti più recenti in tema di proprietà collettive che si vogliono ancorare al diritto romano³⁶; tant'è

³⁴ M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, in *Analisi Giuridica dell'Economia* 1, 2010, 43.

³⁵ Sul tema, C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, in *www.forumcostituzionale.it*, 24 settembre 2013.

³⁶ Sebbene sia lodevolissimo lo scopo di P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014, il quale tenta di tutelare il bene ambiente ricorrendo alla nozione di proprietà collettiva non è condivisibile l'ipotesi da cui fa discendere il suo ragionamento, ossia che la proprietà comune o collettiva troverebbe la sua origine e il suo fondamento nella «sovranità», mentre quella privata trova un suo fondamento e una sua legittimazione nella «legge», ovviamente subordinata alla Costituzione. Più in dettaglio, P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Federalismi.it*,

che anche allora la letteratura sul tema non era univoca e lo stesso Gaio volse l'attenzione piuttosto verso le *res publicae* che «non appaiono essere nel patrimonio di alcuno: infatti sono credute appartenere all'*universitas*, intesa come la collettività dei cittadini. Dalle descrizioni di Gaio per ciò che attiene all'uso di cose comuni (lidi, rive dei fiumi) sembrerebbe però incline a riconoscere solo un uso "temporaneo" di cose comuni da parte dei singoli cittadini (tirare a secco le barche sui lidi del mare, ma per un tempo limitato) in modo che la collettività, che è proprietaria del bene sia unica titolare anche del diritto di godimento sul bene stesso, che può essere frazionato solo mediante un uso temporaneo. Queste caratteristiche sono pienamente in linea con la definizione moderna di beni comuni, sebbene siano state perlopiù trascurate. Pertanto, a voler rintracciare la categoria che meglio possa incarnare la finalità di un godimento collettivo è sulle *res publicae* che bisogna concentrare l'attenzione. Essa comprende a sua volta le *res in patrimonio populi*, la cui circolazione ricorderebbe oggi però quella di una proprietà collettiva dei privati; e le *res in publico usu*, queste sì aperte all'uso pubblico, sulle quali nemmeno le istituzioni romane potevano rivendicare forme di appropriazione e di disposizione³⁷.

2011. La tesi secondo la quale le *res communes omnium* costituiscono un primo e lontano esempio storico di beni comuni è sostenuta anche da A. LUCARELLI, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, cit., 39 ss.

³⁷ Per un accostamento tra beni comuni e beni pubblici si veda in A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*, Torino 2013. Per una più analitica distinzione del regime dei beni, pubblici, comuni, privati si veda M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a «res communis omnium» a bene collettivo*, in *Analisi giuridica ed economica*, 1, 2010. Anche la giurisprudenza sembrerebbe avvalorare l'accostamento tra beni comuni e *res in usu publico* in misura maggiore rispetto alla eventuale correlazione tra beni comuni e *res communis omnium*, come dimostra la giurisprudenza più risalente della Cassazione. A tal proposito si vedano le sentenze della Cassazione di Roma, 9 marzo 1887 sul diritto di entrare e passeggiare in Villa Borghese e la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione di Roma 14 aprile 1917 con la quale si afferma il diritto di uso pubblico da parte della popolazione del Comune di Sennori sul fondo privato di Antonio Veccia (che fa esplicito riferimento alla caratteristica della *utilitas* del bene, che spesso ricorre come elemento costitutivo dei beni comuni).

Tra le decisioni più recenti, si vedano, tra le altre, la decisione del TAR Veneto 18 dicembre 2007 n. 4029 e quella della Cassazione 14 febbraio 2011, che si fondano invece sul rapporto tra beni demaniali e uso pubblico dei beni categoria dei beni demaniali sulla quale cfr. S. LIETO, "Beni comuni", *diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del Diritto*, 2011, 331 ss. Da ultimo, si veda anche la decisione della Corte EDU, sez. II, 23 settembre 2014, Valle Piemontè Società Agricola S.p.a.c. Italia nella quale, oltre al riconoscimento del bene dema-

Si accennava agli inevitabili rischi di decontestualizzazione nel ricercare forme simili nella storia romana e medioevale. Si pensi, infatti, a quanto nel passato si fosse poco sensibili al tema dei beni esauribili e scarsi e quanto invece la questione sia alla radice della teoria dei beni comuni, considerati un efficace strumento di conservazione di quegli stessi; ed è altrettanto arduo rinvenire nella storia più risalente una disciplina dell'uso alternativo e conflittuale di questi beni, che è alla base dell'innovativa analisi della Olstrom.

La storia può semmai contribuire a fornire una chiave interpretativa delle vicende che hanno portato alla configurazione dei beni comuni come risposta a continue privatizzazioni e alla progressiva sostituzione della gestione pubblica dei beni con quella privata. Proprio attraverso la storia si può tracciare una linea evolutiva che mostri i vantaggi conseguiti attraverso una tutela e una gestione pubblica dei beni. Si pensi, inoltre, a quanto siano stati importanti i beni demaniali e i possedimenti di proprietà prima del Re in quanto persona pubblica, poi dell'istituzione sovrana ai fini della costruzione dell'istituzione statale; quest'ultima non sarebbe riuscita ad imporsi sugli altri poteri senza una dotazione di beni demaniali, sui quali esercitare la sovranità esclusiva.

4. *La riscoperta dei beni collettivi come soluzione alternativa alla disciplina dei beni comuni?*

Nonostante, come si è accennato in merito alla comparazione tra categorie del diritto romano e beni comuni, non si ritenga utile evocare regimi dei beni risalenti nel tempo per legittimare questi ultimi, non ci si può esimere dal confrontarsi con la dottrina degli usi civici, che più volte è stata evocata da molti degli studiosi dei beni comuni ma e da tutti coloro che hanno tentato un accostamento tra le due categorie, poiché entrambe si incentrano su forme di possesso esercitate da parte di comunità su alcuni beni a prescindere dalla loro natura proprietaria.

Forme di possesso, di uso, di accesso a beni erano usuali nel medioevo ove s'inserisce nelle pieghe del diritto romano la concezione giuridica germanica e longobarda, la quale privilegia il concreto e diretto

niale si evidenzia la necessità di riconoscere un indennizzo in capo alla società che vi era insediata con un'attività produttiva una "revoca" al proprio diritto di proprietà, cfr. L. D'ANDREA, *I beni comuni nella giurisprudenza sovranazionale*, cit., 742.

rapporto con la terra, invece che l'astratta titolarità del fondo³⁸, e ciò comporta che le forme di consociativismo e le istituzioni intermedie godano di una particolare attenzione rispetto a quelle proprietarie. Tracce di queste forme di possesso svincolate dalla proprietà sono ancora presenti negli ordinamenti contemporanei³⁹. Non si dovrebbe, tuttavia, pensare agli usi civici e alle regole dominicali solo nella veste di forme alternative alla proprietà come fanno alcuni studiosi dei beni comuni, perché queste forme di possesso sono state a lungo identificate con il feudalesimo e più in generale le istituzioni premoderne, tutte forme alternative all'accentramento territoriale che ha favorito la formazione delle istituzioni statali⁴⁰. Sono l'esempio di una sdemanializzazione nella quale il bene in sé è snaturato rispetto alle diverse utilità che su di esso insistono, ma gli usi civici sono sempre rimasti ai margini del diritto di derivazione romanistica; le regalie sovrane, le regole, i demani collettivi e civici sono sempre stati collocati a metà tra il diritto pubblico e il diritto privato (in questo si possono considerare forme pregresse di beni comuni), ma proprio per questo è sempre stato difficile trovare loro una legittimazione teorica.

Detto ciò, è indubbio che nei domini collettivi⁴¹, nelle regole e negli usi civici si trovino forme di godimento collettivo che potrebbero ancora tornare utili (tanto è vero che sono ancora presenti negli ordinamenti nazionali) e che condividano con i beni comuni l'obiettivo di massimizzare l'utilità percepita dai partecipanti all'ente collettivo⁴²; del resto questo non è sfuggito alla dottrina più attenta. La stessa commissione Rodotà auspicava nella bozza di riforma dei beni pubblici forme di coordinamento fra la disciplina dei beni comuni e la disciplina degli usi civici, senza però specificare come questo potesse avvenire. Va anche sottolineato, però, che un conto è ispirarsi a forme storiche di domini collettivi e un altro è pretendere di costruire su di essi la disciplina dei beni co-

³⁸ A. DANI, *Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente*, in *Historia e ius*, 2014, 10, il quale riprende le osservazioni di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari 2007, 103.

³⁹ Così anche F. MARINELLI, *Gli Usi civici e I beni comuni*, in *Rass dir. Civile*, 2013, 406 e ss.

⁴⁰ Sul rischio che i beni comuni sottendano una nostalgia per il mondo premoderno si esprime R. FERRANTE, *Beni comuni tra storia e diritto*, in M. Cosulich, G. Rolla (a cura di), *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, Napoli 2014, 25.

⁴¹ E. CORTESE, v. *Domini collettivi*, in *Enc. Dir.*, vol. XII, Milano 1964, 922-926.

⁴² A.V. CHAYNOV, *On the theory of non-capitalistic system*, Manchester 1966.

muni; nei lavori di archivio utilizzati dagli storici del diritto è emerso senza ambiguità uno dei limiti che sono riferibili a un uso più largo e diffuso degli usi civici se li si volesse proporre come strumento per tutelare proprietà collettive e preservare alcuni beni o anche limitare le forme di appropriazione su di essi: si tratta infatti di “sistemi di risorse collettive che si realizzano efficacemente solo su una scala ridotta” e in riferimento a una precisa comunità storica⁴³. È dunque difficile pensare a un loro utilizzo senza tenere conto di queste precondizioni che ne rendono effettivo il funzionamento. Così come è necessario evidenziare un altro punto di distinzione tra i beni comuni e gli usi civici perché questi ultimi non prevedono un accesso libero alle risorse da parte di tutti poiché il godimento e l’uso di quelle risorse è riservato ai soggetti parte della comunità storica di riferimento⁴⁴.

Le analisi di Grossi⁴⁵ e di Rodotà⁴⁶ erano volte a dimostrare che il godimento collettivo di alcuni specifici beni è risalente nel tempo e fa parte di quella tradizione dei “diritti storici” ai quali si possono ricondurre gli usi civici, i demani civici, le proprietà collettive, le regole e altri istituti che affondano le radici in tempi precedenti alla formazione dello stato territoriale⁴⁷, ma che continuano a esistere e a essere oggetto della giurisprudenza, anche costituzionale⁴⁸ a dimostrazione del fatto che possono

⁴³ Sul punto, si veda la ricostruzione di R. FERRANTE, *op. cit.*, spec. 21 e ss.

⁴⁴ Così P. NERVI, *I diritti storici nell’esperienza degli assetti fondiari collettivi*, in M. COSULICH, G. ROLLA (a cura di), *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, Napoli 2014, 27-28 che cita sul punto S.V. CIRIACH, R. WUNTRUP, C. BISHOP, *Common property as a concept in natural resources policy*, in *Natural resources Journal*, 1975, 713-727.

⁴⁵ Gran parte dell’attività scientifica di Paolo Grossi è stata votata allo studio delle istituzioni premoderne e in particolare alle forme alternative alla proprietà, tra queste si ricordano P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno* 17, 1988. Sulla questione della pluralità dei regimi di appartenenza collettiva dei beni superata con l’elaborazione del concetto di proprietà moderna, si veda anche A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli 2015, spec. 3-116.

⁴⁶ In particolare S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, III ed., Bologna 2013

⁴⁷ Sul significato di Stato territoriale inteso come l’istituzione che unifica sovranità e territorio e che permette perciò una tutela più stringente dei suoi cittadini rispetto ai periodi storici precedenti, si veda TH. ERTMAN, *The birth of Leviathan, building state and regimes in medioeval and early moderne Europe*, New York 1997.

Per un’analisi approfondita sui diritti storici, gli usi civici e le regole si veda M. COSULICH, G. ROLLA (a cura di), *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali*, Napoli 2014.

⁴⁸ La Corte costituzionale è tornata anche recentemente sulla questione degli usi ci-

continuare a svolgere un ruolo all'interno degli ordinamenti contemporanei, ma anche che persino in questi ultimi la proprietà non può essere vista come un monolite privo di sfaccettature e differenziazioni.

In tempi in cui i beni comuni non sfioravano neppure i pensieri dei giuristi più avveduti, si presentava già la questione dello sfruttamento delle miniere o delle risorse energetiche da parte di gruppi di soggetti e anche l'uso dei boschi e dei pascoli da parte delle comunità che risiedevano in prossimità di essi è sempre stato difeso. Il ritorno in *auge* dei beni comuni ha anche rappresentato l'occasione per tornare a studiare le forme di proprietà collettiva che almeno in Italia continua a rappresentare una funzione di coesione sociale e di protezione di beni e luoghi, seppure in uso a comunità ristrette⁴⁹, che è poi una delle funzioni che è attribuita ai beni comuni⁵⁰. Quelli che sono anche chiamati diritti storici e che rientrano in una più ampia categoria dei domini collettivi, sono basati su forme di partecipazione e di gestione diretta per la cura e il godimento del bene e pertanto possono funzionare solo se si è in presenza di comunità locali e di beni di modesta entità; le regole del Cadore e gli usi civici legati a uno sfruttamento condiviso dei boschi infatti poggiano su questi due presupposti. Si tratta di modelli sui quali si potrebbero costruire forme di godimento e di proprietà collettiva, legate però a piccole comunità e a una gestione di beni di minore entità: si pensi a comunità costituite all'interno dei condomini allo scopo di gestire e disciplinare forme di accesso e di godimento condiviso della rete internet, al verde condominiale, ad asili per i residenti, oppure a comunità di quartiere che sviluppino forme di gestione delle cose comuni. Queste attività potreb-

vici nelle sentt. nn. 445/1995, 310/2006, 210/2014. La giurisprudenza costituzionale più recente si è incentrata sulla questione della ripartizione di competenze tra Stato e Regione, ma ha anche evidenziato le finalità di tutela ambientale che gli usi civici perseguono, ossia la tutela di un "bene comune" scarso e non riproducibile, sicché la confusione tra le due categorie è stata incrementata dal giudice costituzionale. Sul punto si veda L. PRINCIPATO, *Gli usi civici non esistono*, in *Giur cost.*, 2014, 3367 ss. L'A. rileva come dietro il sintagma "usi civici" o "proprietà collettive" si ricomprenda una molteplicità di istituti diversi tra di loro. Anche i "beni comuni" racchiudono una molteplicità di beni e situazioni giuridiche soggettive, ciò potrebbe aver contribuito al nascere di una presunta contiguità tra le due categorie.

⁴⁹ Persino la Olstrom si è occupata della questione dei diritti storici in Italia, in E. OLSTROM, *Come alcune comunità hanno evitato la tragedia delle risorse comuni*, in AA.VV., *Terre civiche tra l'istituzionalizzazione del territorio e il declino dell'autorità locale di sistema*, a cura di P. NERVI, Padova 2000, 36-45.

⁵⁰ In tal senso, A. LUCARELLI, *Crisi della demanialità e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, in *DPERonline*, n.1, 2016.

bero costituire un modello per altre forme di organizzazione e partecipazione diretta dei cittadini a una serie di attività che possono essere condivise in spazi di aggregazione circoscritti o caratterizzati da finalità comuni, quali le scuole, i luoghi di lavoro o altri spazi di comunità, ma non possono sostituire altre forme di organizzazione sociale e giuridica più complesse. In altre parole, la partecipazione diretta della comunità alla gestione del bene, non può sostituire gestioni pubbliche più complesse che devono tenere conto di comunità più ampie e devono gestire beni di maggiore rilevanza come nel caso dell'acqua, sia perché in quest'ultimo caso non si tratta di diritti che appartengono solo alla comunità di riferimento e che perciò escludono tutti gli altri, ma di diritti il cui godimento e uso deve essere garantito a tutti; sia perché non si tratta di diritti che storicamente si tramandano su un territorio specifico (il diritto al pascolo su determinati terreni, il diritto conferito ai braccianti di un determinato luogo di raccogliere il grano sfuggito a una prima trebbiatura, o il diritto di una comunità a utilizzare il legname del bosco più vicino al luogo di residenza) ma di accesso a beni strumentali al godimento di diritti fondamentali. persino le fonti di riferimento non possono essere le stesse: la fonte di riferimento degli usi e dei domini collettivi è la consuetudine⁵¹, che nel sistema delle fonti non rappresenta certo la forma di tutela più stringente, mentre per ciò che riguarda l'acqua o altri beni equiparabili da più parti si richiede una fonte di grado costituzionale che ne tuteli l'accesso e il godimento visto il loro carattere fondamentale.

5. *I vantaggi del ritorno alla categoria dei beni pubblici*

Pur avendo trovato storicamente categorie che in qualche modo si avvicinano a quella di nuovo conio rappresentata dai beni comuni, da più parti sembra si stia levando una voce a favore del ritorno alla categoria più solida dei beni pubblici demaniali, legati a profonde e solide radici storiche negli ordinamenti continentali⁵². Benché le perplessità e le

⁵¹ Sulla fonte consuetudinaria si sofferma D. QUAGLIONI, *La consuetudine come costituzione*, in AA.VV., *Le proprietà collettive e autonomia*, Atti del Convegno di Trento, Padova 2000, 9-28 e ID., *La storia come fonte del diritto*, in M. COSULICH, ROLLA (a cura di), *op. cit.*, 4.

⁵² Le radici storiche e la conseguente maggiore facilità nell'uso di questa categoria è dettagliatamente illustrata da M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, cit., 70 e ss.

critiche rivolte negli ultimi anni alla gestione dei beni pubblici, troppo spesso alienati, privatizzati o amministrati senza una particolare attenzione per ciò che attiene alla conservazione della *res publica*, siano molteplici e spesso condivisibili⁵³, una riforma dei beni pubblici che possa ripensarli alla luce della Costituzione e che sia volta a garantire non solo l'inalienabilità di questi beni, ma anche la loro strumentalità (e la dimensione sociale come ha ricordato Lucarelli)⁵⁴ rispetto ai diritti costituzionalmente protetti (come ha più volte affermato Luigi Ferrajoli), potrebbe rappresentare un tentativo di risposta alle esigenze poste in essere dai beni comuni. Gli stessi sostenitori dei beni comuni hanno ritenuto che tra questi dovessero essere annoverati anche i "beni pubblici non statali", ossia tutti quei beni *extra commercium* che, esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali – nonché al libero sviluppo della persona – e dei quali lo Stato deve garantire la fruizione collettiva, attraverso una gestione partecipata⁵⁵. Alcuni beni comuni, tra i quali l'acqua, potrebbero rientrare senza particolari difficoltà in questa definizione che avrebbe il pregio di garantire l'accesso a tutti, di prevedere una gestione partecipata e la necessità di preservare il bene da possibili privatizzazioni della gestione del servizio⁵⁶. La diffidenza nei confronti della categoria dei beni pubblici è giustificata dal fatto che negli ultimi decenni tali beni, come si è già fatto cenno, sono stati oggetto di innumerevoli alienazioni, privatizzazioni e affidamenti a privati che ne hanno ricavato profitti.

Le privatizzazioni hanno fatto emergere l'elemento debole dei beni pubblici attuali, ossia che l'appartenenza del bene allo Stato o agli altre enti pubblici territoriali non garantisce né una sua conservazione, né un godimento collettivo. Inoltre, la vendita di tali beni è stata possibile per

Come l'uso di categorie, a volte dimenticate, possa rispondere a nuove esigenze è dimostrato in M. LUCIANI, *Esclusiva brevettuale ed uso sociale delle nuove tecnologie*, in AA.VV., *Il gene invadente*, Milano 2006, 173 e ss. che suggerisce l'uso della categoria del dominio eminente per la disciplina dei brevetti delle nuove tecnologie.

⁵³ A. LUCARELLI, *La categoria giuridica dei beni comuni: oltre il regime della demanialità per il recupero della dimensione sociale dei beni pubblici*, *Intervento alla Tavola Rotonda su "La questione dei beni comuni"*, Università Sapienza di Roma, maggio 2016, 7-8.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ A. CIERVO, *Il futuro che avevamo dimenticato. Appunti per uno studio giuridico sui "beni comuni"*, in *Parole chiave*, 2, 2010, 59.

⁵⁶ *Contra* T.E. FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2010, 29 e ss. Il quale ritiene che dal riconoscimento della natura pubblica dell'acqua, non ne consegue direttamente e in modo automatico un divieto di affidare la gestione del bene ai privati.

ché la disciplina vigente non protegge sufficientemente i beni pubblici, poiché non prevede ciò che è implicito perché sembrava scontato per la proprietà pubblica e che è invece esplicitato per la proprietà privata dall'art 42 Cost., vale a dire i limiti volti ad assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. È probabile che il Costituente abbia voluto garantire al legislatore, per ciò che attiene alla proprietà pubblica, la massima libertà di decisione in termini di destinazione e di gestione dei beni pubblici, oppure che avesse dato per scontato che il legislatore avrebbe garantito per quella particolare categoria di beni una tutela ancor più stringente di quella prevista per la proprietà privata, garantendo le cose pubbliche ben oltre il limite dell'utilità sociale e sempre tenendo presente l'interesse pubblico, che è connaturato a esse⁵⁷. Date le condizioni, si comprende la richiesta di "inventare" una nuova categoria, quella dei beni comuni, che avesse come finalità anche quella di proteggere i beni dalla stessa gestione pubblica. La soluzione potrebbe risiedere in una riforma dell'art. 42 Cost., ma non al fine di inserire una terza categoria, quanto piuttosto per definire una tutela più stringente e dettagliata della proprietà pubblica; non solo prevedendo l'inalienabilità, ma specificando ciò che scontato non è, ossia la protezione dell'interesse pubblico e la specificazione che tali beni debbano essere considerati funzionali e strumentali al soddisfacimento di diritti fondamentali dei cittadini (e non delle sole collettività di riferimento territoriale). In altre parole, quelle caratteristiche che il movimento dei beni comuni voleva fossero in capo alla nuova categoria potrebbero essere incardinate in quella dei "nuovi" beni pubblici⁵⁸.

Tale operazione non sembra impossibile: quando le stesse Sezioni unite della Cassazione ricordano che lo Stato ha la titolarità delle valli da pesca e soprattutto deve mantenere una gestione diretta di quel bene, sembra descrivere una gestione pubblica di quel bene. La gestione collettiva e quella diretta dei beni possono essere ricondotte a una gestione

⁵⁷ L'assenza di una disciplina più stringente dei beni pubblici si deve ricondurre a una scarsa attenzione che il Costituente ha dimostrato nei loro confronti forse perché si riteneva talmente scontata una loro tutela da non ritenere necessaria una loro delimitazione come invece avvenne per i beni privati. In maniera più dettagliata e attenta, D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, cit., 82 e ss.

⁵⁸ Così anche V.T. BONETTI, *Beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra "mito" e "realtà"*, in *www.aedon.mulino.it*, 1, 2013 e T. SEPELLI, *Sulla questione dei beni comuni: un contributo antropologico per la costruzione di una strategia politica*, in M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, cit., 110 e ss.

da parte dello Stato-comunità senza scomodare nuove categorie⁵⁹. In altre parole, i beni pubblici possono garantire in modo più efficace non solo una titolarità del bene imputabile a tutti i cittadini, ma anche una gestione più democratica e condivisa affidata a enti locali, oppure a comunità di cittadini, ma pur sempre controllata da una istituzione pubblica che ne verifichi il rispetto delle regole e dell'interesse pubblico. La stessa comunità potrebbe essere individuata seguendo criteri legati all'appartenenza, alla residenza, agli interessi comuni o altro. Perché siano capaci di accettare la sfida posta dei beni comuni, i beni pubblici devono essere ripensati in armonia con la Costituzione, studiando meccanismi di tutela che rendano esplicita la protezione dell'interesse pubblico e facciano espresso divieto di privatizzare e alienare dei beni pubblici se queste risultano contrarie al dettato costituzionale. Insomma, i beni comuni hanno aperto uno spazio nuovo di discussione e d'innovazione che non deve essere disperso.

Conclusioni

L'elaborazione dottrinale sul tema dei beni, che in Italia ha conosciuto una grande fortuna soprattutto negli ultimi anni, ha permesso l'acquisizione di alcune riflessioni sulla natura dei beni e ha proposto nuove tassonomie che si basano sulla natura stessa dei beni e non sul regime al quale essi sono assoggettati e ha altresì riconosciuto la necessità di un'inclusione di nuovi beni collettivi nel novero dei beni e delle risorse che devono essere caratterizzati da più ampia disponibilità nei confronti della collettività⁶⁰.

⁵⁹ La riflessione di C. IANNIELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, cit., che introduce la categoria del demanio pubblico come alternativa ai beni comuni sembra in verità soddisfare sia il requisito della gestione collettiva, sia quello della proprietà pubblica: considera il demanio come l'istituto "...che affonda le proprie radici nei fenomeni di appartenenza collettiva dei beni che servono a una data comunità per soddisfare le proprie vitali esigenze (allo stesso tempo, comunitarie e legate alla sopravvivenza dei singoli), definizione che è in linea con le aspirazioni e le finalità proprie dei beni comuni.

⁶⁰ Tra queste nuove classificazioni dei beni comuni risulta particolarmente convincente la ricostruzione operata da V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, 1, 2014, 6 e ss. che distinguono in maniera critica almeno quattro diversi ambiti di riferimento per ciò che attiene ai beni comuni, tra i quali sono inclusi anche i beni immateriali, categoria composta da beni eterogenei sui quali spesso ricadono diritti di natura privatistica quali i farmaci essenziali e i softwares; l'acqua è in-

I teorici dei beni comuni, tuttavia, non sono riusciti nell'intento di includere nel loro dibattito una disciplina per alcuni nuovi beni tra i quali i beni immateriali e si sono pertanto limitati a "spostare" nella nuova categoria del "comune", beni precedentemente classificati come pubblici o come privati allo scopo di preservarli dalla dismissione o dalle privatizzazioni, finalità che rappresenta il motivo principale dell'elaborazione della teoria dei beni comuni, almeno in Italia⁶¹. In verità, la nuova categoria giuridica risponde anche a una duplice esigenza: la volontà di superare la dicotomia tra proprietà pubblica e proprietà privata⁶² e anzi di

vece collocata in una terza categoria, quella dei beni strumentali al diritto della persona che comprende anche una serie di altri beni assimilabili ai beni demaniali. Da ciò si potrebbe dedurre che l'acqua continui a possedere una serie di caratteristiche che ne confermano l'appartenenza ai beni pubblici. Infine, la categoria dei beni comuni include lo spazio fisico, il paesaggio, il territorio sul quale le collettività sono insediate e vivono.

⁶¹ Come ha sostenuto A. LUCARELLI: «Con la "teoria dei beni comuni" si pongono limiti al soggetto pubblico, o meglio un bene sul quale il pubblico non può fare quel che vuole, in quanto lo gestisce non come proprietario, ma come tutore dei diritti dei cittadini e soprattutto dei diritti delle generazioni future», ID., *Prefazione a R. BRIGANTI, Il diritto all'acqua. Tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Napoli 2012, 8. Anche se nell'illustrare la funzione dei beni comuni l'A. sembra dare una definizione che non è distante da quella dei beni pubblici, se si considerano l'interesse generale e dell'interesse pubblico come vincoli o anche finalità da tenere in considerazione al momento della gestione del bene.

⁶² M. HARDT, A. NEGRI, *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano 2010. La "novità" apportata dai due studiosi consiste già agli albori dello studio dei beni comuni in un tentativo di dare – a quelle che fino allora erano semplici rivendicazioni politiche – un'adeguata sistemazione teorica. Secondo Negri e Hardt è proprio l'opposizione tra pubblico e privato ciò che oggi impedisce lo sviluppo di una gestione realmente cooperativa e condivisa dell'acqua, del sapere, della salute, dell'energia e del patrimonio culturale.

Con il termine «comune», Negri e Hardt intendono, in primo luogo, «la ricchezza comune del mondo materiale – l'aria, l'acqua, i frutti della terra e tutti i doni della natura – che nei testi classici del pensiero politico del mondo occidentale è sovente caratterizzata come l'eredità di tutta l'umanità da condividere insieme». In questo senso, leggiamo fin dalle prime pagine del ponderoso volume, «il linguaggio, gli affetti e le espressioni umane sono per la maggior parte comuni». C'è però un altro significato che Negri e Hardt attribuiscono al «comune»: «Per "comune" – essi infatti dicono – si deve intendere, con maggior precisione, tutto ciò che si ricava dalla produzione sociale». Comune è, dunque, il lavoro e ciò che deriva dalla produzione biopolitica. Questo secondo aspetto dei beni comuni (o del bene comune?) sfugge in verità a un'analisi più attenta.

È bene precisare che nell'equivalenza postulata tra questi due significati si colloca la vera e propria novità della riflessione di Negri e Hardt. Tradizionalmente, infatti, con la prima accezione del termine «comune» si designano quei beni che i giuristi definiscono come «liberi»: non solo perché non appartengono a nessuno, ma soprattutto perché non

superare proprio il concetto stesso di proprietà, considerato un retaggio di un mondo ormai superato, dove tale diritto esclusivo aveva un senso, ma che era altresì legato a una visione “territoriale” dei beni che invece sempre più insistentemente si stanno trasformando in larga parte in beni immateriali per i quali la proprietà esclusiva non ha ragione di esistere. In altre parole, l’evoluzione degli ordinamenti porta a un superamento della proprietà in favore di altre forme di possesso, accesso e godimento dei beni che richiede un *tertium genus*, i beni comuni, in grado di disciplinarla⁶³.

Quel che emerge da questa riflessione è che le caratteristiche che i beni comuni volevano imporre in difesa dei beni possono essere meglio soddisfatte attraverso la categoria dei beni pubblici e del demanio pubblico. Questi, infatti, sono tenuti a garantire l’interesse generale, che meglio risponde alle esigenze di una comunità pubblica ove è la politica a essere chiamata a selezionare gli interessi generali. Anche in termini di inclusione, il bene pubblico garantisce astrattamente – ben più degli usi civici e degli stessi beni comuni – l’interesse dell’intera comunità politica che non è limitata a una comunità storica o a una comunità che includa solo coloro che gestiscono il bene o che ne possono godere.

sono – per loro essenza o per vincoli di legge – suscettibili di appropriazione. L’aria che respiriamo o il linguaggio che ci permette di comunicare ne sono gli esempi più classici.

⁶³ La collocazione dei beni comuni come *tertium genus* non è accolta da tutti gli studiosi, infatti alcuni ritengono che la categoria dei “beni comuni” dovrebbe semmai essere considerata «giuridicamente non come un *tertium datur* rispetto al concetto di “pubblico” e di “privato”, ma come un’alternativa rispetto al rapporto dicotomico che tra questi due termini si è venuto a determinare nella dottrina moderna e contemporanea. In questo senso ciò che è “comune” consisterebbe in quell’interesse generale che non può essere trasformato in un’astrazione da parte del controllo statale, ma del quale si riappropriano le singolarità che cooperano nella produzione biopolitica», come ricorda A. CIERVO, *Ya basta!*, cit., 128, il quale aggiunge, citando A. NEGRI, M. HARDT, *Moltitudine, guerre e democrazie nel nuovo ordine imperiale*, Milano 2004, 240 che si tratta di un interesse in somma che «[...] può essere definito pubblico nella misura in cui è stato sottratto al potere dei burocrati, per essere amministrato e direttamente e democraticamente». Critici sull’idea dei beni comuni come *tertium genus* anche L. RAMPÀ, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Politica del diritto*, 2, 2014.

CRISI DELLA DEMOCRAZIA E FUNZIONE SOCIALE
DEI BENI PUBBLICI NELLA PROSPETTIVA
COSTITUZIONALE. VERSO I BENI COMUNI

Yan Thomas, storico del diritto romano, già direttore *d'Etudes al-l'École des Hautes Etudes en Science Sociales* di Parigi, evidenziava¹ nel suo *Valeur des choses*, come in un celebre saggio delle *Institutiones* di Gaio, smembrato e rimaneggiato nelle *Institutiones* di Giustiniano, si trovava enunciato il principio di una divisione delle cose pubbliche in patrimoniali ed extrapatrimoniali.

Si trovava, in sostanza, la distinzione tra beni pubblici in uso pubblico e beni in proprietà del pubblico.

In una ricostruzione della prima fase del diritto romano, cioè fino al principato, si può individuare la qualità pubblica del titolare dei beni nel principio di appartenenza al popolo romano di tutti i territori acquisiti originariamente per conquista militare (*ager publicus*); principio generico che avrebbe coinvolto all'inizio l'intero territorio dello Stato.

Il popolo in epoca antica non doveva essere visto come una entità astratta, semi-giuridica, ma come la comunità di tutti i cittadini che esercitava una comproprietà sull'*ager* (bene pubblico in uso pubblico).

Successivamente il popolo fu visto come persona-giuridica che esercita un potere unitario sull'*ager publicus* ed il godimento ampio delle terre, prolungato attraverso le varie generazioni, rese la proprietà dello Stato solo nominale.

Si affermò la tendenza a trasformare gran parte *dell'ager publicus* in *agri divisi et adsignati*, di proprietà dei singoli, possibile perché l'*ager publicus* veniva gestito come bene in proprietà del pubblico.

Con l'avvento del Principato, lentamente, l'amministrazione delle varie specie di beni pubblici subiva un processo unificatore nelle mani

¹ Y. THOMAS, *Valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 6/2002.

dell'Imperatore, che ne divenne titolare, in quanto sostanzialmente unico erede del *populus Romanus*².

In questo senso, va destrutturato, come ben evidenziato da Dardot e Laval³, quel filone di studi che individua il fondamento del diritto romano nella sovranità dell'individuo proprietario. Si arriva all'individuo-proprietario (pubblico o privato), attraverso un processo che riguarda *imperium e dominus*.

All'ipotesi, secondo cui sarebbe un soggetto proprietario a governare un mondo di cose naturalmente disposte all'appropriazione, si oppone originariamente un mondo di cose qualificate che distribuiscono titoli e diritti in capo a soggetti indefiniti.

Vi è dunque nel diritto romano uno spazio nel quale determinati beni pubblici risultano orientati alla funzione più che al regime proprietario. Laddove c'è un pubblico (bene) dell'uso ed un pubblico (bene) della proprietà. Vi sono cose che naturalmente per loro funzione si staccano dal dominus, non hanno valenza patrimoniale, ma soprattutto sono serventi alla collettività piuttosto che all'individuo. Nel pubblico dell'uso, il proprietario si sposterebbe dal baricentro del dominus proprietario al baricentro dell'amministratore.

Nel XIX secolo, la visione proprietaria-pubblica de *l'Etat administratif* francese napoleonico e la visione proprietaria-privatistica della *pandettistica* romano germanica riconducono *ad unum* le due concezioni dei beni pubblici in visione propria del rapporto dominicale. Il diritto di proprietà viene fatto coincidere con la cosa stessa. Nella tradizione di *civil law bien* coincide con *chose*; in Germania *sache* assorbe cosa e bene. Nel lessico di *common law* la parola *property* assorbe la nozione di bene. In sostanza, a partire dalla Rivoluzione francese e dal *Code Napoleon* del 1804, l'ambizione fu di far coincidere il diritto di proprietà con la cosa stessa. Proprio Domolombe nel *Cours de Code Civil* del 1854 era il più netto nel proclamare che la proprietà è la cosa stessa⁴.

L'elogio del rapporto dominicale sia pubblico che privato, incastonato nella relazione ancestrale e strutturale tra il *dominus* ed il bene, come migliore dei rapporti possibili, arriva all'ottocento dopo secoli di proposizioni encomiastiche tra le quali avevano spaziato almeno quelle

² Così M.G. ZOZ, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino 1999, 8 ss.

³ P. DARDOT, C. LAVAL, *Del Comune o della Rivoluzione nel XXI secolo*, Roma 2015, passim.

⁴ A. GAMBARO, *I beni*, Milano 2012.

di Locke, dei fisiocratici e dei legislatori-filosofi dei lavori preparatori del *Code Civil*.

Paolo Grossi evidenzia⁵ come sia una intera società e una intera cultura assorta nella contemplazione narcisistica di sé stessa, compiaciuta delle proprie scelte; una società che era stata troppo frettolosa nello sbarazzarsi di valori metafisici e che nel tentativo di colmare un vuoto difficilmente colmabile, costruisce sull'aver la propria fondazione storica, nell'aver individuale un contributo insostituibile per la pienezza del proprio esistere.

«Se si aggiunge che l'operazione culturale è affiancata da un efficace operazione politica che vede lo Stato garantire generalmente le ricchezze a chi legittimamente le detiene e fondarsi sul consenso degli abbienti, si capisce quanto l'idea della proprietà come diritto naturale e del proprietario come cittadino per eccellenza mettesse radici saldissime; quelle radici che il profilo ideologico corroborava in maniera profonda»⁶.

Proudhon parla un linguaggio fatto di fiducia nelle virtù taumaturgiche dell'aver e nel progresso realizzato all'insegna dell'individualismo economico con una inavvertenza totale al problema della distribuzione dei beni e soprattutto della funzione sociale dei beni.

Sullo sfondo, del tutto marginale, resta la questione della funzione dei beni, del godimento reale che ai cittadini essi possono garantire. Una strumentale riutilizzazione di tecniche romane e romanistiche determina l'ascesa proprietaria del regime demaniale con le evidenti conseguenze sul piano della vulnerabilità dei diritti direttamente riconducibili ai beni stessi.

Non di immediata comprensione apparirà come, mentre sul piano della proprietà privata vi è una reattività sociale all'individualismo proprietario, basti pensare ai limiti posti dalla funzione sociale dei beni di cui all'art. 42 della Costituzione, sul piano della proprietà pubblica l'individualismo possessivo ed escludente gode di un duplice rafforzamento: quello dell'ascesa politica della borghesia e quello determinato dal consolidamento dello Stato apparato di derivazione de *l'Etat administratif*, ovvero stretto da una duplice tenaglia.

L'affermazione dello Stato moderno, e ancor di più dello Stato nazione, e soprattutto del concetto di sovranità statale, riconducibile alla

⁵ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, 7.

⁶ *Ibidem*, 8.

categoria dello Stato-persona, piuttosto che allo Stato-comunità contribuisce, nella stagione delle codificazioni ottocentesche, a far prevalere la categoria del bene pubblico in proprietà pubblica, piuttosto che il bene pubblico in uso pubblico.

La strutturazione rigorosa dei fondamenti del diritto pubblico in Italia, dopo l'Unità, ad opera soprattutto di Vittorio Emanuele Orlando, Ranelletti, Zanobini (non metterei in questa linea Santi Romano che, con originalità, introduce e valorizza le nozioni di *communitas* e pluralismo) mutua il regime proprietario dalle grandi categorie della Scuola romano-germanica, travasandole nella categoria del demanio⁷.

L'osmosi concettuale e le relative conseguenze sul piano funzionale svislano una delle dimensioni del bene pubblico che piuttosto che essere orientato alla *communitas*, nel suo esercizio di *imperium*, è orientato al *dominus*.

È evidente che sul versante pubblicistico, tale costruzione risente della dottrina giuridica tedesca che nel *Deutsche Reich* successivo alla vittoria di Sedan si impone progressivamente con autori quali Gerber, Laband, Jellinek, Otto von Mayer⁸.

Cosicché, lo statuto della proprietà pubblica, nel codice civile, ma successivamente anche nella Costituzione del '47 (laconico è lo spazio dedicato alla proprietà pubblica), si sovrappone al modello demaniale, ed in senso più ampio, ai beni pubblici in uso pubblico, configurando rapporti *escludenti*, riconducibili ai rapporti strutturali e materiali, di ordine soggettivo, che legano il *dominus* al bene, alla funzione che il *dominus* attribuisce al bene.

Il rapporto funzionale, di natura oggettiva, beni-diritti fondamentali, è sullo sfondo e comunque subordinato al primo. Come è noto, il codice del '42 è fortemente legato alla tradizione romano-germanica di *civil law* e ben distante dunque da qualsivoglia forma di *common law* che sia in grado di guardare al formarsi di un diritto consuetudinario legato alle reali esigenze dei cittadini.

Così i beni pubblici nel codice civile, segnatamente nell'art. 822 c.c., rappresentano una categoria meramente descrittiva debole sul piano del regime giuridico.

L'interessante dibattito mosso dalla Scuola di Bordeaux, penso al

⁷ Sul punto, per una ricostruzione identificativa dei vari passaggi dottrinari sia consentito rinviare a A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari 2013, *passim*.

⁸ M. FIORAVANTI, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979.

contributo di Leon Duguit in particolare in *Les Transformations générales du droit privé depuis le code civil* del 1912⁹ e dello stesso anno alla sua conferenza tenuta a Buenos Aires nella quale in maniera eloquente affermava che «*la propriété n'est pas un droit, elle est une fonction sociale*», rimane sullo sfondo, dominato dalla potenza concettuale *orlando-labandiana*.

Lo stesso Cassese, nella sua monografia del 1969¹⁰ sottolinea come ad un certo punto nella storia si giunse a concepire Stato e comuni come proprietari dei beni gravati da servitù di uso da parte della collettività.

E la stessa auspicata inversione di rotta indicata da Giannini negli anni sessanta, per ridare dignità ai beni pubblici, ricondurli all'autentico e genuino significato di beni appartenenti alla comunità dei cittadini e aperti alla libera fruizione collettiva, per ridare dignità allo stesso concetto di *communitas* all'interno della sovranità popolare, evidentemente non è stata sufficiente ad impedire che i beni fossero utilizzati e gestiti dal *dominus*, secondo le logiche escludenti del regime proprietario.

Ancora Giannini, in maniera estremamente lucida, evidenziava nel 1995 che, per quei beni demaniali per i quali, per loro natura, prevale il profilo funzionale, i problemi di ordine giuridico che si pongono non sono di appartenenza, di titolarità, non attengono alla struttura del rapporto (il bene resta nella formale titolarità del proprietario pubblico), ma alla funzione, alle modalità di godimento dei diritti che si rapportano ai beni, che ovviamente si ampliano¹¹.

Tuttavia, minori poteri del proprietario pubblico e maggiori diritti riconosciuti alle comunità non significa negare il ruolo del diritto pubblico, quanto piuttosto delineare un modello nel quale il concetto di *statualità* (o se si preferisce di civilizzazione statale) non risulti assorbito da uno Stato-apparato elefantico e vessatorio.

Il concetto di *statualità* nel quale lo Stato non risulti assorbito da uno Stato-apparato elefantico e vessatorio ci aiuta a comprendere che lo Stato non dev'essere inteso quale macchina autonoma e avulsa dal contesto sociale. Si tratta di un concetto che può definirsi anche come spirito delle istituzioni e che si ricollega, come ben evidenziato da Pierre Bourdieu, al senso profondo della cultura civica¹².

⁹ L. DUGUIT, *Les Transformations générales du droit privé depuis le code civil*, Paris 1912.

¹⁰ S. CASSESE, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano 1969.

¹¹ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995, 102 ss.

¹² P. BOURDIEU, *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris 2012, *passim*.

Una rinnovata effervescenza del concetto di *communitas* ed in senso più ampio della democrazia partecipativa, la costituzionalizzazione del principio della sussidiarietà orizzontale, modelli di *governance* e di *soft law* inducono progressivamente ad un ripensamento del modello *pan-proprietario* dei beni pubblici.

La categoria dei beni comuni, quale suggestiva declinazione dei beni pubblici per uso pubblico e non in proprietà pubblica, dunque si distanzia dalla proprietà collettiva.

Infatti, la proprietà collettiva ha comunque ad oggetto diritti collettivi di natura dominicale, ovvero beni che appartengono ad una circoscritta ed escludente comunità di abitanti. Al contrario, i beni comuni o beni pubblici ad uso pubblico, si caratterizzano per un rapporto non strutturale, né strutturato della comunità con i beni, ma fluido e funzionale.

I beni in proprietà collettiva appartengono ad una determinata categoria la quale unicamente, ed in via escludente, è titolare di un diritto di fruizione di tali beni, a prescindere dal diritto delle generazioni future. In sostanza, il modello demaniale, ma anche la c.d. proprietà collettiva, esprimono una soglia più bassa di adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, rispetto al modello dei beni comuni materiali.

I beni collettivi possono trasformarsi, in un'ottica mercantile e commerciale in diritti individuali, escludenti, proprio perché rientranti nella sfera della natura dominicale del rapporto (soggetti-bene¹³). Un rapporto che si esaurisce nella struttura *dominus-bene*, ancorché il proprietario assuma una dimensione collettiva. Il profilo soggettivo prevale sugli aspetti funzionali, mettendo in discussione la stessa dimensione sociale dei beni.

L'esigenza oggi, di una nuova e complessiva rilettura dei beni pubblici e del relativo modello di democrazia ad essi sotteso, è dunque quella di andare, rispetto a beni *extra commercium*, che sfuggono alle logiche del mercato, oltre i caratteri classici della demanialità, ovvero di un modello di ordinamento giuridico che riconosce un tipo classico di relazione soggettiva assoluta (la proprietà individuale).

Il modello demaniale della proprietà pubblica è quello di soddisfare obiettivi propri di un'amministrazione intesa in una dimensione soggettivistica autonoma e solitaria; un modello che, proprio per queste carat-

¹³ A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2014, *passim*.

teristiche, non impedisce la commercializzazione dei beni pubblici per uso pubblico, limitandone, secondo logiche del profitto, accessibilità e fruibilità.

Pertanto, oggi, piuttosto che parlare di declino della categoria giuridica del demanio, sarebbe più opportuno parlare di limiti fisiologici del modello demaniale, fondato sostanzialmente sugli elementi caratterizzanti il rapporto (strutturale) dominicale nell'ambito del quale il binomio sovranità statale (organizzazione del potere legislativo e potere amministrativo) – proprietà pubblica, senza limitazioni puntuali di ordine costituzionale¹⁴, può discrezionalmente *decidere* di cambiare titolo e destinazione del bene (processi di sdemanializzazione-patrimonializzazione ma anche procedimenti concessori), o semplicemente di conservare nel tempo una funzione sociale del bene distante dalle evolute esigenze delle comunità.

Si pensi oggi come anche beni pubblici in uso pubblico, rientranti nella categoria giuridica del demanio, siano sempre più utilizzati come strumento di finanza pubblica, valorizzati attraverso un adeguato riconoscimento del valore economico legato al loro utilizzo. Secondo parte della dottrina¹⁵, l'utilizzo di beni pubblici, quali strumenti di finanza pubblica, metterebbe in moto un meccanismo secondo il quale il proprietario pubblico non venderebbe quanto è suo ma al contrario quanto appartiene pro-quota a ciascun componente della comunità.

Ciò significa che ogni processo di privatizzazione, deciso dall'autorità pubblica attraverso il governo pro-tempore, *espropria* ciascun cittadino (quota parte) dal godimento del bene comune, senza tuttavia prevedere le tutele che il modello liberale riconosce alla proprietà privata: la pubblica utilità e l'indennizzo.

In questo senso, la cornice dei principi costituzionali, così come innanzi delineata, ancorché di natura prescrittiva, non ha dimostrato di possedere capacità di resistenza tale da impedire che la tipicità del rapporto proprietario strutturale, ben radicato tra Costituzione e regole *codicistiche*, prevalesse sul rapporto funzionale teso a soddisfare i diritti fondamentali. Il rapporto che lega l'amministrazione al bene demaniale

¹⁴ S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., 70-71, afferma come la Costituzione non ponga limiti quantitativi quanto ai beni che si possono sottrarre alla libera appropriazione, potenziando la posizione dei privati e negando un ruolo assorbente dello Stato.

¹⁵ U. MATTEI, *Proprietà*, in *Enc dir*, 2012, 1128 ss.

è nella sostanza un rapporto di natura proprietaria, fondato su poteri di godimento, disposizione ed utilizzo del bene.

Cassese¹⁶ osserva come la c.d. proprietà demaniale sia nella sostanza una proprietà privata dei pubblici poteri, per la quale interviene un atto che può privare i privati della legittimazione alla titolarità di proprietà su quei beni.

Tale natura del rapporto non ha impedito che proprio i poteri di tutela, puntualmente previsti dal diritto positivo vigente (artt. 823, comma 2 c.c. e 825 c.c.), si ridimensionassero nel diffuso orizzonte delle privatizzazione. I processi di privatizzazione (ma anche l'abuso del ricorso all'istituto concessorio) hanno determinato la prevalenza della dimensione soggettiva e strutturale del rapporto – fondata su un'accentuata discrezionalità politico-legislativa senza sufficienti argini costituzionali – sulla dimensione oggettivo-funzionale.

Tali processi avrebbero determinato addirittura la trasformazione della categoria giuridica dei beni pubblici in *beni a destinazione pubblica* con un consequenziale svincolo dell'originaria funzione sociale dei beni, ri-dando dignità soltanto ai beni pubblici in proprietà pubblica.

Nell'ambito di tale rapporto il *dominus* si limita a determinare discrezionalmente l'interesse primario della p.a., piuttosto che agire quale rappresentante della collettività, esercitando poteri sui beni demaniali al solo scopo di consentirle di utilizzare e godere di quei beni nel modo più pieno ed esclusivo.

I beni pubblici ad uso pubblico, declinati nella categoria dei beni comuni, quali beni collocati fuori commercio, svincolati dal modello demaniale dell'appartenenza dei beni ad un soggetto individuale o collettivo, si fonderebbero, al di là del mero titolo giuridico, nell'attuale funzione sociale dei beni in relazione ai diritti fondamentali da soddisfare della comunità.

La prevalenza del rapporto funzionale su quello di natura strutturale impedirebbe atti di discrezionalità frutto del binomio sovranità-proprietà, attribuendo al soggetto pubblico, attraverso una rivitalizzata dimensione del diritto pubblico, il ruolo fondamentale ed indispensabile di *guardiano* e regolatore, non più della dimensione strutturale, quanto piuttosto di quella funzionale.

Pertanto, al fine di *salvaguardare* il perseguimento degli interessi generali, riconducibile alla funzione sociale dei beni demaniali, appare ne-

¹⁶ S. CASSESE, *I beni pubblici*, cit.

cessario *saldare* il rapporto funzionale tra *dominus* e beni, limitando, per quei beni identificati come *extra commercium*, la discrezionalità dei poteri del proprietario sui beni stessi, favorendo al contrario processi partecipativi di accessibilità e fruibilità.

Tale ripensamento categoriale passerebbe anche attraverso un ridimensionamento della dimensione *autoritaria* dell'*imperium*, declinata, in relazione al governo dei beni demaniali, unicamente nel circuito della rappresentanza, e non anche della partecipazione, saldando così il nesso tra bene e diritti.

In questo nuovo scenario, divenuto sempre più evidente con il calo di prestigio dell'ideologia c.d. del *Washington Consensus*, nel quale la gestione dei beni demaniali sembra non potersi più declinare soltanto nell'ambito della democrazia rappresentativa, occorre un modello di *communitas* che contribuisca ad informare una diversa dimensione del diritto pubblico. Nella quale oltre agli istituti classici dei contropoteri e dei *checks and balances* (partecipazione, sussidiarietà, conflitto) «il potere sovrano non deve avere la forza di fare ciò che non deve fare».

Così nelle celebri parole di Bracton, citate da de Jouvenel¹⁷ nel suo celebre lavoro del 1955 sulla sovranità. Ne consegue, come ben evidenziato da Gambaro¹⁸, che l'analisi dei beni pubblici, la loro funzione sociale e soprattutto la loro eventuale qualificazione distinta dal regime proprietario debba procedere attraverso un esame dettagliato delle risorse e delle fasce di utilità che promanano da ciascun gruppo di beni tradizionalmente considerati come beni pubblici. Un processo complesso volto a ri-dare dignità alla funzione sociale dei beni pubblici.

¹⁷ B. DE JOUVENEL, *La sovranità*, (trad. it.), 1955, Milano 1971, 248.

¹⁸ A. GAMBARO, *I beni*, Milano 2012.

LE FINALITÀ E GLI STRUMENTI
DELLA DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

SOMMARIO: 1. La partecipazione e la Costituzione italiana. – 2. Perché partecipare? Finalità e ruolo della partecipazione. – 3. La democrazia partecipativa (e le differenze con quella deliberativa). – 4. I modelli di democrazia partecipativa. – 5. Le leggi regionali sulla partecipazione. – 6. Alcune considerazioni sulle leggi regionali sulla partecipazione. – 7. L'evoluzione degli strumenti di partecipazione al procedimento amministrativo: l'ambito di attività delle Autorità amministrative indipendenti. – 8. Le consultazioni svolte dal Governo per la predisposizione di disegni di legge. – 9. Alcune conclusioni.

1. *La partecipazione e la Costituzione italiana*

Prima di analizzare il significato dell'espressione “democrazia partecipativa”, merita richiamare il valore della partecipazione come recepito e disciplinato nella Carta costituzionale¹.

Che in essa l'istanza partecipativa sia ben presente e valorizzata è cosa nota, a partire dal suo esplicito richiamo all'interno dell'art. 3, secondo comma, per il quale è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'*effettiva partecipazione* di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Significativamente tale istanza è collegata al principio di eguaglianza, inteso sia nella

¹ Sulla nozione costituzionale di partecipazione v. già V. ATRIPALDI, *Il concetto di partecipazione nella dinamica delle relazioni Stato-società*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, III, Milano 1988, 77 ss.; A. VALASTRO, U. ALLEGRETTI, *Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia*, in *Democrazia e diritto*, n. 3/2006, 151 ss.; F. CASSELLA, *Profili costituzionali della rappresentanza. Percorsi storici e comparatistici*, Napoli 1997. In merito alla nozione di “democrazia partecipativa” v. i saggi raccolti in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze 2010.

sua dimensione formale – ovvero come esigenza di parità di trattamento di ogni persona di fronte alla legge – che anche in quella definita sostanziale, ovvero quale impegno della Repubblica nel rimuovere le cause che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. In tal senso, dunque, la partecipazione è valorizzata quale condizione per garantire un parità effettiva, ed è posta sul medesimo piano del pieno rispetto della persona umana: finalità che risultano ostacolate da quelle condizioni di ordine economico e sociale che è compito della Repubblica rimuovere. Come è stato sottolineato, con la previsione del principio partecipativo all'interno di tale disposizione, il costituente intese attribuire ad esso “un significato ancora più pregnante di quello che poteva derivare dalla già innovativa sua definizione quale *fondamento* della Repubblica democratica, collocandolo a chiusura dei primi tre articoli della Costituzione quasi a voler completare il quadro fisionomico del nuovo ordinamento”².

Il richiamo esplicito alla partecipazione è contenuto, oltre che nelle disposizioni riguardanti gli istituti di democrazia diretta di cui si dirà, nella disposizioni costituzionali riguardanti l'esercizio della funzione giurisdizionale: l'art. 102, infatti, attribuisce alla legge il compito di regolare “i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia”; mentre l'art. 108 impone alla legge di assicurare l'indipendenza anche agli “estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia”.

Oltre alla previsioni costituzionali che richiamano espressamente il termine “partecipazione”, altre disposizioni vi operano un riferimento implicito, a partire dall'art. 1 il quale, nel riferirsi alla titolarità e soprattutto all'esercizio della sovranità da parte del popolo, ne sottolinea la dimensione partecipativa, da realizzarsi nelle forme e nei limiti della Costituzione: riferimento quest'ultimo che, come è stato autorevolmente affermato, consente alla sovranità di essere effettivamente ed efficacemente esercitata, giacché “fuori dalla Costituzione e del diritto non c'è la sovranità, ma l'arbitrio popolare, non c'è il popolo sovrano, ma la massa con le sue passioni e con la sua debolezza”³. Così pure l'art. 2, che rimandando alla dimensione relazionale e associativa delle formazioni sociali, favorisce quelle forme organizzative (partiti politici, sindacati, associa-

² A VALASTRO, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, Napoli 2010, 12.

³ C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova 1954, 11.

zioni, ecc.) che costituiscono (anche) una istanza di partecipazione alle diverse dimensioni del vivere sociale (dall'ambito politico a quello lavorativo, da quello culturale a quello sociale, e così via). Per non dire, poi, dell'ideale partecipativo (finalizzato a difendere il sistema dalle organizzazioni capitalistiche) che si è rinvenuto nella *ratio* sottesa alla previsione contenuta nell'art. 43 Cost., nella parte in cui prevede la possibilità di un trasferimento a favore di "comunità di lavoratori o di utenti" di imprese riferite a servizi pubblici essenziali⁴; e ancor di più per quanto previsto dall'art. 46 Cost., che nel prospettare un modello di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese mira al "superamento della distinzione di interessi tra le parti del rapporto di lavoro, in una visione collaborativa di tale rapporto" e perciò in antitesi allo strumento della contrattazione collettiva, "che presuppone la distinzione degli interessi, l'azione unilaterale delle parti e il conflitto"⁵.

Se dunque non è di ora l'esigenza che la democrazia rappresentativa posta a fondamento dell'assetto costituzionale del nostro Paese trovi arricchimento e sostegno mediante forme ed istanze partecipative, tuttavia non si può negare che essa sia stata rafforzata con la riforma costituzionale del 2001, ed in particolare con l'introduzione del principio contenuto nell'art. 118, comma 4, in forza del quale, come noto, "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".

Alcuni hanno sottolineato la forza rivoluzionaria di tale principio, tale da fondare "un nuovo paradigma pluralista e paritario" che sostituisce "quello bipolare e gerarchico tradizionale": "nel momento stesso in cui si riconosce ai cittadini il ruolo di soggetti autonomamente attivi nel perseguimento dell'interesse generale viene infatti meno una delle ragioni principali della posizione di preminenza riconosciuta dalla teoria tradizionale alla pubblica amministrazione nei confronti degli amministratori". E ciò in quanto "la sussidiarietà orizzontale prevede, per la sua

⁴ A. LUCARELLI, *sub art. 43*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino 2006, 884; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione?*, Milano 2012, 109 nota 7. Nel senso che la "democrazia partecipativa" possa costituire "una prospettiva di apertura dell'amministrazione ad un coefficiente più alto di democrazia", v. U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano 2009, 7.

⁵ E. PAPARELLA, *sub art. 46*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 935-936.

realizzazione, che si instaurino rapporti fra soggetti pubblici e soggetti privati in vista del perseguimento di un interesse comune ad entrambi, l'interesse generale. Ma questi rapporti, se conflittuali e competitivi, rendono problematica o comunque meno efficiente la soddisfazione di tale interesse; viceversa impostare tali rapporti sulla base del principio di autonomia relazionale consente di creare delle "alleanze" vantaggiose per tutti i soggetti coinvolti e, soprattutto, per il perseguimento dell'interesse generale"⁶.

In altri termini, con l'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale viene rovesciata la tradizionale conformazione che attribuisce la cura dell'interesse generale alla mano pubblica, per attribuirne il perseguimento alla relazione tra soggetti privati e soggetti pubblici. Prospettiva che tuttavia deve essere relativizzata in forza della necessità di bilanciare tale principio con altri di rilievo costituzionale, in particolare con quello di eguaglianza e con i principi relativi all'organizzazione e al funzionamento della pubblica amministrazione⁷.

In ogni caso, vanno sottolineati alcuni problemi di carattere interpretativo che la formulazione costituzionale pone.

In primo luogo il riferimento alla "autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati" chiarisce in termini inequivoci che la partecipazione di cui si parla può e deve riguardare sia l'apporto individuale che quello organizzato: in questo secondo versante la formulazione impone una lettura indifferenziata alla molteplicità di soggetti potenzialmente coinvolti, forse addirittura più ampia di quella -peraltro già potenzialmente assai estesa- di "formazioni sociali" cui fa riferimento l'art. 2 Cost.

Anche il richiamo al profilo oggettivo, vale a dire al tipo di attività verso cui l'iniziativa dei cittadini deve essere favorita, presenta non pochi problemi sotto il profilo ermeneutico. In sostanza occorre chiedersi cosa debba intendersi con "attività di interesse generale", e se non si debba ritenere che ogni attività posta in essere da soggetti pubblici (come sono lo Stato, le Regioni e gli enti locali) non sia di per sé "di interesse generale", e se – di conseguenza – la formula dell'art. 118 abbia valore meramente descrittivo.

L'altro aspetto meritevole di considerazione, e che qui accenno soltanto, riguarda i criteri mediante cui far emergere "l'autonoma inizia-

⁶ G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Bertè*, Napoli 2005, 179 ss.

⁷ S. STAIANO, *La sussidiarietà orizzontale: profili teorici*, in www.federalismi.it.

tiva” dei cittadini affinché essa sia presa in considerazione e valorizzata dai soggetti pubblici: qui sta il nodo del rapporto tra pubblico e privato e la stessa concezione del principio di sussidiarietà.

Al di là di tali profili, comunque, è evidente come l'introduzione del principio di sussidiarietà abbia inteso valorizzare e favorire luoghi e istanze di partecipazione, dando sviluppo alle disposizioni costituzionali che già ne costituivano solido fondamento.

2. Perché partecipare? Finalità e ruolo della partecipazione

Proprio il richiamo al principio di sussidiarietà consente di articolare meglio l'analisi con riguardo alle finalità della partecipazione: una cosa infatti è partecipare alle attività e alle procedure di elaborazione delle decisioni politiche, altro è partecipare all'erogazione di servizi o alla gestione di un bene comune. In mezzo a tali estremi, stanno ambiti di programmazione assai diversificati, differenziabili da livelli più generali ad ambiti più puntuali; da decisioni riguardanti le grandi scelte strategiche e politiche a quelle inerenti singoli provvedimenti amministrativi. Come è infatti evidente, diversa rilevanza può essere attribuita alla partecipazione al procedimento legislativo ovvero a quello referendario di cui all'art. 75 Cost., rispetto a quella da riconoscere nell'ambito di procedure finalizzate alla scelta dei soggetti cui affidare la gestione di un servizio (educativo, sanitario, sociale, ecc.): in entrambi i casi si “partecipa” e si esprime “l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale”, sebbene diversi siano la finalità e perciò l'obiettivo di tale partecipazione.

Con un certo grado di approssimazione, possiamo dire che l'ambito nel quale maggiormente si sono diffuse e sperimentate esperienze di democrazia partecipativa è quello riguardante l'attività amministrativa, ove tali esperienze si pongono in relazione con l'attività deliberativa di organi (per lo più di tipo esecutivo) cui è affidata la cura dell'interesse generale: e tuttavia non mancano casi e situazioni di applicazione della democrazia partecipativa ad attività normative, anche di tipo legislativo. Sì che, in generale, il tema ha forti connessioni con l'attività degli organi elettivi a livello statale, regionale, locale; con gli istituti di democrazia diretta; con il ruolo e l'attività dei partiti e dei movimenti politici; con l'elaborazione e la diffusione di informazioni politiche, e così via.

Così delimitato il campo, si può provare a rispondere alla domanda

posta nel titolo del presente paragrafo, ovvero: perché partecipare? In altre parole, quale è la funzione che nell'attuale conformazione dell'ordinamento giuridico viene attribuita alle istanze partecipative?

La risposta va articolata, molte essendo le risposte possibili (in quanto "tutta la teoria della rappresentanza è fonte di problemi e di delicati interrogativi"⁸). Proviamo ad analizzarle con riferimento ai due versanti – quello di chi partecipa e quello dei destinatari delle attività partecipative –, ben sapendo che, come emergerà, le due istanze possono in alcune circostanze sovrapporsi ed in altre rivelarsi complementari.

Partirei dal versante dell'ordinamento complessivo (ovvero dei destinatari della partecipazione), per rilevare come, secondo quanto la dottrina che si è occupata del tema ha da tempo sottolineato, possiamo distinguere una funzione *integrativa* della democrazia rappresentativa da una funzione *curativa* della stessa. Come si ricava dal significato lessicale delle due espressioni, la prima presuppone una funzione ordinaria e fisiologica della partecipazione: secondo un'autorevole dottrina, essa ha lo scopo infatti di integrare la democrazia rappresentativa favorendone il superamento delle zone d'ombra⁹. Non dunque una partecipazione che interviene in momenti di *crisi* o di *difficoltà* della democrazia rappresentativa, ma che al contrario costituisce *fisiologicamente* il complemento di quest'ultimo: è nota e risalente al riguardo (fino a essere ritenuta alla stregua di un vero e proprio *tópos*¹⁰) la teoria dell'"innesto" di "rami" partecipativi sul "tronco" rappresentativo¹¹. In tale dimensione, la partecipazione contribuisce alla *qualità* della democrazia rappresentativa e fors'anche alla sua *essenza*, più ancora – e prima – che alla sua sopravvivenza. Nel contesto fondato sul principio della sovranità popolare, tale partecipazione contribuisce a favorire l'inclusione sociale¹² e di conseguenza la stessa democratizzazione dell'ordinamento, rendendo effettive le dispo-

⁸ M. LUCIANI, *Art. 75*, in *Commentario della Costituzione, La formazione delle leggi*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 2005, 68.

⁹ L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano. Sovranità e democrazia*, I, Roma-Bari 2006, 163 ss.

¹⁰ M. LUCIANI, *Esposito, Crisafulli, Paladin. Tre costituzionalisti nella cattedra padovana. Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Rivista Aic*, giugno 2003.

¹¹ Su tale teoria già G. GRASSI, *Il Referendum nel governo di Gabinetto*, Roma 1913, 15; poi come noto ripresa ed approfondita, in relazione all'istituto del referendum abrogativo, da C. MEZZANOTTE, R. NANIA, *Referendum e forma di governo in Italia*, in *Dem. dir.*, 1981, 63 ss. Più recentemente, sul tema, v. N. URBINATI, *Lo scettro senza il re. Partecipazione e rappresentanza nelle democrazie moderne*, Roma 2009.

¹² Nel senso espresso, come noto, da R. DAHL, *La democrazia procedurale*, in *Riv. it. di scienza politica*, 1979, 15 (nella traduzione di R. D'Alimonte).

sizioni costituzionali in materia di libertà¹³. Dovremo valutare, e lo faremo tra poco, attraverso quali modalità tale funzione possa essere esercitata, e quali siano le condizioni necessarie perché essa produca i propri effetti: ma prima analizziamo le altre possibili funzioni.

Sempre sul versante dei destinatari, o per meglio dire del “prodotto” della deliberazione, può considerarsi come, negli ordinamenti attuali, caratterizzati da un alto tasso di complessità, l’efficienza decisionale richieda forme efficaci di partecipazione: i processi effettivi di cambiamento presuppongono infatti, per essere efficienti, contributi diversificati di idee e proposte, come anche ampio consenso e condivisione. A tale finalità sono rivolti i processi inclusivi e quindi partecipati, che consentono alle diverse istanze – attraverso la conoscenza ed il successivo confronto – di trovare sintesi positive ed efficaci, capaci di essere accettate e sostenute da chi ne è il destinatario. In senso contrario potrebbe richiamarsi l’idea aristocratica o élitaria che attribuisce alla classe politica, indipendentemente dal regime politico in cui si operi, ed anche indipendentemente dalla formula politica organizzata, la direzione del potere effettivo di una società (si pensi agli studi di Gaetano Mosca sul punto). L’evoluzione del costituzionalismo ha superato da anni questa impostazione, ed anche l’esperienza storica, ma soprattutto l’attuale considerazione sociale della classe politica almeno nel nostro Paese, nonché la sua legittimazione, inducono a ritenere tale prospettiva non perseguibile.

A tali ragioni ne potrebbero essere aggiunte altre: gli studi politologici e sociali hanno evidenziato almeno due gruppi di mutamenti capaci di modificare lo *Standard View* della rappresentanza democratica: da un lato, il livello di complessità dei processi di *decisionmaking*, conseguente anche all’emergere di attori transnazionali che si pongono oltre la dimensione – nazionale – in cui si articola la rappresentanza democratica; dall’altro il crescente peso di scelte sottratte alla politica e rimesse a soggetti tecnicamente competenti in ragione della loro specializzazione professionale. A ciò si aggiungano altri fattori, che hanno a che vedere con il mutato rapporto tra i cittadini e la comunità politica: quali l’affermarsi di esigenze di specificità di gruppi particolari all’interno del generale principio di eguaglianza, nonché l’emersione di nuove modalità di partecipazione popolare, legate sia al diffondersi di mezzi di comunicazione più li-

¹³ V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Padova 1957, 412 ss.; ripreso da M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione?*, cit., 19.

beri ed informali che alla crescente diversificazione delle forme associative¹⁴.

A tale complesso di ragioni, che si pongono dunque sul versante della fisiologia del sistema democratico, fanno riscontro le tesi che sottolineano invece la funzione *curativa* della partecipazione, valorizzandone la funzione contingente e perciò limitata in relazione alla democrazia rappresentativa: essa agirebbe nei momenti di difficoltà o di crisi dovuti a perdita di affidabilità degli organi rappresentativi e dei loro componenti¹⁵, ed avrebbe pertanto l'obiettivo di far riconquistare a tali organi quella credibilità e quella legittimazione che essi abbiano – almeno in parte – smarrito. Una volta realizzata tale funzione, sembra di dover inferire, la partecipazione dovrebbe “tornare in sonno”, ove resterebbe per tutto il tempo di buon funzionamento del sistema rappresentativo.

Ovviamente chi sostiene la prima posizione contrasta nettamente la seconda, ritenendo “riduttivo ed anzi fuorviante” guardare alla partecipazione “come mero correttivo delle disfunzioni e dei difetti di legittimazione della politica”, in quanto così si “finisce per negare il carattere di *prius* logico della partecipazione quale luogo di esercizio della sovranità che può e deve assumere *forme ulteriori* rispetto a quelle rappresentativa”¹⁶.

Ed in effetti mi pare che la teoria della cura non possa essere accolta *sic et simpliciter*. Ovviamente molto dipende dal modello di democrazia che si accolga, come anche dall'atteggiamento che i diversi contesti culturali e sociali hanno nei riguardi della politica: e tuttavia non sembra accettabile ritenere che l'esercizio della sovranità popolare possa realizzarsi soltanto al momento e mediante lo strumento della scelta dei propri rappresentanti politici, e non estendersi invece “oltre”. In un “oltre” già definito e strutturato (i referendum, ad esempio), oppure lasciato alle forme ed agli strumenti liberamente definiti di volta in volta da chi in-

¹⁴ Secondo la ricostruzione proposta da G. MORO, *Impossibile ma vero, vero ma impossibile. La questione della rappresentanza dei gruppi di interesse civico*, in *www.fondaca.org*, 2011, che riprende una quadripartizione di ragioni/fenomeni elaborata da D. CASTIGLIONE, M.E. WARREN, *The Transformation of Democratic Representation*, in *Democracy and Society*, vol. 2, 2004.

¹⁵ Come rileva L. ORNAGHI, *Atrofia di un'idea. Brevi note sull'inattualità odierna della rappresentanza politica*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 11, di fronte alla crisi delle istituzioni rappresentative si dovrebbe distinguere tra crisi del “paradigma” della rappresentanza elettiva e la vitalità delle sue componenti prese separatamente.

¹⁶ F. DE TOFFOL, A. VALASTRO, *Dizionario di democrazia partecipativa*, Perugia 2012, 10.

tenda partecipare o dalle istituzioni che intendano favorire istanze partecipative: in ogni caso, come spazi necessari per dare qualità alla democrazia. La teoria della “cura”, nondimeno, può servire per spiegare la rilevanza crescente che fenomeni partecipativi vengono ad assumere nei momenti di crisi dei modelli o delle istituzioni rappresentativi, e come in certe circostanze la partecipazione possa essere rinvigorita e mirata ad un rafforzamento – anziché ad un ulteriore indebolimento – della legittimazione delle istanze rappresentative.

A fronte di tali possibili funzioni della rappresentanza, che guardano ai destinatari della partecipazione ovvero al prodotto della deliberazione, possono contrapporsi quelle funzioni che invece si concentrano sul punto di vista dei soggetti della partecipazione. Da un lato possiamo richiamare quella che è stata definita la funzione pedagogica: coinvolgere i cittadini al formarsi delle decisioni pubbliche favorisce la loro crescita in termini sociali e personali, rendendoli cittadini “attivi”; in sostanza, svolge quella stessa funzione che la Costituzione attribuisce alle formazioni sociali in termini di “svolgimento della propria personalità”. E proprio analogamente alla funzione svolta dalle formazioni sociali quali comunità intermedie, la partecipazione consente alla persona di inserirsi nell’arena globale mediante passaggi intermedi di coinvolgimento e di responsabilità: in tal senso, dunque, la partecipazione è formazione alla cittadinanza, ad una cittadinanza attiva e responsabile.

Peraltro, sotto un diverso punto di vista – non alternativo ma complementare al precedente – la partecipazione contribuisce alla qualità della democrazia, avvicinandola al suo ideale ultimo (ancorché, come rileva Luciani, “inattuabile”): la “identificazione di governanti e governati”, che comporterebbe il “pieno (ed impossibile) risolversi, senza residui, dell’autorità nella libertà”¹⁷. Ancorché obiettivo mai perfettamente raggiungibile, tuttavia esso costituisce un punto di riferimento verso cui tendere: ed in tale prospettiva la partecipazione indubbiamente contribuisce a diminuire la distanza tra rappresentanti e rappresentati, rendendo i singoli non soltanto cittadini attivi ma anche “sovrani”. È evidente, in ordine a tale finalità, la sua possibile valorizzazione anche con riguardo all’ordinamento complessivamente considerato: questa funzione della partecipazione, in altri termini, non mira (soltanto) a “favorire” il partecipante, ma produce effetti positivi nei confronti del pro-

¹⁷ M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 74; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 99.

dotto della deliberazione, contribuendo alla qualità della democrazia complessivamente intesa (come sopra si è detto). Potrebbe dirsi, anzi, che quest'ultimo effetto si produce allorché i due obiettivi sono entrambi realizzati.

È evidente, alla luce di quanto detto, che gli obiettivi che la partecipazione mira a realizzare si inscrivono pienamente nella trama dei principi costituzionali, dando contenuto e sostanza a molti tra essi, sì che appare inutile indicare per ciascuno di detti obiettivi quale sia il valore costituzionale garantito o perseguito. Così come del tutto evidente è che agli obiettivi indicati molti altri se ne potrebbero aggiungere, sia in generale che in relazione a specifici ordinamenti, a momenti storici definiti, come anche a ambiti di deliberazioni da adottare: quelli indicati non hanno dunque la pretesa di costituire un catalogo chiuso, quanto piuttosto una sorta di esemplificazione di altri che potrebbero essere indicati.

3. *La democrazia partecipativa (e le differenze con quella deliberativa)*

Se dunque la partecipazione costituisce un'attività dai molti possibili effetti, l'espressione "democrazia partecipativa" impone di interrogarsi sul suo esatto significato e sui contenuti che ad essa si riconnettono, relativamente anche ad altre definizioni che aggettivano il sostantivo "democrazia" (ad esempio diretta, deliberativa, consociativa, performativa, responsiva, e così via¹⁸). Con tale espressione si intende un'attività che, nel perimetro di procedure pubbliche (amministrative, normative, di controllo) fra società e istituzioni, precede il momento decisionale e si sostanzia in momenti e spazi organizzati di discussione e dialogo¹⁹, ove possono partecipare, offrendo il proprio contributo, quanti sono interessati a una questione di rilevanza pubblica, indipendentemente dalle competenze che chi partecipa può vantare nel settore di riferimento, ovvero da

¹⁸ Al riguardo può essere utile il volume curato da F. DE TOFFOL, A. VALASTRO, *Dizionario*, cit. Un glossario dei termini in questione può leggersi anche in E. ROSSI, P. ADDIS, F. BIONDI DAL MONTE, E. STRADELLA, E. VIVALDI, *Identità e rappresentanza del Terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, Bologna 2011, 61 ss. Sul tema v. anche R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia?*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, cit. Sulla democrazia responsiva v. F. CASSELLA, *Profili costituzionali*, cit., spec. 162 ss.; M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione?*, cit., 37 ss.

¹⁹ L. PELLIZZONI, *La deliberazione pubblica*, Roma 2005.

criteri di appartenenza ad associazioni, organizzazioni o formazioni sociali di qualsivoglia natura. Lo scopo che si prefigge colui che partecipa è di convincere gli altri, mediante la sola forza del ragionamento e dell'argomentazione, a riconoscere la bontà delle proprie ragioni, inducendolo a modificare o arricchire la propria posizione iniziale. In tal senso, la democrazia partecipativa può essere definita come una "democrazia intermedia"²⁰, in quanto non mira a sostituirsi al momento deliberativo, bensì a porsi quale momento intermedio tra l'ambito delle idee e degli interessi di ciascuno e la fase deliberativa vera e propria, che si realizza nelle istituzioni della rappresentanza. Obiettivo della democrazia partecipativa, in tal senso, è di offrire al decisore tutti (o il maggior numero possibile de-)gli elementi necessari per una decisione ponderata, vale a dire la conoscenza delle diverse prospettive e degli interessi in gioco, al fine di individuare la soluzione che meglio esprima la propria volontà politica²¹.

Vi è un punto, al riguardo, che occorre tuttavia chiarire. Da quanto sin qui detto potrebbe ritenersi che ogni idea, interesse, opinione, ecc. che venga espressa all'interno dello spazio pubblico relativamente ad un oggetto sul quale sia in corso un procedimento deliberativo possa essere considerata inerente la democrazia partecipativa: per cui rientri in tale ambito – ad esempio – l'articolo di giornale come una presa di posizione di un partito politico. Siccome avvertiamo abbastanza chiaramente che così non è e non può essere, dobbiamo precisare i requisiti necessari perché si abbia democrazia partecipativa. Come opportunamente sottolinea Luciani, occorre distinguere al riguardo la partecipazione istituzionale rispetto alla comune partecipazione politica: perché si abbia la prima occorre che essa si articoli in "istituti e procedimenti formalizzati e tipizzati dal diritto" e che si diriga "all'attivazione, completamento o definizione dei procedimenti decisionali pubblici (in particolare, di quelli politici)"²². Il primo dei due criteri indicati esclude la rilevanza, ai nostri fini,

²⁰ A. COLOMBO, R. CUCCA, *Istituzionalizzare la sussidiarietà? L'esperienza della democrazia deliberativa in Lombardia*, in www.grupposervizioambiente.it/aisre_sito/minisito_2006/cd_aisre/Paper/colombo_cucca.pdf.

²¹ Come afferma E. CHELI, *Nata per unire. La Costituzione italiana tra storia e politica*, Bologna 2010, 44, la partecipazione esprime "la continuità del rapporto tra governanti e governati, ai fini dell'individuazione, attraverso la composizione dei vari interessi in gioco, dell'interesse generale cui deve ispirarsi la formulazione degli indirizzi politici".

²² M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 38 ss. A tali criteri l'A. ne aggiunge altri due: che la partecipazione sia strutturata attraverso l'attribuzione di specifici diritti politici, e che possa essere praticata da tutti i cittadini, a prescindere dalle loro appartenenze.

della cosiddetta partecipazione “informale”, mentre il secondo “consente di escludere tutte le forme di partecipazione che restano fuori dai procedimenti decisionali, pur potendoli condizionare dall'esterno”²³ (torneremo su quest'ultimo punto).

Un altro aspetto da considerare è costituito dalle istanze che muovono i partecipanti al dibattito: esse possono infatti ascrivere a due categorie generali. Si può partecipare per dare voce e rilievo al proprio modo di intendere l'interesse generale, quindi ponendosi – *mutatis mutandis* – “sullo stesso piano” del decisore politico (sull'ovvio presupposto che il decisore politico persegua l'interesse generale); ma potrebbe anche avvenire che chi partecipa intenda dare voce al proprio interesse particolare, ovvero all'interesse diffuso che intende rappresentare nello spazio di dialogo (si pensi, in questo secondo caso, e ad esempio, al rappresentante di un'associazione ambientalista). Con conseguenze rilevanti, nelle due ipotesi: se infatti nella prima scopo del dibattito pubblico è di confrontare i diversi punti di vista dell'interesse generale, nel secondo – al contrario – l'interesse generale è frutto del confronto tra interessi particolari. Con possibili ed inevitabili situazioni intermedie, costituite dalla contemporanea presenza di portatori di istanze di carattere generale (si pensi ad esempio alle organizzazioni che svolgono funzioni di *advocacy*) e di portatori di interessi specifici e particolari.

Soprattutto nell'ipotesi di istanze particolari, e di istanze particolari contrastanti, è possibile che possano sorgere conflitti tra i soggetti partecipanti: ragione per cui la democrazia partecipativa “mira, mediante forme collaborative di gestione dei conflitti, a produrre di volta in volta un risultato unitario in funzione del miglior perseguimento dell'interesse generale”²⁴.

Un recente riferimento normativo, che consente un confronto con previsioni di diritto positivo, è costituito dalla previsione contenuta nell'art. 11 del Trattato dell'Unione europea approvato a Lisbona il 13 dicembre 2007 (e ratificato dall'Italia con legge 2 agosto 2008 n. 130): esso individua infatti quattro procedimenti – o meglio ambiti – di partecipazione. Il primo riguarda attività di tipo informativo (“*Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione*”): tale previsione comporta

²³ M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 40.

²⁴ F. DE TOFFOL, A. VALASTRO, *Dizionario*, cit., 75.

dunque un impegno delle istituzioni europee a consentire a tutti i cittadini la possibilità di esprimere le proprie opinioni ed i propri interessi, sia nei riguardi delle stesse istituzioni che anche tra loro (con una direzione dunque che potremmo definire insieme orizzontale e verticale).

La seconda prospettiva è invece di tipo consultativo: *“Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile”*. Tale impegno sembra presupporre luoghi e momenti di confronto istituzionale tra le stesse istituzioni europee ed alcuni soggetti: da un lato le associazioni, cui viene richiesto di esse “rappresentative” (e ciò apre alla necessità di definire criteri per definire il livello di rappresentatività di chi partecipa, come si dirà), e dall’altro la “società civile”, termine assai generico che tuttavia sembrerebbe escludere l’interlocuzione con cittadini singoli, e sembra invece riferito (dovendosi in esso escludere le associazioni rappresentative) a gruppi informali di portatori di interessi (sul modello dei movimenti, per intenderci).

La generale previsione appena richiamata sembra specificata dal comma successivo dello stesso art. 11, ove si prevede che *“Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell’Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate”*. Il senso di tale previsione sembra risiedere nell’esigenza che la Commissione (e non le altre istituzioni europee), nel procedimento interno finalizzato all’elaborazione degli atti relativi alle proprie funzioni, adotti un metodo partecipativo costante ed istituzionalizzato, non limitato né nel numero dei soggetti coinvolti né nelle materie cui si riferisca il procedimento (tale sembra essere il significato da attribuire all’espressione “ampie consultazioni”), sebbene ristretto ai soggetti portatori di interesse nell’ambito specifico cui si riferisca l’atto da adottare. Meritevole di sottolineatura è la finalità che viene attribuita a tale tipo di partecipazione: e se la “trasparenza” costituisce un obiettivo facilmente comprensibile e quasi auto-evidente, di maggior interesse è la “coerenza”, con il quale si tende ad indicare che l’obiettivo della partecipazione non è soltanto di coinvolgere i destinatari della deliberazione al fine di un suo migliore recepimento, ma anche di migliorare la qualità della stessa deliberazione, sul presupposto di quanto sopra si indicava relativamente alle difficoltà intrinseche della regolazione nelle società moderne.

Ed infine, l’ultimo ambito viene così definito: *“Cittadini dell’Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l’iniziativa d’invitare la Commissione europea, nell’ambito delle sue attribuzioni, a presentare una*

proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei Trattati". Si tratta, in questo caso, di un potere d'iniziativa che viene attribuito ad un numero qualificato di cittadini nella forma di quella che la nostra Costituzione chiama "petizione", ovvero una sollecitazione ad intervenire – non necessariamente attraverso una proposta di deliberazione già definita – su una determinata materia. La procedura da adottare in relazione a tale previsione è stata oggetto di disciplina mediante il Regolamento (UE) n. 211/2011 del 16 febbraio 2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, con il quale si è stabilito (Allegato 2) che i contenuti essenziali per tale proposta sono costituiti dal titolo, dall'oggetto e da una descrizione degli obiettivi della proposta d'iniziativa dei cittadini, nonché da altri aspetti formali, precisandosi altresì che gli organizzatori "possono anche trasmettere la bozza di un atto giuridico" (che, quindi, non è necessario).

Come si vede, dunque, il Trattato di Lisbona apre nell'Unione europea ampi spazi di partecipazione popolare: spazi che si pongono in quella fase intermedia propria della democrazia partecipativa e non investono direttamente il processo deliberativo (che viene riservato alle istituzioni).

A quest'ultimo riguardo, occorre analizzare la differenza tra la democrazia partecipativa e quella definita "deliberativa": distinzione che appare tutt'altro che definita anche nel dibattito teorico, sì da far ritenere i due fenomeni vicini, simili ed affini²⁵. Come assai opportunamente rileva Raffaele Bifulco, vi è una puntualizzazione necessaria da compiere, che attiene al significato lessicale dell'espressione. L'attributo "partecipativa" al sostantivo "democrazia" costituisce un adattamento dell'espressione inglese "*deliberation*": ma tale adeguamento non è preciso, in quanto il termine inglese in questione indica il processo attraverso il quale si esamina una questione prima di prendere una decisione; mentre nel significato della lingua italiana si intende l'atto con il quale si assume una decisione, dopo aver analizzato i vari argomenti²⁶. Tale ambiguità ha condotto alla formulazione di due posizioni, fundamentalmente alternative.

Da un lato vi sono quanti ritengono che tra democrazia deliberativa e democrazia partecipativa si debba immaginare un rapporto da *genus* a

²⁵ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, Milano 2011, 275.

²⁶ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, cit., 272.

species: ciò in quanto – in primo luogo – la democrazia deliberativa costituisce la cornice teorica entro la quale trovano spazio le esperienze partecipative, ed in secondo luogo in quanto le teorie della democrazia deliberativa tendono a prospettare l’inclusione e la deliberazione in tutti i processi decisionali pubblici, mentre la democrazia partecipativa indica una serie di pratiche dal carattere applicativo²⁷. Simmetricamente, altri ritengono che la democrazia deliberativa possa configurarsi come “una forma di democrazia partecipativa ma caratterizzata da un perimetro più definito o circoscritto”²⁸. Al di là della valutazione di cosa sia più generale e cosa meno, sta tuttavia l’evidenza di un confine molto incerto e indefinito tra le due nozioni.

Da un diverso punto di vista, maggiormente attento ai profili strettamente giuridici in connessione con il significato letterale (nella lingua italiana) della espressione definitoria, potrebbe ritenersi che democrazia deliberativa è quella che si spinge, a differenza dell’altra, fino al momento deliberativo, andando oltre la mera consultazione dei soggetti rappresentanti interessi propri, per coinvolgere gli stessi nella fase in cui si assume la deliberazione finale. Per dire in altri termini: quell’elemento che viene indicato come proprio della democrazia partecipativa (ovvero la “mancanza di effetti giuridici formali del processo di partecipazione sui titolari del potere decisionale”²⁹) potrebbe considerarsi invece caratterizzante la democrazia deliberativa: la partecipazione popolare al momento deliberativo comporta infatti la piena rilevanza giuridica della deliberazione assunta mediante partecipazione diretta di tutti.

Sulla base di tale ultima posizione, possiamo criticamente analizzare quanti hanno tentato di spiegare il senso ed il valore di tale forma di democrazia facendo riferimento al concetto di *societal decisions*, elaborato da Mansbridge ed altri³⁰, con riguardo al formarsi di orientamenti e convinzioni socialmente diffuse che si affermano in ambito sociale, fino ad acquisire una pubblica legittimazione e divenire prevalenti nei discorsi comuni, e tali da influenzare il decisore politico e quasi determinarne la volontà. Possiamo pensare, in tale prospettiva, a quanto si è verificato in

²⁷ Così ancora R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, cit., 278.

²⁸ F. DE TOFFOL, A. VALASTRO, *Dizionario*, cit., 73.

²⁹ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, cit., 278. Peraltro, anche con riguardo alla democrazia partecipativa si dovrebbe considerare criticamente il rilievo circa l’assenza di conseguenze giuridiche: si pensi ad esempio all’obbligo di motivazione di cui si dirà.

³⁰ E ripreso ed analizzato da A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa: teorie, processi e sistemi*, Roma 2012, 29 ss.

relazione al principio di non discriminazione relativamente ad alcuni ambiti applicativi definiti (penso soprattutto alla differenza di genere ed anche alle discriminazioni per ragioni di orientamento sessuale), come anche alla percezione sociale sui costi della politica, e così via. È evidente, se pensiamo a tali ambiti, come la decisione politica sia formalmente rimasta al decisore istituzionale: ma altrettanto evidente come questi abbia agito quasi a “ratificare” (non potendo fare diversamente) “regole” che si erano imposte nello spazio discorsivo pubblico.

E tuttavia per il giurista tale argomentazione non può risultare sufficiente: sebbene infatti meriti attenta considerazione la prospettiva che considera la deliberazione alla stregua di “*multiple and intersecting processes of public deliberation*”³¹, tuttavia deve rimanere ferma – almeno a me pare – la distinzione tra chi *propone* (indicando argomenti, prospettive, soluzioni, ecc.) e chi *decide*: la deliberazione – nel suo significato proprio – è infatti l’atto che produce effetti giuridici, ed è pertanto ad essa che occorre guardare per definire il relativo potere. Ciò che viene “prima” di essa può avere ovviamente grande rilevanza in termini politici o culturali, ma non può essere identificato con il contenuto del momento deliberativo. Per aversi democrazia deliberativa, dunque, occorre che il momento decisionale sia attribuito ovvero trasferito a luoghi di partecipazione diretta dei cittadini: in tal senso la democrazia deliberativa è assimilabile al concetto di democrazia diretta. Che questo possa effettivamente e concretamente realizzarsi negli ordinamenti complessi è problema ulteriore: più facile è immaginarlo con riguardo ad ordinamenti circoscritti e numericamente limitati (come all’interno di un’associazione, ad esempio). Ed infatti anche i teorici della democrazia deliberativa, allorché intendano applicarla ai grandi numeri, avvertono la necessità di limitare il numero dei partecipanti, al fine di favorire un effettivo processo dialogico tra gli stessi. Tale selezione può essere di tipo rappresentativo (allorché alcuni soggetti vengano individuati da altri come “rappresentanti” delle proprie posizioni) ovvero spontaneo, nell’ipotesi cioè in cui sia prevista la possibilità di partecipare per chiunque abbia interesse e intenda partecipare³². Ma ciò fa intendere la fragilità della prospettiva, almeno sul piano giuridico, giacché in entrambi i casi si tratta di una decisione assunta da alcuni “a nome” di altri.

³¹ Così J. BOHMAN, *Democracy across Borders: from Demos to Demoi*, Cambridge 2007, 2, ripreso da A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa*, cit., 30.

³² Così, fra gli altri, R. LEWANSKI, *La democrazia deliberativa. Nuovi orizzonti per la politica*, in *Aggiornamenti sociali*, 2007, 7.

4. I modelli di democrazia partecipativa

Per analizzare, a questo punto, i modelli di democrazia partecipativa, credo sia necessario, assumendo il riferimento teorico indicato, distinguere la partecipazione *politica* da quella che si è definita *istituzionale*.

Con riguardo alla prima, la Costituzione individua nei partiti politici i soggetti cui viene attribuito il compito di determinare la politica nazionale. Al fondo di tale previsione sta la convinzione che la “volontà generale”, che si deve formare attraverso l’opera delle diverse sedi istituzionali, e che dà luogo agli atti “politici” da queste assunti, debba essere il prodotto di sintesi (e/o di prevalenza) di volontà politiche già mediate da livelli intermedi di rappresentanza degli interessi. In tal senso, gli interessi presenti nella società vengono “politicizzati” attraverso una loro trasformazione in istanze (o *issues*), a loro volta aggregate ad altre e trasformate in istanze “superiori” destinate alle istituzioni rappresentative: i partiti rappresentano lo strumento per la realizzazione di questo snodo, una sorta di canale che consente di passare dai bisogni indifferenziati a delle *issues* mediate e condivise.

Questa funzione, che concorre alla realizzazione di una democrazia critica in quanto istituzionalizzata³³, è voluta dal costituente quale antidoto alla democrazia plebiscitaria, in cui la contrapposizione al “potere” è al contrario realizzata dalla massa indifferenziata, e l’esercizio della politica è svolto dai cittadini esclusivamente mediante il momento elettorale. L’azione dei partiti politici e delle altre formazioni sociali dovrebbe in tal modo consentire l’affermazione di una democrazia matura, agendo da strumenti di proposta, e insieme di controllo, per l’azione dei rappresentanti.

Sotto l’altro – ma ovviamente completare – aspetto, il partito è il luogo preposto alla partecipazione dei cittadini, e perciò all’esercizio effettivo da parte loro dei diritti politici oltre il momento elettorale, attraverso la raccolta delle idee e del contributo di ciascuno alla vita politica: è lo strumento nel quale, per usare le parole di Costantino Mortati in Assemblea costituente, “si preparano i cittadini alla vita politica e si dà ad essi di esprimere organicamente la loro volontà”. Occorre dire, al riguardo, che l’esperienza italiana è stata assai particolare: per una serie di fattori, infatti, i partiti di massa hanno assolto a questa funzione in senso ampio, come luoghi cioè in cui le persone hanno cercato e trovato il

³³ G. ZAGREBELSKY, *Il “crucifige” e la democrazia*, Torino 1995, 100 ss.

senso di un'appartenenza che è andata al di là della (mera) partecipazione *politica*, svolgendo invece una funzione di integrazione e socializzazione in senso generale, cioè connessa alla sfera complessiva di vita degli individui, tanto da giustificare la definizione dei partiti come "comunità"³⁴ se non come vere e proprie "Chiese". Su tali aspetti non merita insistere ulteriormente in questa sede.

La funzione primaria assegnata ai partiti dalla Costituzione non esclude tuttavia la possibilità che anche altri soggetti partecipino al procedimento di formazione della decisione pubblica. Al riguardo, una prospettiva che è stata da tempo indicata, con riguardo all'apporto che le diverse formazioni sociali possono offrire ai processi deliberativi, viene indicata con il termine di *advocacy*³⁵. Tralascio, per quanto sopra indicato, di considerare inerente a tale prospettiva quell'attività che può realizzarsi mediante azioni di comunicazione sociale, di crescita della consapevolezza culturale, di maturazione della coscienza sociale. È evidente come tale attività possa realizzarsi attraverso una serie di strumenti informali e formali, e tra questi ultimi tutti quelli attinenti ai mezzi di comunicazione (di massa e non solo), oggi fortemente incrementati dall'uso delle tecnologie telematiche.

Più utile può essere invece la considerazione degli strumenti normativi, e giuridici in senso lato, che possono essere valorizzati per consentire un'azione di *advocacy*, relativamente a quegli ambiti che costituiscono i modelli oggi più utilizzati di democrazia partecipativa: ovvero il bilancio partecipato, il dibattito pubblico, la giuria civica e le forme di programmazione, pianificazione e progettazione partecipata relative alle politiche pubbliche³⁶.

Soffermandosi in particolare su quest'ultimo ambito di intervento, con riguardo all'apporto possibile dei processi partecipativi nella fase di definizione delle linee progettuali e programmatiche delle politiche di governo ai diversi livelli territoriali, in relazione al livello regionale dell'ordinamento giuridico italiano possiamo richiamare le soluzioni adottate negli statuti regionali³⁷. Così, ad esempio, lo statuto della Toscana

³⁴ M. DUVERGER, *I partiti politici*, Milano 1980, 12.

³⁵ Sia consentito rinviare, sul punto, a E. ROSSI, *La funzione di advocacy per la tutela dei diritti della persona*, in M. CAMPEDELLI, P. CARROZZA (a cura di), *Innovazioni nel welfare e nuovo patrocinio*, Bologna 2009, 183 ss.

³⁶ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, Milano 2011, 296.

³⁷ In merito alle previsioni statutarie in tema di partecipazione cfr. A. VALASTRO, *Gli*

prevede l'istituzione di una "Conferenza permanente delle autonomie sociali", che si dovrebbe riunire in almeno tre sessioni annuali allo scopo di "esprimere proposte e pareri al Consiglio ai fini della formazione degli atti della programmazione economica, sociale e territoriale", oltre che "per verificare gli esiti delle politiche regionali" (art. 61). Un'altra disposizione dello statuto prevede l'obbligo per la legge di promuovere la partecipazione dei cittadini, ed anche "dei soggetti sociali organizzati", "nelle diverse forme: come iniziativa autonoma verso l'amministrazione, come libero apporto propositivo alle iniziative regionali, come intervento nelle fasi formali di consultazione, come contributo alla verifica degli effetti delle politiche regionali" (art. 72).

Vengono in sostanza individuati due modelli: uno di tipo organizzativo-strutturale, mediante l'istituzione di una sede ovvero di un organismo di consultazione permanente per il Consiglio Regionale, o per la Giunta o per il Presidente, in cui tutte le espressioni della società civile organizzata partecipano al processo di formazione delle decisioni politiche ed amministrative; uno di tipo funzionale, mediante l'adozione di modelli procedurali tali per cui ogni volta che le istituzioni regionali intendano adottare una decisione, o approvare una legge che abbia un particolare riferimento o conseguenze su un determinato settore, devono prevedere delle fasi di consultazione, secondo forme e procedure da definire, dei soggetti potenzialmente coinvolti o interessati.

Si muovono nella prima direzione anche le soluzioni adottate in altre Regioni ed in alcuni enti territoriali, mediante l'istituzione di *Consulte* (del volontariato, dell'associazionismo, di altre istanze tematiche): organismi che devono essere sentiti, esprimere un parere, siglare un'intesa relativamente all'adozione di decisioni, e che quindi costituiscono uno strumento giuridico di partecipazione.

Se dal piano degli strumenti di partecipazione alla fase di elaborazione delle politiche pubbliche si passa a quello del contributo alla verifica ed al controllo dell'attività posta in essere dagli enti pubblici, un esempio significativo è offerto, con riguardo all'ambito dell'assistenza sociale e sociosanitaria, dalla legge n. 328/2000, ed in particolare dallo strumento costituito dalla "carta dei servizi sociali" (previsto all'articolo 3). Si tratta di un documento che deve essere adottato da ciascun ente erogatore di servizi, nel quale devono essere definiti i criteri per l'accesso ai

servizi, le modalità del relativo funzionamento, le condizioni per facilitarne le valutazioni da parte degli utenti e dei soggetti che rappresentano i loro diritti, nonché la procedura per assicurare la tutela degli utenti. Tale Carta costituisce uno strumento giuridico mediante il quale le organizzazioni di *advocacy*, insieme ad altri soggetti individuali e collettivi, possono verificare in che modo l'ente incaricato eroga un determinato servizio, sulla base di quanto preventivamente l'ente stesso ha dichiarato. Si è ritenuto a tale riguardo che il rapporto tra l'ente erogatore e l'utente possa configurarsi in termini *quodammodo* contrattuali³⁸, tanto che l'eventuale violazione delle garanzie contenute nella Carta potrebbe dar luogo anche a ricorsi amministrativi (la legge parla a questo proposito di "tutelare posizioni soggettive") nei confronti dei responsabili dei servizi: il che contribuisce a valorizzare anche la funzione che detto strumento può svolgere in ordine a quanto si è qui detto.

Su un diverso piano si pone la possibilità, riconosciuta alle diverse realtà organizzative della società civile, di operare in funzione di verifica e di controllo sulla generalità dell'attività amministrativa posta in essere. E in questo ritorna il ruolo delle Consulte cui si faceva riferimento, chiamate ad offrire un apporto propositivo ma anche, anzi sempre di più, a verificare e controllare l'attività amministrativa; con una stretta correlazione tra questo tipo di attività e quella programmatica di cui si è detto. A tale riguardo basti ricordare come la fase di monitoraggio e di controllo sia essenziale all'interno del processo di programmazione, e come a tal fine si richieda una valutazione sia in ordine all'appropriatezza dell'intero sistema rispetto agli obiettivi fissati, sia in relazione al rispetto dei criteri qualitativi nella fase di attuazione³⁹.

L'espansione di tali modelli partecipativi, certamente rafforzata e quasi "consacrata" dall'esplicito riconoscimento del richiamato principio di sussidiarietà, se considerata insieme alla richiamata funzione assegnata dalla Costituzione al sistema dei partiti politici, pone alcuni interrogativi in termini di compatibilità. In altri termini, se mediante il ricorso a procedure partecipative viene favorito e istituzionalizzato un dialogo diretto tra le formazioni sociali non-partitiche e le istituzioni, ciò "lascia però ir-

³⁸ Così S. VUOTO, *Il riconoscimento e la tutela delle situazioni soggettive degli utenti nei servizi socio-assistenziali: spunti ricostruttivi alla luce della legge quadro n. 328/2000 e del nuovo Titolo V della Costituzione*, in E. ROSSI (a cura di), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Padova 2004, 386.

³⁹ E. INNOCENTI, *La programmazione sociale per un nuovo modello di governance dei servizi alla persona*, in E. ROSSI (a cura di), *Diritti di cittadinanza*, cit., 266 ss.

risolta la questione di come si debba porre il ruolo dei partiti rispetto a questi soggetti. (...) Appannaggio dei partiti deve restare la trasmissione della domanda politica o solo la costruzione, per via di mediazione, del progetto politico?⁴⁰. È un interrogativo che lasciamo aperto, ma sul quale si gioca, come è evidente, il futuro del ruolo dei partiti nell'assetto democratico (e fors'anche la qualità della nostra democrazia).

5. *Le leggi regionali sulla partecipazione*

Nel contesto descritto, e nell'evidente ricerca di forme di partecipazione nuove che possano contribuire a superare le difficoltà della partecipazione secondo gli strumenti tradizionali, alcune regioni sono intervenute mediante l'approvazione di leggi disciplinanti procedure e strumenti di partecipazione all'elaborazione delle decisioni pubbliche, anche sulla spinta della riforma costituzionale del 2001 ed in particolare dell'introduzione del richiamato principio di sussidiarietà.

Tra le numerose leggi regionali indicate, è possibile distinguere quattro tipologie principali.

Alcune leggi si richiamano al principio di sussidiarietà orizzontale ed hanno lo scopo di dettarne una disciplina di attuazione: così la legge regionale Umbria 4 dicembre 2006 n. 16 (Disciplina dei rapporti tra l'autonoma iniziativa dei cittadini e delle formazioni sociali e l'azione di Comuni, Province, Regione, altri Enti locali e Autonomie funzionale in ordine allo svolgimento di attività di interesse generale secondo i principi di sussidiarietà e semplificazione); la legge regionale Campania 1 luglio 2011 n. 12 (Attuazione del comma 4 dell'articolo 118 della Costituzione sulla sussidiarietà orizzontale); la legge regionale Calabria 28 giugno 2012 n. 29 (Attuazione del comma 4 dell'articolo 118 della Costituzione sulla sussidiarietà orizzontale). Tali leggi, come è evidente anche dal titolo, disciplinano la partecipazione "dei cittadini, singoli e associati, delle famiglie, delle imprese e del terzo settore" allo "svolgimento di attività di interesse generale": con tali attività dovendosi intendere servizi e prestazioni rese a favore della collettività. In quanto tali, dette leggi non riguardano (perlomeno direttamente) la partecipazione *politica*, né, di conseguenza, l'ambito della democrazia partecipativa.

⁴⁰ F. PIZZOLATO, *Introduzione. Questione democratica e democrazia nei partiti*, in AA.VV., *Democrazia nei partiti*, Milano 2010, 15-16.

Altre leggi riguardano invece l'attuazione degli istituti "classici" di partecipazione istituzionale, quali il diritto di petizione, di iniziativa, le varie forme di referendum, e così via. Esse sono ovviamente strettamente inerenti al tema della partecipazione *politica*: ma per le ragioni sopra indicate non me ne occuperò in questa sede.

Vi sono poi leggi che promuovono e disciplinano forme di partecipazione dei giovani alla vita sociale e politica (ad esempio, mediante l'istituzione di consigli comunali dei giovani o attività simili): tra queste, la legge regionale del Lazio 7 dicembre 2007 n. 20 (Promozione degli strumenti di partecipazione istituzionale delle giovani generazioni alla vita politica e amministrativa locale); la legge veneta 14 novembre 2008 n. 17 (Promozione del protagonismo giovanile e della partecipazione alla vita sociale); la legge regionale della Basilicata 22 febbraio 2000 n. 11 (Riconoscimento e promozione del ruolo delle giovani generazioni nella società regionale).

Di maggiore interesse, ai nostri fini, sono infine le leggi regionali che introducono nuove forme di partecipazione – intesa in senso generale – alla elaborazione delle politiche pubbliche: tali sono la legge regionale Toscana 27 dicembre 2007 n. 69 (Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali)⁴¹, successivamente modificata (in realtà "rinnovata" con modifiche, come si dirà) con legge regionale 2 agosto 2013 n. 46 (Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali)⁴²; e la legge regionale Emilia – Romagna 9 febbraio 2010 n. 3 (Norme per la definizione, riordino e promozione delle procedure di consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali

⁴¹ Sulla legge v. G. PIZZANELLI, *Alcune note di commento alla legge regionale Toscana che promuove la partecipazione all'elaborazione delle politiche regionali e locali (l.r. 27 dicembre 2007, n. 69)*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 141; E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, Pisa 2010, 387. La predisposizione del relativo disegno di legge era stata realizzata mediante un lungo processo partecipato avviato dalla Giunta regionale nel 2006, e che si era sostanziato nell'organizzazione di una serie di incontri con l'Associazione *Rete Nuovo Municipio* e con l'adozione del metodo c.d. del *Town Meeting* dal gruppo di lavoro responsabile per il "Contributo alla stesura di una legge regionale sulla partecipazione", in una prospettiva definita di "metapartecipazione" (R. LEWANSKY, *Democrazia delle infrastrutture per la democrazia*, in *www.ambra.unibo.it*, 2007). Sull'esperienza regionale toscana v. da ultimo, e complessivamente, E. STRADELLA, *La partecipazione*, in P. CARROZZA, R. ROMBOLI, E. ROSSI, *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Toscana*, Torino 2015, 286 ss.

⁴² Su di essa v. V. DE SANTIS, *La nuova legge della Regione Toscana in materia di dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione*, in *Osservatorio AIC*, 2013.

e locali)⁴³. Di minore rilievo, sotto l'aspetto che in questa sede si intende affrontare, è la legge della regione Umbria (legge 16 febbraio 2010 n. 14, più volte modificata), che oltre a disciplinare gli istituti classici di partecipazione, contiene alcuni articoli dedicati alla "Consultazione", e tra questi uno dedicato al "processo decisionale partecipativo". In verità tali previsioni non si discostano molto dalle procedure di tipo consultivo relative all'adozione di provvedimenti amministrativi e legislativi che possono essere adottate e che vengono comunemente adottate (possibilità di incontri pubblici, audizioni, pareri scritti, ecc.)⁴⁴, sì che in questa sede conviene senz'altro concentrarsi sulle leggi toscana ed emiliano-romagnola, che certamente presentano i caratteri di maggior novità ed interesse. Avverto preliminarmente che per la Toscana esaminerò la legge vigente, la quale ha insieme "rinnovato" e modificato la legge del 2007⁴⁵, che prevedeva espressamente una data conclusiva della propria efficacia (art. 26: "La presente legge è abrogata il 31 dicembre 2012, fatta salva la conclusione dei processi partecipativi già iniziati a quella data"⁴⁶).

⁴³ In merito alla quale v. A. MENGOZZI, *Forme di democrazia partecipativa e governance territoriale: un modello per la legge regionale sulla partecipazione dell'Emilia – Romagna*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 2/2011, 255 ss.; M. CIANCAGLINI, *Tra democrazia partecipativa e concertazione. La legge regionale 3/2010 dell'Emilia-Romagna*, ivi, 215 ss.

⁴⁴ Secondo C. CORSI, *Democrazia partecipativa e procedimento amministrativo: un raffronto attraverso l'esperienza della legge toscana*, in F. BORTOLOTTI, C. CORSI, *La partecipazione politica e sociale tra crisi e innovazione. Il caso della Toscana*, Roma 2012, 233, nota 43, i caratteri della consultazione ricavabili dalla legge umbra "restano così indefiniti da far dubitare di poter essere ricondotti ad istituti di democrazia partecipativa/deliberativa".

⁴⁵ In merito alle differenze tra le due leggi, ed al carattere "progressivo" assunto dalla disciplina regionale toscana in materia di democrazia partecipativa v. M. CIANCAGLINI, *Un'ulteriore tappa nel processo di consolidamento della democrazia partecipativa. La legge regionale 46/2013*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2014. Le innovazioni della seconda legge sono conseguenti alla risoluzione del Consiglio regionale n. 168 del dicembre 2012, adottata al termine di un'indagine conoscitiva svolta dallo stesso Consiglio e promossa dal portavoce dell'opposizione. Sulla legge del 2007 molti sono i commenti in dottrina: per richiamarne alcuni v. L. CORCHIA, *Il principio di inclusione nei nuovi processi deliberativi. Il caso della legge n. 69/2007 della Regione Toscana*, in *Riv. trim. sc. dell'amm.*, n. 4/2011, 79 ss.; A. FLORIDIA, *Democrazia deliberativa e processi decisionali: la legge della Regione Toscana sulla partecipazione*, in *Stato merc.*, 2008, n. 1, 83 ss.; E. STRADELLA, *Partecipazione e deliberazione: una evoluzione bottom-up della forma di Stato democratica? Appunti a partire dalla legge della Regione Toscana n. 69/2007*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2008; M. CIANCAGLINI, *La democrazia partecipativa in Toscana. Note a margine della legge regionale n. 69/2007*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2009.

⁴⁶ Il termine iniziale è stato prorogato di un anno dalla legge reg. n. 72/2012.

Per quanto riguarda, in primo luogo, i soggetti cui viene riconosciuto dalle due leggi il diritto di partecipazione ai procedimenti previsti⁴⁷, la legge emiliana fa riferimento a “tutte le persone, le associazioni e le imprese che siano destinatari, singolarmente o collettivamente, delle scelte contenute in un atto regionale o locale di pianificazione strategica, generale o settoriale, o di atti progettuali e di attuazione in ogni campo di competenza regionale, sia diretta che concorrente” (art. 3), mentre la legge toscana contiene una formulazione largamente inclusiva: detto diritto è riconosciuto infatti non soltanto ai cittadini, ma anche agli “stranieri o apolidi regolarmente residenti nel territorio interessato da processi partecipativi, alle persone che lavorano, studiano o soggiornano nel territorio interessato, ai toscani residenti all'estero quando si trovano in Toscana e alle altre persone, anche su loro richiesta, che hanno interesse rispetto al territorio in questione o all'oggetto del processo partecipativo e che il responsabile del dibattito ritenga utile far intervenire nel processo partecipativo stesso” (art. 2)⁴⁸. Tralasciando un'analisi delle previsioni specifiche della legge toscana, pare doveroso sottolineare una differenza di fondo tra quest'ultima e la legge emiliana: mentre la seconda sembra limitare il diritto a partecipare a quanti siano *destinatari* delle scelte da adottare (e che quindi, detto in altri termini, abbiano un interesse specifico da tutelare in relazione all'atto), quella toscana – al contrario – non prevede limitazioni in tal senso, limitando soltanto la partecipazione con riguardo all'ambito territoriale interessato da una determinata deliberazione.

Oltre a ciò, altre differenze riguardano i procedimenti partecipativi: e si tratta certamente delle differenze più rilevanti.

La Regione Emilia-Romagna prevede un'unica modalità di partecipazione (il “processo partecipativo”), consistente in “un percorso di discussione organizzata che viene avviato in riferimento ad un progetto futuro o ad una futura norma di competenza delle Assemblee elettive o delle Giunte, regionali o locali, in vista della sua elaborazione, mettendo in comunicazione attori e istituzioni, al fine di ottenere la completa rappresen-

⁴⁷ Sottolinea opportunamente la tendenza ricavabile dalla legislazione regionale a riconoscere esplicitamente la partecipazione come “diritto” esercitabile da ogni “individuo” che abbia un legame con il territorio interessato M. PICCHI, *Il diritto di partecipazione*, Milano 2012, 152 ss.

⁴⁸ Sulla divergenza tra tale ampio riconoscimento e le previsioni statutarie toscane (che riservano la partecipazione ai “cittadini”) v. L. CORCHIA, *Il principio di inclusione nei nuovi processi deliberativi. Il caso della legge n. 69/2007 della Regione Toscana*, in *Riv. trim. sc. dell'amm.*, n. 4/2011, 84; M. CIANCAGLINI, *La democrazia partecipativa in Toscana*, cit., 6-7.

tazione delle posizioni, degli interessi o dei bisogni sulla questione, nonché di giungere ad una mediazione o negoziazione, ricercando un accordo delle parti coinvolte sulla questione oggetto degli atti in discussione”. Il risultato di tale processo è un “documento di proposta partecipata di cui le autorità decisionali si impegnano a tener conto nelle loro deliberazioni” (art. 10).

Secondo la legge toscana, invece, i procedimenti per i quali è previsto un modello partecipativo sono di due tipi: il dibattito pubblico e i processi partecipativi locali⁴⁹.

Il Dibattito Pubblico regionale⁵⁰ viene definito quale “processo di informazione, confronto pubblico e partecipazione su opere, progetti o interventi che assumono una particolare rilevanza per la comunità regionale, in materia ambientale, territoriale, paesaggistica, sociale, culturale ed economica”; esso si svolge di norma “nelle fasi preliminari di elaborazione di un progetto, o di un’opera o di un intervento, quando tutte le diverse opzioni sono ancora possibili; esso può svolgersi anche in fasi successive ma comunque non oltre l’avvio della progettazione definitiva”. Vengono poi definiti i possibili oggetti del dibattito pubblico: alcuni previsti obbligatoriamente (le opere di iniziativa pubblica che comportano investimenti complessivi superiori a euro 50.000.000; le previsioni di localizzazione contenute in piani regionali in relazione ad opere nazionali superiori alla medesima soglia); altri invece (le opere di iniziativa privata che comportano investimenti complessivi superiori alla soglia sopra indicata⁵¹, nonché le opere sopra indicate e il cui investimento

⁴⁹ Da segnalare peraltro che l’applicazione della prima legge regionale (la n. 69/2007) non ha visto l’attivazione di alcun dibattito pubblico, a fronte di un centinaio di istanze di sostegno accolte. La divaricazione tra tali numeri è stata da alcuni rinvenuta in alcuni limiti originali del dibattito pubblico: la difficoltà di comprenderne il significato e di l’ambito applicativo ma anche la discrezionalità nell’attivazione (così M. CIANCAGLINI, *Un’ulteriore tappa*, cit., 5).

⁵⁰ Non vi è bisogno di ricordare che l’istituto del Dibattito pubblico, come anche la connessa previsione di un’Autorità indipendente per la sua gestione, sono ripresi dall’esperienza francese, ove sono stati previsti per la prima volta con la *Loi Barnier* del 1995 (l. 1995-101), successivamente modificata nel 2002 (l. 2002-276). Su tali precedenti v. A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa, dalla teoria alle procedure*, cit., 646. Da segnalare come nell’esperienza francese il rapporto con cui si conclude il dibattito pubblico “non obbliga il decisore a conformarsi alle sue risultanze, ma spesso lo induce, se non ad abbandonare l’opera, ad accogliere modifiche procedurali scaturite nel progetto”: così U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, cit., 297.

⁵¹ In verità per tali aspetti la normativa non è del tutto chiara, in quanto essa prevede, relativamente a tali opere, che “l’Autorità coinvolge il soggetto promotore affinché collabori alla realizzazione del Dibattito pubblico e vi contribuisca attivamente con un ade-

complessivo sia tra 10.000.000 e 50.000.000 euro, queste ultime allorché presentino rilevanti profili di interesse regionale) possono essere attivati dall’Autorità regionale per la partecipazione o di propria iniziativa o su richiesta di un soggetto tra quelli elencati. Il Dibattito pubblico, indetto dall’Autorità regionale, prevede la massima informazione e la partecipazione della popolazione interessata, non può avere una durata superiore a novanta giorni, è diretto da un responsabile nominato dall’Autorità, e si conclude con un “rapporto finale” nel quale sono espressi i contenuti e i risultati del Dibattito, “evidenziando tutti gli argomenti sostenuti e le proposte conclusive cui ha dato luogo”. Tale rapporto è trasmesso dall’Autorità al Consiglio e alla Giunta regionali, che ne assicurano la pubblicità.

L’altro modello partecipativo è costituito, come detto, dai processi partecipativi locali, non specificati dalla legge: le modalità per la loro realizzazione devono dunque ritenersi libere e da definirsi – di volta in volta – ad opera dei presentatori dei relativi progetti (in quanto questi ultimi devono comunque essere approvati, ai fini del sostegno regionale, dall’apposita Autorità). In relazione ad essi la legge disciplina le categorie di soggetti legittimati a presentare richiesta (con previsioni specifiche riguardanti gli enti locali e le imprese), le tipologie di sostegno, le procedure di ammissione, i criteri di valutazione ed ammissione dei progetti, i criteri di priorità per il sostegno ai progetti, altre disposizioni di tipo organizzativo. Vengono anche previsti processi partecipativi proposti dalle istituzioni scolastiche e universitarie.

Due temi meritano di essere considerati: l’organo cui viene demandato il compito di presidiare l’attività partecipativa, da un lato, e l’efficacia dei risultati dei processi partecipativi dall’altro. Esaminiamoli distintamente.

Sul primo punto, la scelta della legge toscana (già nella sua prima versione) è di istituire un’apposita “Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione”, definita come organo “indipendente” e composta da tre membri, designati dal Consiglio regionale⁵² (nella ver-

guato concorso di risorse finanziarie”. Nel senso che tale previsione ha ridotto la discrezionalità dell’Autorità nell’individuazione degli interventi da sottoporre al dibattito pubblico, configurando quest’ultimo come una fase obbligatoria all’interno di determinati procedimenti decisionali V. DE SANTIS, *La nuova legge della Regione Toscana*, cit., 6.

⁵² Tale previsione è stata oggetto di ulteriore revisione con la legge regionale n. 9/2014, che ha stabilito la competenza del Consiglio regionale a nominare i membri dell’Autorità (mentre la legge n. 46/2013 prevedeva due membri di nomina del Consiglio

sione di cui alla prima legge, invece, l'organo era monocratico). All'Autorità la legge affida una serie di funzioni: l'attivazione del dibattito pubblico, l'ammissione al sostegno regionale dei progetti partecipativi, l'elaborazione di orientamenti per la gestione dei processi partecipativi, la valutazione del rendimento e degli effetti dei procedimenti partecipativi, ed altri compiti (tra i quali quelli già indicati con riferimento al Dibattito pubblico).

La legge emiliana (che, come detto, non contempla il Dibattito pubblico), non prevede l'istituzione di un apposito organo, ma affida molte delle competenze previste dalla legge toscana in capo all'Autorità ad un "Tecnico di garanzia in materia di partecipazione", nella persona di un dirigente dell'Assemblea legislativa designato dal Presidente della stessa Assemblea. Alla Giunta regionale è invece affidato il compito di stabilire annualmente i requisiti dei progetti di partecipazione da ammettere al contributo regionale e i criteri di valutazione delle domande, con le relative priorità.

Le due soluzioni, come è evidente, vanno in direzioni nettamente diverse: quella emiliana affida al Consiglio regionale (ed alla struttura amministrativa da esso dipendente) la gestione dei processi partecipativi; quella toscana offre maggiori garanzie di indipendenza e di terzietà. Al riguardo, se la soluzione della legge dell'Emilia-Romagna può giustificarsi con riguardo ai procedimenti che interessano le autonomie locali, meno giustificabile risulta in relazione ai processi partecipativi che possono essere avviati su istanza della Giunta o del Consiglio regionale.

L'altro punto delicato è costituito dall'efficacia dei processi partecipativi.

La legge emiliana prevede, a tale riguardo, che il processo partecipativo si deve concludere con l'approvazione, da parte dell'ente responsabile, di un "documento conclusivo che dà atto del processo partecipativo seguito e della proposta partecipata": in relazione ad esso, l'ente responsabile della decisione istituzionale da assumere "non ha obbligo alcuno e può decidere di recepire, in tutto o in parte, le conclusioni del procedimento partecipativo o di non recepirle". In ogni caso, esso è tenuto "a una comunicazione pubblica con ampia rilevanza e precisione, anche per via telematica, che esponga le motivazioni delle proprie decisioni, soprat-

ed uno di nomina del Presidente della Regione), prevedendo altresì che il Garante per la comunicazione, istituito mediante altra legge regionale, sia aggregato all'Autorità nel caso di procedimenti partecipativi in materia di governo del territorio, senza peraltro diritto di voto. Su tali vicende v. ancora M. CIANCAGLINI, *Un'ulteriore tappa*, cit., 11-12.

tutto nel caso in cui esse siano diverse dalle conclusioni del procedimento partecipativo”⁵³. Ove evidente è la contraddizione logica tra l’affermazione generale (“non ha obbligo alcuno”) e la previsione dell’obbligatoria comunicazione pubblica motivata.

Più articolata è la soluzione della legge toscana.

Nell’ipotesi di Dibattito pubblico, è prevista la predisposizione di un “rapporto finale”, a cura del responsabile: successivamente alla sua pubblicazione, il soggetto titolare o il responsabile dell’opera sottoposta a Dibattito deve dichiarare pubblicamente se intende rinunciare all’opera o presentare formulazioni alternative, ovvero proporre le modifiche che intende realizzare, ovvero ancora confermare il progetto nella sua versione originale. Per quanto concerne invece i processi partecipativi locali, gli enti che presentano domanda devono presentare una dichiarazione, quale requisito necessario per la domanda, “con cui l’ente si impegna a tenere conto dei risultati dei processi partecipativi o comunque a motivarne pubblicamente ed in modo puntuale il mancato o parziale accoglimento”. Inoltre, l’art. 20 della legge dà mandato alla Giunta regionale di promuovere un protocollo d’intesa tra Regione ed enti locali, aperto a sottoscrizioni anche successive, con cui gli enti aderenti si impegnano a condividere i principi della legge, ad accettare volontariamente le procedure in essa previste, a sospendere l’adozione o l’attuazione degli atti amministrativi di propria competenza la cui adozione o attuazione possa prefigurare una decisione che anticipi o pregiudichi l’esito del dibattito pubblico o degli altri processi di partecipazione.

6. *Alcune considerazioni sulle leggi regionali sulla partecipazione*

Non vi è dubbio che le previsioni legislative che si sono indicate costituiscono una significativa evoluzione del tema della partecipazione popolare ai processi deliberativi pubblici, ed anzi costituiscono un evidente salto di qualità in merito ad essa. Sembra quasi che gli strumenti “classici” di partecipazione, che già la Costituzione ha previsto e cui legge n. 142/1990 (per l’ordinamento delle autonomie locali) aveva dedicato – forse un po’ enfaticamente, visto alla luce della sua applicazione concreta

⁵³ Nel senso che questa previsione produca un “misto di vincoli poco giuridici e molto politici” v. M. CIANCAGLINI, *Tra democrazia partecipativa e concertazione*, cit., 251, che riprende sul punto L. BOBBIO, *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e mercato*, 2005, n. 73, 69.

– uno dei primi capi⁵⁴, siano ritenuti oggi del tutto insufficienti e inadeguati a favorire una reale ed efficace partecipazione. E tuttavia dobbiamo anche rilevare la linea di continuità tra gli attuali “modelli” partecipativi, di cui le leggi richiamate sono espressione, e le previsioni introdotte dalla legge del 1990, poi ampliate e attuate mediante gli statuti provinciali e comunali. Tale linea di continuità è costituita indubbiamente dal venir meno del ruolo dei partiti nel senso sopra indicato, e dalla ricerca conseguente di canali di interlocuzione diretta tra cittadini e istituzioni da un lato, e tra istituzioni e cittadini dall’altro: come se, in sostanza, i cittadini non ritenessero più adeguato o utilizzabile lo strumento dei partiti per avanzare le proprie istanze e far conoscere i propri interessi e bisogni, e se – sul versante delle istituzioni –, gli stessi partiti non venissero più percepiti dagli organi rappresentativi come i collettori credibili e i trasmettitori fedeli delle istanze sociali. Così che le stesse istituzioni rappresentative, per valutare la rispondenza delle proprie scelte alle istanze sociali, sembrano avvertire la necessità di guardare “oltre i partiti”, ricercando forme dirette di interlocuzione con la popolazione complessivamente considerata. Certamente a ciò hanno indotto numerosi fattori, e tra questi certamente – per rimanere sul piano delle scelte istituzionali – il mutamento dei sistemi elettorali: non vi è dubbio, al riguardo, che l’elezione diretta (dei Sindaci, dei Presidenti di Provincia, degli stessi Presidenti di Regione) ha rotto il meccanismo imperniato sul ruolo di mediazione dei partiti, per sostituirvi un ruolo delle formazioni politiche diverso e ancora non del tutto definito, ma nel quale il rapporto diretto tra eletto ed elettori svolge sicuramente una funzione fondamentale e talvolta escludente. Ed è anche significativo, in tale contesto, che le leggi regionali appena esaminate tendano a superare altresì il ruolo delle associazioni e delle altre organizzazioni sociali: mentre infatti la legge emiliana riconosce qualche spazio alle forme associative, la legge toscana è netta nell’escludere i gruppi sociali organizzati e le associazioni dal diritto a partecipare, a presentare i progetti partecipativi⁵⁵, ed anche a prendervi

⁵⁴ Cfr. Capo III della legge 8 giugno 1990 n. 142, che fa riferimento a istanze, petizioni, proposte, referendum, diritti d’accesso e d’informazione dei cittadini. Che tali previsioni, peraltro, non avessero valore tassativo era stato riconosciuto fin da subito (cfr. R. ROMBOLI, *sub art.* 6-7, in AA.VV., *Ordinamento delle autonomie locali. Elezione diretta del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale*, Bologna-Roma 1996, 63).

⁵⁵ Significativamente, l’art. 13 comma 1 lett. b) prevede la possibilità che i processi partecipativi locali possano essere presentati anche da “associazioni e comitati”, ma sol-

parte. Ciò è probabilmente dovuto alla volontà del legislatore di “evitare una monopolizzazione di questi processi da parte di interesse già strutturati e forti”⁵⁶, e perciò alla scelta di seguire una strada diversa rispetto alla partecipazione c.d. organica, che presuppone la presenza di organizzazioni in grado di rappresentare interessi collettivi o comunque tendenze presenti nella società⁵⁷: una scelta che sembra dare ragione a Rousseau e disconoscere la prospettiva che si fa risalire a Montesquieu⁵⁸.

Ma oltre il dato riguardante le associazioni e le altre forme organizzative della società civile, deve essere registrata con maggiore enfasi l’assenza, nelle procedure disciplinate dalle due leggi regionali, del ruolo dei partiti: maggiore enfasi giustificata dal fatto che mentre per le organizzazioni sociali non-partitiche la partecipazione all’elaborazione delle politiche pubbliche non costituisce il *proprium*, per i partiti – al contrario – essa è intrinseca al ruolo assegnato a tali formazioni sociali dalla Costituzione. E significativo, in tal senso, è il confronto con le previsioni degli statuti regionali di prima generazione, nelle quali il ruolo di intermediazione dei partiti era ampiamente riconosciuto e garantito⁵⁹. Ciò induce a riflettere, oltre al resto, sul ruolo che i partiti effettivamente svolgono nella attuale realtà sociale: spogliati del ruolo di collettori e trasmettitori delle istanze sociali, cosa resta a giustificarne l’esistenza? Può essere sufficiente e coerente, in tale rinnovato contesto, la funzione di selezione della classe politica, mediante l’indicazione delle candidature alle cariche politiche ed amministrative?

Un’altra considerazione riguarda invece il modello di partecipazione che le leggi regionali indicate tendono a definire. Come si è visto, l’effetto dei processi partecipativi è rimesso o all’impegno che le amministrazioni accettino di assumersi in via generale mediante la sottoscrizione di un protocollo (come nel caso della legge toscana), ovvero, in tutti le altre

tanto con il sostegno del numero di residenti necessario a presentare richiesta. In sostanza, la richiesta deve comunque e sempre provenire da un numero di residenti, siano essi organizzati in associazioni (o coinvolti da) o meno.

⁵⁶ Così C. CORSI, *Democrazia partecipativa*, cit., 241, la quale peraltro sottolinea come nei processi che fino ad ora si sono realizzati si debba rilevare “la tendenza dei rappresentanti di associazioni, pur partecipanti come singoli, ad avvalorare il loro contributo in quanto membri o responsabili di una struttura associativa.

⁵⁷ A. ALBANESE, *Partecipazione organica e democrazia partecipativa*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa: esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze 2010, 346.

⁵⁸ Sia consentito rinviare, per tali riferimenti, a E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 5 ss.

⁵⁹ V. DE SANTIS, *La nuova legge della Regione Toscana*, cit., 5.

ipotesi, alla previsione – sul piano strettamente giuridico – di un mero obbligo di motivazione, nell’ipotesi in cui le conclusioni del processo non vengano accolte dal soggetto procedente (e ciò sia nella previsione della legge dell’Emilia-Romagna come anche di quella toscana). Il che è coerente alla ricomprensione delle procedure esaminate all’interno dello schema della democrazia *partecipativa*, e non della democrazia *deliberativa*. In altri termini, tali procedure si pongono prima del momento deliberativo e non si sostituiscono alle responsabilità attribuite alle istanze rappresentative: come bene è stato detto, esse hanno lo scopo di “costituire una sfera pubblica che possa influenzare la decisione”; di conseguenza, “l’efficacia del processo partecipativo si misura mediante la sua capacità di condizionare il processo decisionale”⁶⁰.

7. *L’evoluzione degli strumenti di partecipazione al procedimento amministrativo: l’ambito di attività delle Autorità amministrative indipendenti*

Dell’espansione degli strumenti di democrazia partecipativa, e soprattutto delle esigenze sottese alla loro previsione, è segno evidente anche l’evoluzione delle forme di partecipazione al procedimento amministrativo⁶¹. Si tratta di previsioni che devono essere tenute concettualmente distinte rispetto ai processi qui esaminati, per la decisiva ragione che – in linea generale almeno – le attività di partecipazione al procedimento amministrativo “si inseriscono in una sequenza procedimentale che porta all’adozione di un atto amministrativo con un oggetto puntuale e con tutti i suoi effetti conseguenti”, mentre un processo partecipativo quale quelli sin qui esaminati “può abbracciare decisioni di più ampio raggio ed intervenire a monte di possibili procedimenti amministrativi che saranno, se mai, avviati per la concretizzazione degli esiti di un procedimento partecipativo”. Così che in via generale si avvierà un processo partecipativo nella fase di raccolta di idee, proposte, suggerimenti, ecc., mentre si darà “avvio ad un procedimento quando è già chiaro l’obiettivo cui si tende”⁶². Malgrado queste differenze, anche sul versante del pro-

⁶⁰ V. DE SANTIS, *La nuova legge della Regione Toscana*, cit., 12.

⁶¹ S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, 14 ss.

⁶² C. CORSI, *Democrazia partecipativa*, cit., 262-263.

cedimento amministrativo si registrano tendenze normative tese ad aumentare gli spazi di partecipazione dei soggetti interessati.

Così, ad esempio, la legge 14 novembre 1995 n. 481, istitutiva dell'Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ha rimesso a detta Autorità la disciplina di "audizioni periodiche delle formazioni associative nelle quali i consumatori e gli utenti siano organizzati", nonché "delle associazioni ambientaliste, delle associazioni sindacali delle imprese e dei lavoratori", richiedendo altresì "lo svolgimento di rilevazioni sulla soddisfazione degli utenti e sull'efficacia dei servizi" (art. 2, comma 23). Al contempo, si rinvia ad un regolamento per la disciplina delle "procedure (...) idonee a garantire agli interessati la piena conoscenza degli atti istruttori, il contraddittorio, in forma scritta e orale, e la verbalizzazione" (art. 2 comma 24 lett. a). Ancora, l'art. 2, comma 12, ha attribuito alla stessa Autorità l'emanazione delle "direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi, definendo in particolare i livelli generali di qualità riferiti al complesso delle prestazioni e i livelli specifici di qualità riferiti alla singola prestazione da garantire all'utente, *sentiti* i soggetti esercenti il servizio e *i rappresentanti degli utenti e dei consumatori, eventualmente differenziandoli per settore e tipo di prestazione*". Previsioni che, come è stato osservato, risultano essere "caratterizzate da un fondamento comune: quello costituito dal fatto che esse si inseriscono nell'ambito di quel generale processo (...) che ha condotto ad un progressivo rafforzamento delle garanzie procedurali con riguardo all'attività di regolazione delle autorità amministrative indipendenti"⁶³.

Così pure, merita considerare l'evoluzione della disciplina delle diverse tipologie di strumenti di partecipazione dei soggetti regolati ai procedimenti di competenza dell'Agcom, realizzata dapprima con regolamenti interni (delibera n. 17/1988; delibera n. 278/1999; delibera n. 436/2002), e finalmente con la previsione contenuta nell'art. 11 del codice delle comunicazioni elettroniche (d. leg. 1 agosto 2003 n. 259), con la quale si è previsto l'obbligo per il Ministero delle Comunicazioni e dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, quando intendono adottare provvedimenti che abbiano un impatto rilevante sul mercato di riferimento, di consentire alle parti interessate di presentare le proprie osservazioni sulla proposta di provvedimento, stabilendo altresì l'obbligo di pubblicazione dei risultati della procedura di consultazione. All'entrata

⁶³ E. FREDIANI, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, Pisa 2010, 346.

in vigore del codice ha poi fatto seguito la delibera n. 453 del 2003, che ha perfezionato il meccanismo di tipo consultivo come già definito dalla delibera del 1999. Da sottolineare al riguardo che sia le audizioni pubbliche che le consultazioni dei destinatari possono essere riferite ad un procedimento di regolazione già avviato, ma al contempo possono essere attivate in via preventiva, in relazione ai compiti generali assegnati all'Agenzia: si tratta quindi "di due strumenti di garanzia sul piano procedurale che, innestandosi sul modello di base costituito dalle disposizioni contenute nel capo III della legge n. 241 del 1990, consentono di realizzare una più evoluta forma di collaborazione preliminare dei destinatari al processo di produzione di regole che nei loro confronti dovranno esplicare i propri effetti"⁶⁴.

Un ulteriore riferimento è dato, in materia ambientale, dalla previsione di cui all'art. 3-*sexies* del d.lgs 3 aprile 2006 n. 152 (codice dell'ambiente), che in primo luogo autorizza "chiunque, senza essere tenuto a dimostrare la sussistenza di un interesse giuridicamente rilevante" ad accedere alle informazioni relative allo stato dell'ambiente e del paesaggio nel territorio nazionale, ma soprattutto prevede che l'autorità competente all'elaborazione di piani o programmi paesaggistici assicuri "la partecipazione del pubblico nel procedimento di elaborazione, di modifica e di riesame delle proposte degli stessi piani o programmi prima che vengano adottate decisioni sui medesimi piani o programmi". A tal fine è previsto un obbligo di pubblicazione delle proposte e la possibilità per ciascuno di estrarne copia e di presentare proprie osservazioni o pareri; l'autorità procedente "tiene adeguatamente conto delle osservazioni del pubblico" presentate e contestualmente all'adozione del piano "dà conto delle considerazioni che sono state alla base della decisione" e fornisce "informazioni sulla partecipazione del pubblico". Viene quindi configurata una partecipazione a scopo collaborativo e "precoce", ovvero in una fase in cui le opzioni decisionali sono ancora aperte e l'amministrazione non ha ancora definito nemmeno una proposta di atto.

Se a queste indicazioni aggiungiamo la prassi instaurata nell'ambito dei procedimenti di competenza della Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) ed anche dell'Istituto superiore di vigilanza sulle assicurazioni private (Isvap), può conclusivamente osservarsi, almeno nell'ambito dell'attività amministrativa posta in essere dalle autorità amministrative indipendenti, "la progressiva formalizzazione di un

⁶⁴ E. FREDIANI, *La produzione normativa*, cit., 358.

vero e proprio “dialogo” aperto e trasparente tra autorità indipendenti e destinatari della loro attività di regolazione, nell’ottica dello sviluppo di speciali forme e canali di “ascolto” delle istanze di questi ultimi nella fase di elaborazione delle singole opzioni di carattere regolativo”, e nella prospettiva complessiva di “una sempre maggiore apertura (in senso “reticolare”) del processo di regolazione verso i destinatari dei futuri atti normativi delle autorità”⁶⁵.

Senza voler confondere i piani rispetto ai processi partecipativi sopra indicati, tuttavia questa tendenza del procedimento amministrativo ha indubbi punti di contatto con i primi, in particolare con riguardo alla necessità di ampliare gli spazi per un coinvolgimento dei destinatari delle decisioni pubbliche nei luoghi ove tali decisioni vengono assunte, al fine di consentire l’adeguamento dell’azione amministrativa alle esigenze manifestate dalla maggioranza dei cittadini⁶⁶, e più in generale, quindi, di contribuire a “democratizzare la democrazia”⁶⁷.

8. *Le consultazioni svolte dal Governo per la predisposizione di disegni di legge*

Merita infine un cenno l’esperienza avviata dal Governo presieduto da Matteo Renzi nella legislatura in corso (la XVII), e finalizzata a realizzare forme di consultazione e di partecipazione all’elaborazione di disegni di legge governativi.

Tra le più interessanti, possiamo segnalarne due.

Con la prima è stata avviata un’attività di consultazione per la redazione di un disegno di legge riguardante la disciplina del terzo settore, dell’impresa sociale, del codice civile e del servizio civile: una consultazione realizzata *on line* nell’arco di un mese tra il 13 maggio e il 13 giugno 2014. Preventivamente il Governo aveva predisposto delle “Linee guida”, contenenti gli obiettivi della riforma e i principi generali sui quali intendeva predisporre il disegno di legge, sintetizzati in ventinove punti: su di esse è stata avviata la consultazione, alla quale hanno partecipato un migliaio di soggetti (singoli o collettivi), sostanzialmente rappresentativi

⁶⁵ E. FREDIANI, *La produzione normativa*, cit., 368.

⁶⁶ P. VIRGA, *L’amministrazione locale*, Milano 1991, 339.

⁶⁷ Secondo la felice espressione di B. DE SOUSA SANTOS (a cura di), *Democratizzare la democrazia*, Troina 2002.

di varie tipologie di *stakeholder*⁶⁸. Successivamente a tale consultazione, è stato predisposto il disegno di legge, poi presentato alle Camere ed ora definitivamente approvato⁶⁹.

Un percorso analogo è stato seguito per la riforma della scuola: anche in questo caso si è avviata una consultazione, sulla base di un documento predisposto dal Governo, cui era possibile partecipare sia online che attraverso dibattiti pubblici organizzati dal Ministero (sono state organizzate quaranta tappe, distribuite sul territorio nazionale). Secondo i dati forniti dal Governo, si sono avuti 207.000 partecipanti online, 1.300.000 accessi al sito, 200.000 partecipanti ai dibattiti sul territorio, 5.000 e-mail ricevute. Anche in questo caso, dopo la consultazione è stato predisposto il disegno di legge (ddl. n. 2994 presentato il 27 marzo 2015, poi approvato ed ora legge 13 luglio 2015 n. 107).

Si tratta di modalità di partecipazione mediante consultazione che certamente non possono essere assimilate ai modelli di democrazia partecipativa che abbiamo descritto, ma che nondimeno esprimono la medesima esigenza di un coinvolgimento dei soggetti interessati al “farsi” della decisione pubblica: soggetti “interessati” da intendere in senso generale, dato che la partecipazione non è stata limitata in ragione di specifiche categorie o di particolari interessi rappresentati. Merita al riguardo segnalare, come osservazione assolutamente superficiale e meritevole di ben diverso approfondimento, il diverso esito dei due provvedimenti normativi. Mentre il primo è stato approvato dalla Camera in tempi assai rapidi e con un generale consenso positivo – ad indicare forse l’utilità del percorso consultivo/partecipativo – al contrario quello sulla scuola non sembra aver incontrato eccessivi entusiasmi da parte degli operatori del settore, i quali hanno subito promosso uno sciopero nazionale assai partecipato. E nondimeno il secondo è stato approvato dal Parlamento in tempi relativamente brevi, mentre il secondo, dopo la rapida approvazione da parte della Camera, ha subito un maggiore rallentamento.

Senza voler trarre da tutto ciò alcuna affrettata conseguenza (è evidente infatti come gli interessi in gioco nella riforma scolastica siano assai

⁶⁸ A.C. GIORIO, *Consultare il Terzo settore: un metodo particolarmente utile per una delega legislativa*, in *Non Profit*, 2014, 225 ss.

⁶⁹ A.C. 2617, *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell’impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale*. Il ddl è stato approvato in via definitiva nella legge 6 giugno 2016, n. 106.

più delicati e problematici, e come la volontà politica della maggioranza possa determinare gli esiti finali delle diverse proposte), tuttavia meriterebbe di essere analizzato l'effetto delle procedure consultive sul grado di "soddisfazione" da parte degli interessati dei provvedimenti normativi.

9. *Alcune conclusioni*

L'emergere di nuovi modelli partecipativi è sicuro indice, nell'attuale fase storica e sociale, dell'esigenza di individuare nuove forme espressive di partecipazione popolare all'interno dei modelli di democrazia rappresentativa: le motivazioni di ciò sono state espresse e non è il caso di tornarci.

Dalla loro analisi emerge tuttavia come fino ad una determinata fase storica, ed ancora oggi in relazione a specifici contesti ed ordinamenti, la democrazia rappresentativa costituiva e costituisce un punto di arrivo ed una conquista cui guardare con soddisfazione: ma al contempo occorre rilevare come in sistemi più evoluti ci si interroghi su nuove forme (non necessariamente *alternative*, più di frequente *integrative*) di coinvolgimento del "popolo" nell'assunzione di decisioni che riguardano tutti.

Ma su questo occorre chiarire, perché tale fenomeno può costituire un'arma a doppio taglio. La partecipazione diretta, diffusa, indifferenziata dei cittadini o di chi ha interesse a partecipare, è sicuramente un indice di "maggior democrazia": anzi, essa "si inserisce in un regime che, fondandosi sulla sovranità popolare, realizza l'"esercizio" effettivo di questa da parte del popolo"⁷⁰. E tuttavia vanno anche segnalati i rischi di tale tendenza: diminuisce il peso degli interessi organizzati, dei luoghi di mediazione, degli spazi in cui risolvere conflitti prima che questi giungano nell'arena pubblica. Ed inoltre, l'apertura a forme di partecipazione "senza rappresentanza" può produrre effetti sia sugli stessi organismi rappresentativi degli interessi (associazioni, sindacati, partiti, movimenti, ecc.) che sugli stessi partecipanti e conseguentemente sul processo deliberativo: soltanto un livello adeguato e condiviso della rappresentanza consente infatti di evitare il rischio che alla rappresentanza politica si sostituisca la rappresentanza di interessi, in quella prospettiva di "neo-feudalesimo" che è stata studiata e paventata, anche alla luce della crisi delle capacità di sintesi dei partiti politici.

⁷⁰ U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, cit., 299.

BENI COMUNI E DIRITTI COLLETTIVI

Da alcuni anni la tematica dei “beni comuni”, già emersa, com’è noto, nell’ambito della letteratura economica con ampia eco anche di opinione pubblica, è entrata nel nostro dibattito, sia nei profili di ordine costituzionale che essa presenta, sia con riferimento alla presunta necessità di apportare modifiche a norme vigenti del diritto positivo o di interpretare i testi in una prospettiva evolutiva (in asse con valori costituzionali il cui rilievo sta emergendo con forza nel “diritto vivente”).

1. Invero, il tema dei “beni comuni”, nel senso di cose del mondo materiale oggetto di particolari “diritti” attribuiti alla collettività, e segnatamente alle comunità di abitanti, è presente da tempo nel nostro dibattito e nella nostra esperienza positiva. Basti pensare alle costruzioni dottrinali che hanno individuato in alcune categorie di beni demaniali, al di là dell’imputazione formale della titolarità allo Stato o ad altro ente pubblico, la presenza di diritti della collettività, dei cittadini come utenti, sino alla tematica degli usi civici e degli altri diritti collettivi aventi ad oggetto beni agro pastorali, come quelli oggetto di “proprietà collettiva” di comunità di abitanti; e ai diritti di uso pubblico di cui all’art. 825 cod. civ.

In questi casi, al di là del problema della qualificazione in senso tecnico di queste situazioni soggettive facenti capo ad una collettività, se diritti o interessi legittimi, se diritti a carattere individuale dei singoli cittadini e utenti o a carattere collettivo della comunità di cui essi sono membri, la tematica si situa nell’ambito della teoria dei beni pubblici, nelle diverse categorie che essi presentano nella variegata esperienza del diritto positivo. Talché appare affermazione del tutto condivisibile che la

“proprietà pubblica” di cui all’art. 42 della Costituzione possa essere intesa come espressione comprensiva, e dei beni appartenenti allo Stato o ad altro ente pubblico e destinati a scopi di pubblico interesse, e dei beni “appartenenti” a vario titolo ad una comunità (oggetto di diritti che ad essa fanno capo) al di là della titolarità formale degli stessi in capo all’uno o all’altro soggetto giuridico. E in questa prospettiva, modifiche del testo costituzionale, autorevolmente proposte, probabilmente appaiono superflue.

Sul punto, certamente un passo significativo nel senso del carattere collettivo o comunitario dei beni pubblici, finanche laddove la titolarità del bene in capo allo Stato o ad altro ente pubblico presenti margini di opinabilità, è emersa nella giurisprudenza della Corte di cassazione, a proposito delle c.d. valli da pesca della laguna di Venezia, che avvia una nuova 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; che nella specie consistono nella tutela del paesaggio e della salute dei consociati, da tutelare nell’interesse della “collettività costituita da persone fisiche”. Mentre, “l’aspetto dominante della tipologia del bene” cede “il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell’umana personalità” (Cass. S.U., 14.2.2011 n. 3665). La successiva sentenza CEDU 23.9.2014, sulla medesima questione, non ne modifica le conclusioni limitandosi a ritenere necessaria la previsione di un indennizzo a favore del soggetto imprenditoriale che il bene aveva sfruttato in base a titoli e che ne deteneva il possesso.

D’altra parte, anche sul versante della proprietà privata, la componente collettiva è tradizionalmente presente nella forma della comunione. E si può ricordare che autorevole dottrina ha accomunato le forme di appartenenza collettiva tanto sul versante pubblico quanto sul versante privato, in un concetto unitario di “proprietà collettiva” (*Pugliatti*). Altri preferisce distinguere e riconoscere il carattere di proprietà collettiva (come “di diritto pubblico”) alle forme di appartenenza spettanti ad una comunità di abitanti per acquisto originario e non per titolo privatistico, i cui membri esercitano il diritto per la loro appartenenza alla comunità e non ne possono disporre.

Ma al di là della tematica della comunione (art. 1100 ss cod. civ.) la stessa proprietà privata (i beni di proprietà privata) in alcuni casi, nella nostra esperienza, è limitata dalla presenza sugli stessi beni, di diritti imputati ad una collettività (usi civici, diritti di uso pubblico).

Quindi, una nuova problematica (ma con radici antiche) che investe la materia della proprietà e dei beni, in prospettiva collettivistica, o se si vuole comunitaria, evidenziando la presenza di “diritti collettivi” in ordine a molteplici categorie di cose del mondo materiale che per i caratteri che esse presentano, si traducono in plurimi beni giuridici in quanto oggetto di “diritti di comunità”, accanto ai beni giuridici nei quali le stesse si traducono come oggetto di situazioni di appartenenza “proprietarie” (pubbliche o private).

2. Al di là della tematica dei beni come cose oggetto di diritti, pubblici o privati che siano, il concetto di “beni comuni” si può utilizzare a proposito di porzioni del mondo materiale distinte dalle cose, come quelle che hanno l’attitudine a diventare oggetto di diritti e perciò beni giuridici; che possono essere oggetto di appropriazione da parte di singoli o di comunità.

Si tratta di una applicazione del concetto al di fuori dell’ambito della proprietà e delle altre situazioni di appartenenza.

Mi riferisco in particolare a beni complessi (e non singolarmente identificabili) quali il territorio, il paesaggio, l’ambiente, che vengono a configurarsi come “beni comuni”.

È opinione tradizionale in dottrina che “il territorio come tutto, il territorio in generale, costituisce un ambito comune della libertà dello Stato e dei singoli, cioè... una *res communis* ai medesimi”, come spazio della vita comune (*Donati*). Da qui la conseguenza che gli enti preposti al governo della comunità, segnatamente il Comune e la Regione, acquisiscono in ordine alle forme di utilizzazione del territorio poteri di pianificazione, di autorizzazione, di controllo che limitano fortemente l’utilizzo delle singole cose (le porzioni materiali del territorio) da parte di coloro che su di esse abbiano diritti di “appartenenza”, per far sì che i diversi usi, le diverse forme di godimento, siano conformi agli interessi generali della comunità che sul territorio vive. E la comunità stessa, nei suoi singoli membri, e nelle loro forme organizzative, diviene al contempo titolare di “diritti” in ordine al corretto utilizzo del territorio (come insieme e nelle sue singole porzioni) anche nei confronti dei pubblici poteri, nell’esercizio dei loro compiti di “governo” (come ricorsi per l’annullamento di atti amministrativi, o azioni per il risarcimento dei danni).

Talché ogni porzione del territorio diviene allo stesso tempo oggetto di diritti di carattere dominicale o reale imputati a determinati soggetti

(beni giuridici nel senso civilistico), e oggetto di diritti della comunità. Diritti che si esprimono, come ormai diffusamente riconosciuto, nell'esercizio di poteri di tutela, nonché di partecipazione e di controllo, in sede amministrativa o in sede giurisdizionale, nei confronti dell'azione di governo esercitata dai pubblici poteri (atti di pianificazione, di autorizzazione, etc.), circa gli usi che del territorio stesso nelle singole sue porzioni vengono consentiti ai soggetti che ne hanno la disponibilità, l'appartenenza in senso civilistico; nonché nei confronti direttamente di questi ultimi, ancora a fronte di usi di dette porzioni non conformi, siano essi consentiti ("autorizzati" o meno) dalla pubblica autorità.

E simili caratteri si rinvencono anche nel paesaggio e nell'ambiente; inteso il primo come la forma esteriore del territorio "creata dalla comunità umana che vi è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo" (*Predieri*); l'ambiente come habitat degli esseri umani (Corte cost., 12/09), luogo inteso nel suo complesso (aria, acque, etc.) nel quale gli esseri umani sono chiamati a vivere e nel quale, ad essi come singoli e anche come comunità, deve essere assicurata una vita salubre.

Anche in ordine al paesaggio e all'ambiente, agli enti di governo sono attribuiti poteri di pianificazione, controllo, autorizzazione, con oggetto le trasformazioni e le utilizzazioni o i comportamenti che possano produrre effetti sul paesaggio, trasformandone gli aspetti esteriori, o sull'ambiente, rendendolo meno salubre per effetto di fumi, di scarichi in acqua, di odori nocivi, e quindi tale da non assicurare in termini accettabili la vita della comunità. E allo stesso tempo, ai singoli membri di essa, ai cittadini, alle persone che vi risiedono o che vi svolgono vita lavorativa, nonché alle loro organizzazioni, sono riconosciuti diritti di natura individuale e di natura collettiva (da intendere come situazioni soggettive protette, diritti in senso tecnico o interessi legittimi) la cui tutela è assicurata davanti agli organi della giurisdizione. Si tratta peraltro di un processo *in fieri*, inteso al rafforzamento di queste forme di tutela collettive, ancora non sufficientemente assicurate. E la costruzione di questi beni complessi, come "beni comuni", certamente apre in questo processo un nuovo elemento propulsivo (nella giurisprudenza, nell'opinione corrente).

In questi casi, siamo al di fuori della tematica della proprietà e dei beni, sia sul versante pubblico che sul versante privato; e perciò il concetto di "bene" acquista un significato diverso da quello di cui all'art. 810 cod. civ., cioè come cosa che può formare "oggetto di diritti". Qui non si tratta di cose, di singole porzioni del mondo materiale, che nella

loro singolarità possono formare oggetto di diritti, ma si tratta del mondo materiale nel suo complesso, sia pure geograficamente individuato (un vasto territorio, una vallata, una regione, un tratto del litorale marittimo, un fiume, una montagna, e così via) a sua volta composto di una pluralità di beni giuridici pubblici o privati, che nel suo insieme, in quanto oggetto della vita comune nelle sue diverse manifestazioni, diviene oggetto di poteri di governo e di gestione (nell'interesse della collettività) imputati ai pubblici poteri, e di "diritti" (situazioni protette, diritti ed interessi legittimi) imputati alla collettività stessa. "Diritti" che si sovrappongono ai diritti singoli connessi alle diverse situazioni di appartenenza in ordine alle cose che quel complesso vanno a comporre.

3. La tematica dei beni comuni acquista dunque una valenza giuridica, cioè si traduce in fattispecie giuridicamente rilevanti e connessa disciplina applicabile a dette fattispecie, in queste due accezioni, come "cose" oggetto di diritti collettivi (ricollegandosi alla antica tematica degli "usi civici" e dei "diritti di uso pubblico"), quindi beni collettivi, in determinati casi "proprietà collettive", da un lato; e dall'altro lato, come complessi di cose del mondo materiale, non individuate nella loro singolarità, ma come ambiti nei quali si svolge la vita comune.

Viceversa, non presentano alcuna valenza giuridica, ma si riducono ad espressioni evocative di obiettivi dell'azione politica o di governo, o anche a valori costituzionali cui l'azione politica e di governo deve ispirarsi, accezioni dei "beni comuni", pur in uso nella dottrina, quali "tutela della salute", "diffusione della cultura e dell'istruzione", "buona amministrazione", "trasparenza nell'azione dei pubblici poteri" e simili. In ognuno di questi settori dell'azione di governo, sono certamente presenti diritti della collettività (il diritto all'istruzione, art. 34 Cost.; il diritto alla salute, art. 32 Cost.; il diritto al lavoro, art. 35 ss Cost. etc.), trattandosi di "politiche" che incidono profondamente nella vita delle persone e la cui piena attuazione costituisce carattere fondamentale dello Stato democratico. "Diritti" che i cittadini esercitano attraverso la partecipazione (che si vorrebbe sempre più ampia) alla vita politica e che in determinati casi si possono tradurre, sul piano giuridico, in situazioni soggettive protette (cioè azionabili ai sensi dell'art. 24 Cost.); come il diritto ad accedere alle strutture sanitarie pubbliche, per ricevere assistenza, o il diritto alla iscrizione alla scuola pubblica etc.; diritti, cioè, ad ottenere determinate prestazioni da parte di pubblici poteri. Ma dal punto di vista giuri-

dico, in tali casi, la tematica che viene alla luce è quella dei servizi (pubblici, o di interesse generale) obbligatori per legge, una tematica perciò diversa rispetto a quella dei beni.

La parola “bene” (nel dizionario *Battaglia* se ne elencano 29 significati del tutto diversi!) laddove la si intende usare in senso tecnico, richiede particolare attenzione. Il “bene comune” (o bene “universale” o bene “pubblico”) come interesse, o benessere, di una collettività, di una società, è concetto del tutto diverso da quello di “beni” cui i singoli o la collettività reclamano “diritti”.

IL BENE COMUNE ACQUA NELLA PROSPETTIVA MULTILIVELLO

SOMMARIO: 1. Una premessa. – 2. Spunti dalla letteratura. – 3. Il diritto internazionale. – 4. Il diritto europeo. – 5. L'ordinamento nazionale. – 6. Una postilla finale.

1. *Una premessa*

In questo mio contributo, come costituzionalista, mi sono interrogata sul senso del diritto all'acqua, confrontandomi con la prospettiva dottrinale relativa ai c.d. beni comuni¹. Questa mia riflessione tenta di combinare la carica innovativa del dibattito sulla tutela dei beni comuni con l'impostazione, molto più prosaica e pratica, del problema della dimensione costituzionale e amministrativistica delle risorse idriche. Siamo infatti in presenza di sfere assolutamente contigue le une alle altre o, per usare una metafora idrica, di vasi comunicanti: da un lato stanno i grandi principi del diritto internazionale, dello sviluppo sostenibile e della tutela dei beni fondamentali per la vita, dall'altro la questione molto più pragmatica, tecnica e concreta che riguarda l'individuazione di strumenti giuridici adeguati ad implementare il diritto all'acqua. Il problema di fondo per il pubblicista è, dunque, combinare la tensione innovativa dei beni comuni con la concretezza della vita quotidiana in cui si svolge il diritto pubblico, in generale, e quello costituzionale, in particolare².

¹ In letteratura si è parlato dell'acqua come «paradigma dei beni comuni naturali» (cfr. E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano 2012, 211 e ss.).

² Si veda a riguardo V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, disponibile in <http://www.labsus.org/wp-content/uploads/2014/01/Beni-comuni-finale.pdf>.

2. *Spunti dalla letteratura*

Quando si parla di beni comuni e del bene acqua, la dottrina giurispubblicistica si divide in due linee di pensiero. *In primis* vi è la linea di pensiero che definirei – senza alcun intento di *deminutio* – “enfatica”, ossia quella che muove da uno spunto valoriale molto promuovente. Il noto referendum contro la privatizzazione dei servizi idrici, tenutosi in Italia nel giugno 2011³, ha aperto la strada ad una serie di studi molto importanti che ha preso su di sé l’onere di sviluppare il tema dell’acqua come un diritto fondamentale dei cittadini, anche nella dimensione costituzionale⁴. Questa prima linea di pensiero, quindi, ha fortemente spinto affinché tale bene e l’insieme delle prerogative e facoltà legate alla parola acqua potessero diventare centrali nella riflessione giuridica. I suddetti studi hanno dato occasione allo sviluppo di “contro studi” che si oppongono alla visione descritta: in letteratura si è ad esempio parlato di «ragionevole follia dei beni comuni»⁵ o di «imbroglio dei beni comuni»⁶. L’elemento che accomuna questo secondo filone è l’idea che quando si dice “beni comuni”, in fondo, non ci si trovi di fronte a nulla di nuovo, originale o meritevole di una tutela giuridica specifica.

L’analisi che è stata sviluppata in questi anni, muovendo dalla presa di coscienza di queste due linee di pensiero sull’argomento, si è data come obiettivo quello di giungere ad una posizione il più possibile realista: «più che di nuovi concetti teorici, c’è forse bisogno di ripensare le modalità di accesso a questa particolare categorie di beni»⁷. A partire da questa consapevolezza, due sono i suggerimenti della letteratura che hanno significativamente segnato la nostra riflessione.

³ Il 12 e 13 giugno 2011 ha avuto luogo un referendum abrogativo *ex art. 75 Cost.* contenente quattro quesiti. Due di essi riguardavano i servizi pubblici locali a rilevanza economica e la determinazione della tariffa del servizio idrico. L’iniziativa referendaria è stata promossa dal Forum italiano dei movimenti per l’acqua. Per entrambi i quesiti il numero dei voti favorevoli ha superato i contrari e, pertanto, le norme sottoposte a referendum sono state abrogate.

⁴ Su tutti S. RODOTÀ, *Beni comuni*, Consorzio Festivalfilosofia, 2013.

⁵ Cfr. F. CASSANO, *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Bari 2004.

⁶ Così G. DI PLINIO, *Ambiente*, in E. SOMAINI (a cura di), *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, Torino 2015. Secondo l’Autore, «Al di là della valutazione politica e del rilievo pratico che si voglia attribuire a una categoria dello spirito come quella dei beni comuni, il valore scientifico della sua costruzione giuridica ha la resistenza di un fiocco di neve fluttuato in casa dalla porta semiaperta».

⁷ Così A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma 2012, 188.

In primo luogo, è sembrato impossibile ignorare la forte tensione valoriale insita nel discorso sui beni comuni (genericamente e singolarmente considerati): quando si cerca di ricondurre ad una categoria unitaria beni quali i diritti umani, il patrimonio culturale, la biodiversità, la preservazione del clima, le risorse energetiche, il genoma, il cibo e – non ultima – l’acqua, ci si rende conto che l’unico minimo comune denominatore, tanto sul piano giuridico quanto su quello esperienziale, è il loro essere fondamentali, nonché la necessità che la riflessione che li riguarda non si appiattisca sui concetti tradizionali di “proprietà”, “diritto”, “potestà sul bene”⁸. Dinanzi a questa tipologia di beni, è difficile non credere che sia necessario ripensare alle tutele offerte dal nostro ordinamento giuridico nel suo complesso: al contrario, proprio «lo studioso di diritto costituzionale, di fronte alle sfide dei “beni comuni”, dovrà provare a ripensare radicalmente il proprio strumentario concettuale»⁹. È per questo che, a buon diritto, la dottrina che si è definita “enfatica” e che spinge per l’approfondimento di questa riflessione mette in luce che non si tratta qui solamente di una questione di diritto di proprietà¹⁰: il tema dei beni comuni chiama in causa nuovi principi e nuove problematiche, anche relative al contenuto di un principio antico come quello democratico e alle forme di partecipazione del cittadino all’esercizio del potere¹¹.

⁸ Nella stessa direzione va A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari 2013, 70: «Non è possibile racchiudere la teoria dei *beni comuni* nello stringente rapporto tra titolo di proprietà e bene: occorre andare oltre!».

⁹ Così A. CIERVO, *I beni comuni*, cit., 188.

¹⁰ Secondo Rodotà, «l’astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione» (così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2013, 109).

La necessità di un ripensamento del concetto tradizionale di proprietà è avvertita, con particolare riferimento ai beni comuni naturali, anche in A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, Grosseto 2013. A p. 103, l’Autore afferma: «se per le proprietà collettive classiche, come i demani civici e simili, si potranno conservare certe soluzioni tradizionali, per i *new commons* occorre una valutazione attenta di criteri e meccanismi partecipativi anche radicalmente innovativi, capaci di tenere il passo con le conquiste tecnologiche e le aspettative della società contemporanea».

¹¹ La stretta correlazione tra beni comuni e il delinearsi di nuovi modelli di democrazia partecipativa è ben approfondita in A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 59 ss. In tale sede, tuttavia, si guarda con preoccupazione alla possibilità che il governo e la gestione dei suddetti beni siano eccessivamente sbilanciati verso istanze collettive e partecipative: «Il rischio è che possano porsi in essere, sempre più, politiche centrate su reti plurali di gruppi d’interessi [...]. Dalla responsabilità politica si passerebbe alla responsabilità di risultato, cioè a processi che si fondano su una legittimazione orientata all’esito» (cfr. p. 68).

Non è un caso che, in Italia, per decidere di una questione delicata come quella della gestione dei servizi idrici, si è fatto ricorso allo strumento di democrazia diretta per eccellenza: il referendum popolare, il figlio spurio della democrazia rappresentativa, correttivo dei limiti del mandato elettorale. In questo caso, il ricorso al referendum va letto come tentativo d'affermare la richiesta del popolo sovrano di una nuova concezione della proprietà di certi beni.

Il secondo elemento tratto dagli studi di chi ci ha preceduto è stata la constatazione che l'urgenza innovativa insita nella tematica dei beni comuni s'incontra, invero, con la difficoltà ad individuare strumenti giuridici pratici e concreti per la tutela dei beni in questione. In questi termini – e con specifico riferimento all'accesso alle risorse idriche – si è espresso il Professor Staiano. Secondo l'Autore, infatti, «quando si passa dalle generiche dichiarazioni di largo principio alla definizione degli strumenti necessari a contrastare in modo più specifico le iniquità nella distribuzione dell'acqua, l'intesa diviene molto difficile ed è frequente il ripiegamento su formule vaghe e delatorie». La consapevolezza dell'esigenza di ripensamento della tutela giuridica dei beni comuni è direttamente proporzionale alla fragilità della strumentazione a disposizione per far sì che questi grandi ideali possano diventare terreno concreto di lavoro. Come notato da Cerulli Irelli e De Lucia, parlando di beni comuni si ha a che fare con un concetto che, nella sua *pars costruens*, diviene inafferrabile¹².

Stanti tali premesse, è chiaro che la riflessione del giurista su questi temi sia tutt'altro che ad un punto d'arrivo. Del resto, una certa vivacità al dibattito è costantemente offerta dagli stimoli provenienti dal diritto internazionale, ove la preoccupazione per la tutela delle risorse naturali ed energetiche è fortemente sentita. Basti pensare alla recente definizione dei *Sustainable Development Goals* (SDG) ad opera delle Nazioni Unite, un elenco di 17 obiettivi da raggiungere entro il 2030 all'interno dei quali ha trovato spazio anche il problema della gestione delle risorse idriche¹³.

Il presente contributo, pertanto, rappresenta una tappa all'interno di una riflessione più ampia che merita ulteriore sviluppo. Per il momento ci si limita ad indicare tre punti, che si possono considerare come rifles-

¹² Cfr. V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., 3.

¹³ L'obiettivo n. 6 del documento in parola è quello di «Garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e delle strutture igienico-sanitarie».

sioni provvisorie, corrispondenti ai tre principali livelli di governo coinvolti nella regolazione e nella tutela del diritto all'acqua.

3. *Il diritto internazionale*

Se vogliamo arrivare a conclusioni operative ed individuare concreti strumenti attuativi del diritto all'acqua, non possiamo trascurare il fatto di essere in un contesto di governo multilivello, che lavora per vasi comunicanti e che una regolamentazione statale o substatale in materia di beni comuni e, nello specifico, di risorse idriche non può non riflettere gli approdi cui è giunto il diritto sovranazionale. Infatti nel diritto internazionale la riflessione sui principi e sui valori ha già condotto alla individuazione di esiti concreti. Lo studioso di diritto pubblico può, in particolare, trarre tre spunti dal dibattito internazionale in materia.

Da molto tempo gli internazionalisti hanno dovuto confrontarsi con questioni concretissime come la gestione dei c.d. *public commons* (tra cui le risorse sottomarine al di fuori delle acque continentali, alle zone dell'Antartico etc.). Ebbene, questo ambito ha permesso di comprendere come la regolamentazione e la tutela di certe categorie di beni è slegata dal concetto di sovranità statale e dalla dimensione della proprietà individuale. In questo senso si può condividere la posizione di Rodotà e giungere ad affermare che non di tutti i beni siamo proprietari: di molti noi non siamo che custodi¹⁴. Pertanto il nostro ruolo rispetto ad essi non è quello di consumatori, dotati della facoltà di esaurirli o distruggerli. Questo vale per i beni di consumo di cui possiamo appropriarci, non per i beni di cui si sta trattando in questa sede: sarebbe inaccettabile pensare all'acqua come ad un bene dotato di un proprietario che possa legittimamente disporne in maniera esclusiva. L'irrinunciabile dimensione collettiva delle risorse idriche è affermata anche nella Carta europea dell'acqua, approvata il 16 maggio 1968 in seno al Consiglio d'Europa. L'articolo 10 della Carta sancisce: «L'acqua è un patrimonio comune il cui valore deve essere riconosciuto da tutti. Ciascuno ha il dovere di economizzarla e di utilizzarla con cura. Ciascun individuo è un consumatore e un utilizzatore di acqua. In quanto tale egli ha una responsabilità verso gli altri consumatori. Usare l'acqua in maniera sconsiderata significa abusare del patrimonio na-

¹⁴ Per un'attenta descrizione del regime giuridico di demanialità "custodiale" sui beni comuni, si veda E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità*, cit., 328 ss.

tuale». L'articolo 12 ricorda invece: «L'acqua non ha frontiere. Essa è una risorsa comune la cui tutela richiede la cooperazione internazionale. I problemi internazionali che possono nascere dall'utilizzazione delle acque dovrebbero essere risolti di comune accordo fra gli Stati, al fine di salvaguardare l'acqua tanto nella sua qualità che nella sua quantità».

In sintesi, il primo insegnamento derivante dal diritto internazionale è che, rispetto ai beni comuni, in ragione della loro natura, la dimensione proprietaria è descrivibile in termini di custodia, anziché di consumo. La seconda indicazione, chiaramente legata a quella appena espressa, riguarda il tema dello *standing*. È infatti evidente che questo regime proprietario di natura "custodiale" ha un riverbero immediato sulla dimensione processuale e sulla soluzione dei conflitti che potrebbero sorgere in relazione ai beni che ad esso sono soggetti. Il diritto internazionale insegna, infatti, come il foro più adeguato per questo tipo di questioni non siano le strutture giurisdizionali tradizionali ma istituzioni "ad accesso ampio" che consentano di accogliere segnalazioni di violazioni ad ampio raggio e permettano una vera partecipazione. Altro strumento suggerito dal diritto internazionale e interessante per la materia oggetto del nostro studio è la regolamentazione per accordi. Si tratta, infatti, di una regolamentazione non primariamente autoritativa né orientata all'esercizio di un potere unilaterale, bensì basata sulla dimensione della trattativa e del consenso diffuso. La natura pattizia che impronta il diritto internazionale potrebbe, in una certa misura, ispirare la regolamentazione dei beni comuni nei singoli ordinamenti nazionali. Riassumendo, si è dell'idea che il diritto pubblico, nell'affrontare il problema del regime giuridico dei beni comuni, possa trarre questi tre spunti dal diritto internazionale: 1. Riscoprire l'esistenza di una dimensione custodiale – e non meramente proprietaria – del rapporto tra soggetti e beni; 2. Strumentare tale dimensione in termini di *standing* e di partecipazione attraverso organismi che abbiano come *mission* il rendere concreta e attuabile la custodia dei beni comuni; 3. Accrescere la consapevolezza che la regolamentazione di questi beni non può essere unilaterale e autoritativa ma deve tentare un coinvolgimento più ampio di tutti i soggetti interessati.

4. *Il diritto europeo*

La seconda conclusione *ad interim* afferisce, invece, al diritto europeo. L'Europa sembrerebbe ancora molto orientata ad accentuare la di-

mensione individuale del diritto all'acqua, a discapito di quella collettiva o comunitarista. Se si osservano le *litigations* in materia ambientale, si noterà che non vi è spazio per azioni popolari, se non rigorosamente legate al risarcimento danni. Almeno da questo punto di vista, quindi, l'ordinamento giuridico europeo non sembrerebbe offrire spunti di novità nella concezione dei beni comuni. Si constata ciò con un certo rammarico giacché, per ciò che concerne la tutela dei diritti umani fondamentali, l'Europa si è fatta portatrice di una concezione innovativa e lungimirante che ha condotto alla creazione di agenzie¹⁵ e di processi partecipativi¹⁶. Questi ultimi sono, in linea teorica, sede ideale per la costruzione di una concezione comunitaria dei beni fondamentali, eppure nel dibattito europeo sulla tutela dei diritti umani non pare esservene traccia. La carenza di solidità democratica che le istituzioni ci presentano viene molto spesso riportata a questi processi partecipativi infiniti e burocratici che fanno capo alla sussidiarietà, alla valutazione e così via. V'è dunque una certa duplicità: l'Europa lavora molto sulla partecipazione, prevede strumenti partecipativi ma non li àncora ai beni di rilievo costituzionale che essa dovrebbe tutelare.

5. *L'ordinamento nazionale*

Giungendo, da ultimo, alla dimensione nazionale, va detto che nel nostro ordinamento, effettivamente, sono presenti tracce di una nuova concezione di beni comuni. Forse la mancanza di una sistematizzazione organica di questi elementi rende più difficoltosa la loro emersione; nondimeno, il nostro ordinamento è sensibile al tema. Basti pensare allo stimolo alla discussione offerto dall'istituzione della c.d. Commissione Rodotà nel 2007¹⁷, dal referendum sull'accesso ai servizi idrici e dalla sentenza del 2011 della Corte di cassazione che ha fatto, per la prima volta,

¹⁵ Tra esse un ruolo di spicco è giocato dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA), istituita nel 2007.

¹⁶ Basti pensare all'iniziativa dei cittadini europei (ICE), prevista all'articolo 11 del TUE, e sulla quale si sofferma il contributo di Sara De Vido nel presente volume.

¹⁷ Come ricorda Dani (A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, cit., 98), la Commissione presieduta da Stefano Rodotà, creata allo scopo di redigere un disegno di legge modificativo della disciplina dei beni pubblici del Codice Civile, definì i beni comuni come quelli «che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona».

esplicito riferimento al concetto di beni comuni¹⁸. L'Italia avrebbe una buona sensibilità giuridica per recepire gli spunti che provengono dal diritto internazionale inerenti alla gestione dei beni comuni: ricordo solo la recente legge italiana sulla biodiversità che segue il protocollo di Nagoya del 2010¹⁹, il quale è stato mosso più dalla preoccupazione comune per probabili danni che non dalla concezione comune del bene biodiversità. La sensazione però è che alla capacità di aggregazione nella preoccupazione dinnanzi alle minacce verso determinati beni non corrisponda una capacità d'ideazione di concreti strumenti di tutela. Lo stesso protocollo di Nagoya riafferma principi noti come l'importanza della conservazione della diversità biologica e dell'uso sostenibile dei suoi componenti²⁰ ma, ultimamente, non predispone una strumentazione adeguata per centrare tali obiettivi. La novella italiana ha provato a colmare questo deficit e, sebbene non sia incentrata sul bene acqua, il tentativo deve essere accolto con entusiasmo: si tratta di un importante passo nell'individuazione di misure in grado di rispondere alle sfide poste dai beni comuni e questo, in futuro, potrebbe rivelarsi paradigmatico anche per le questioni legate al diritto all'acqua.

6. *Una postilla finale*

Ci sarebbe ancora molto da dire circa le suggestioni che provengono dai tre livelli di governo menzionati ma, volgendo a conclusione, si intende sottolineare un unico altro aspetto. Il bene acqua, per definizione, trascina ogni confine e attraversa territori e stati differenti, in verticale e in orizzontale, senza che si possa ridurre al preciso contenuto del diritto di proprietà di singoli soggetti. Da questo punto di vista può essere paragonato al genoma umano, il quale appartiene a tutti e a ciascuno, è comune nel senso che rappresenta una *common heritage* e, per questi motivi, non gli si applica un regime proprietario. Esistono importantissime

¹⁸ Si tratta della sentenza n. 3665 del 14 febbraio 2011. In quell'occasione la Cassazione ha definito "comuni" quei beni che, «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».

¹⁹ Il Protocollo di Nagoya sull'accesso alle risorse genetiche e l'equa e giusta ripartizione dei benefici da esse derivanti è entrato in vigore nel 2014 e ad esso è seguito il Regolamento (UE) n. 511/2014 sulle misure di conformità per gli utilizzatori nell'Unione derivanti dal Protocollo.

²⁰ Cfr. art. 1 del Protocollo di Nagoya.

associazioni che lavorano allo scopo di creare una conoscenza del genoma che sia, quanto più possibile, circolare; grandi reti di università americane creano enormi *data-base* gestiti nella logica dell'*open access* e permettono così a studiosi di tutto il mondo di progredire nella conoscenza e nelle modalità di tutela del nostro patrimonio genetico. *Mutatis mutandis*, come già auspicato nel 1968 della Carta europea dell'acqua²¹, si potrebbero ipotizzare strutture analoghe di tutela delle risorse idriche e di circolazione d'informazioni sul ciclo e la vita dell'acqua, sulla sua esauribilità, sulle modalità più sostenibili d'impiego e così via. Una conoscenza così estesa delle caratteristiche di questo bene, che coinvolga l'intero globo, getterebbe le basi per una sua regolamentazione e tutela condivisa. Si è di certo lontani anni luce da una simile visione ma, in assenza di un primo step, non potranno venire nemmeno i successivi.

²¹ Si legge all'art. 7 della Carta adottata a Strasburgo: «Le risorse idriche devono essere accuratamente inventariate. L'acqua dolce utilizzabile rappresenta meno dell'1 per cento della quantità d'acqua del nostro pianeta ed è molto inegualmente distribuita. È indispensabile conoscere le disponibilità di acqua di superficie e sotterranea, tenuto conto del ciclo dell'acqua, della sua qualità e della sua utilizzazione. Per inventario si intenderà il rilevamento e la valutazione quantitativa delle risorse idriche».

L'ACQUA COME BENE COMUNE E COME SERVIZIO PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il servizio idrico integrato come servizio pubblico di rilevanza economica. – 3. Gli esiti dei *referendum* di giugno 2011. – 4. Le conseguenti determinazioni tariffarie.

1. *Premessa*

Alcuni degli scritti pubblicati in questo fascicolo evocano con riferimento all'*acqua* la nozione di bene comune ovvero quella inglese di *common*. Che l'acqua vi appartenga è del tutto pacifico, pur se i problemi giuridici inerenti al rapporto tra questo bene e la sua fruizione da parte della collettività devono essere collocati sul terreno del diritto positivo; ciò che significa non solo *che* il bene acqua è destinato a soddisfare bisogni essenziali, ma soprattutto pone il problema di *come* questi bisogni devono esserlo, giacché una cosa è il bene nella sua materialità, altro sono i procedimenti tecnico-amministrativi con cui esso – dopo le necessarie operazioni di depurazione e di potabilizzazione – viene reso disponibile per soddisfare, appunto, quei bisogni.

In altre parole: ferma restando l'appartenenza dell'acqua all'anzidetta categoria e quindi la sua essenziale destinazione ai bisogni fondamentali degli individui, la realizzazione di quest'obiettivo presuppone un'organizzazione del servizio di adduzione e di distribuzione di questo bene con la massima soddisfazione possibile delle aspettative della società e con il minimo costo possibile per la collettività.

In conclusione: se l'acqua è bene comune che incorpora nella sua natura tale funzione, la sua distribuzione non potrà non essere un servizio pubblico, come tale soggetto alle regole ed ai principi propri di ogni ordinamento per il suo esercizio.

2. *Il servizio idrico integrato come servizio pubblico di rilevanza economica*

Ciò premesso, se il carattere di bene comune posseduto dall'acqua deve connotare il servizio pubblico della sua adduzione e della sua distribuzione, esso però è essenzialmente neutro rispetto all'alternativa tra una gestione da parte dell'ente pubblico (ad es.; il Comune) ovvero da parte di un soggetto privato (ad es.: un concessionario), perché si realizzi l'obiettivo della massima soddisfazione degli utenti insieme con quello della massima economicità del servizio stesso.

Sappiamo che nel nostro ordinamento, fino alla metà degli anni '90, la gestione dei servizi idrici era affidata ai Comuni ed essa – ai sensi della legge 8 giugno 1990, n. 142 – veniva svolta in economia, oppure affidata ad aziende speciali (*ex* aziende municipalizzate) o, più raramente, ad imprese private o a società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

Il numero dei gestori era perciò elevatissimo, prossimo a quello dei Comuni, sì che la ridotta dimensione delle gestioni comportava l'incapacità di raggiungere livelli adeguati di efficienza economica e di *standard* di servizio; conseguentemente le tariffe non permettevano di coprire i costi della gestione e le perdite conseguenti venivano poste a carico della fiscalità.

Per superare tali problemi, con la legge 5 gennaio 1994, n. 36 (c.d. legge Galli), si è dato avvio ad un profondo processo di modernizzazione e riorganizzazione del settore.

In particolare, la legge ha previsto, da un lato, l'unificazione verticale dei diversi segmenti di gestione mediante l'istituzione del servizio idrico integrato (SII), definito dall'art. 141 del Codice dell'ambiente come l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e, dall'altro, la ripartizione del territorio nazionale in ambiti territoriali ottimali (ATO), così da consentire adeguate dimensioni gestionali del servizio.

La legge Galli, inoltre, nel rimandare alle modalità di gestione contemplate dalla legge n. 142/1990, escludeva la gestione in economia (all'epoca frequentissima) in considerazione dell'elevata capacità imprenditoriale richiesta al gestore del servizio idrico (art. 10). Nella stessa ottica, per favorire ulteriormente l'utilizzo dello strumento societario di diritto privato, la legge 15 maggio 1997, n. 127 (legge Bassanini-*bis*) ammetteva il ricorso a società a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico

locale, disponendo le procedure da seguire per la trasformazione delle aziende speciali in s.p.a. a partecipazione maggioritaria pubblica.

Successivamente, l'art. 113 TUEL (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), al fine di armonizzare la disciplina nazionale dei servizi pubblici ai principi comunitari di tutela della concorrenza, sanciva il divieto di affidamento diretto dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, rendendo obbligatorio il ricorso alla gara con procedura ad evidenza pubblica.

Alla disciplina generale in materia di servizi pubblici locali, si è poi aggiunta, in materia di affidamento e gestione del servizio idrico integrato, ad opera dell'art. 150 del Codice dell'ambiente, la previsione di taluni elementi di specialità e, in particolare, l'assoggettamento della gestione *in house* e dell'affidamento a società miste a requisiti particolarmente rigorosi.

In tale contesto, l'art. 23-*bis* del decreto-legge 25 giugno 2008 n. 112, convertito, con modificazioni, in legge 6 agosto 2008, n. 133 (poi modificato dall'art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99 e dall'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, in legge 20 novembre 2009, n. 166) ha innovato la disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tra cui quella qui in considerazione, prevedendo che essa dovesse avvenire “*in via ordinaria*”: a) mediante procedure competitive ad evidenza pubblica a favore di imprenditori individuali o società; b) mediante affidamento diretto a società miste pubbliche e private, sempre che il socio privato fosse scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, che ad esso fosse attribuita una partecipazione non inferiore al 40% e che la procedura di gara riguardasse anche l'attribuzione di «*specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio*». Detto articolo aveva poi previsto che, “*in deroga*” a tali modalità ordinarie di affidamento del servizio, questo potesse essere affidato *in house* in presenza di “*situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato*”.

Per quanto inerisce agli aspetti tariffari, l'art. 13 della legge Galli prevedeva una tariffa unica per ciascun ambito ottimale, da determinarsi “*tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio*”. A tal fine si pre-

vedeva l'applicazione di “*un metodo normalizzato per definire le componenti di costo e determinare la tariffa di riferimento*”.

In base a tale metodo – definito con decreto ministeriale del 1° agosto 1996 – la tariffa di riferimento (che rappresentava l'insieme dei criteri e delle condizioni cui ciascuna Autorità di ambito doveva attenersi nello stabilire in concreto la tariffa) era composta dai costi operativi, dal costo di ammortamento e dalla remunerazione del capitale investito, fissata al 7% senza alcun legame con gli andamenti del mercato finanziario.

Invero, l'art. 154 del Codice dell'ambiente aveva previsto il superamento del metodo normalizzato, disponendo che la tariffa costituisse il corrispettivo del servizio idrico integrato, formata tenendo conto, tra gli altri parametri, tanto dei costi d'investimento e di gestione del servizio, che dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito onde assicurarne la copertura integrale. Esso demandava poi al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, su proposta della poi soppressa Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, il compito di definire con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa. La mancata emanazione di questo decreto ha, dunque, finito per tenere in vita il metodo normalizzato, sebbene fosse fondato sulla pregressa disciplina della legge Galli.

Tale metodo peraltro era oggetto di numerose critiche, in quanto, garantendo ai gestori una remunerazione fissa a prescindere dall'andamento dei mercati e individuandola nella misura del 7% (che in alcuni periodi è risultata più elevata rispetto agli oneri finanziari e fiscali realmente sostenuti dai gestori), era suscettibile di dare luogo, specie nei periodi in cui il rendimento del capitale sul mercato finanziario fosse ben più basso, ad un ingiustificato *extra-profitto*.

3. *Gli esiti dei referendum di giugno 2011*

Questo è il quadro normativo sul quale sono intervenuti i *referendum* del giugno 2011, aventi ad oggetto l'abrogazione sia dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 relativo alle modalità di affidamento del servizio che dell'art. 154 del Codice dell'ambiente nella parte in cui prevedeva che la tariffa dovesse garantire anche l'“*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*”; entrambe le proposte referendarie sono state approvate.

Come chiarito dalla Corte costituzionale, all'abrogazione dell'art. 23-*bis* è conseguita l'“*applicazione immediata nell'ordinamento italiano della*

normativa comunitaria” concernente i servizi di interesse economico generale (sentenza n. 24/2011). Cosicché essa non ha inciso sulla configurazione del servizio idrico integrato come servizio pubblico locale di rilevanza economica soggetto alle regole sulla concorrenza, ma ha reso solo più agevole l'affidamento *in house* del servizio stesso, che le disposizioni abrogate rendevano molto difficile, ed ha comportato il venir meno dell'obbligo, previsto dall'art. 23-*bis* per il caso di affidamento diretto del servizio ad una società mista, dell'attribuzione al socio privato di una quota di partecipazione al capitale della società mista non inferiore al 40%.

A sua volta l'abrogazione referendaria dell'art. 154, comma 1, del Codice dell'ambiente, nella parte in cui prevedeva che la tariffa dovesse garantire anche l'“*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*”, non ha comportato il venir meno né della qualificazione del SII come servizio pubblico locale di rilevanza economica, né del principio per cui la tariffa deve esser determinata in modo tale da coprire integralmente i costi sostenuti dai gestori (Corte costituzionale, sentenza n. 26 del 2011), ma soltanto l'espunzione, dal novero delle voci riconosciute *ex ante* in tariffa, della componente relativa all'adeguata remunerazione di capitale, con conseguente illegittimità del riconoscimento al gestore di una remunerazione fissa ed invariabile del capitale investito, come quella riconosciuta dal cd. metodo normalizzato indirettamente travolto dal *referendum*.

Era del resto proprio questo l'oggetto principale delle critiche rivolte a detto metodo, che, garantendo ai gestori una remunerazione fissa a prescindere dall'andamento dei mercati e individuandola nella misura del 7%, mediamente più elevata rispetto agli oneri finanziari e fiscali realmente sostenuti dai gestori, era suscettibile di dare luogo ad *extra-profiti*, che la volontà popolare ha ritenuto incompatibili con il carattere essenziale e pubblico del settore.

4. *Le conseguenti determinazioni tariffarie*

Come è dunque chiaro, il *referendum* del giugno 2011 non ha inciso – né probabilmente aveva il potere di farlo – sulla configurazione giuridica del servizio idrico come servizio di rilevanza economica, ma solo (attraverso l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. 118) sulle modalità del suo affidamento e (attraverso l'abrogazione parziale dell'art. 154 del codice dell'ambiente) sul modo di formazione delle tariffe.

Ne segue allora che:

a) dall'idea dell'*acqua bene comune* non deriva né che il servizio sia necessariamente svolto dall'ente pubblico, né che esso debba essere gestito in perdita;

b) per effetto dell'abrogazione parziale dell'art.154 del codice dell'ambiente la formazione della tariffa non dovrà più essere basata sulla remunerazione del capitale investito, ma sul recupero dei costi dell'investimento della gestione della depurazione e della distribuzione dell'acqua.

Ed è evidente che, come il TAR della Lombardia (sent. n. 779/2014 della II sez.) – dinanzi a cui associazioni dei consumatori avevano impugnato il metodo tariffario introdotto dall'Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il servizio idrico – ha avuto modo di statuire, gli oneri finanziari che l'Autorità ha incluso ai fini del calcolo della tariffa non attengono alla remunerazione del capitale, ma al recupero dei costi cui il gestore del servizio – chiunque esso sia – deve far fronte per svolgerlo adeguatamente.

In buona sostanza le ragioni per le quali fu chiesto e celebrato il "*referendum* sull'acqua", tenuto conto delle norme comunitarie e nazionali non toccate dal suo esito favorevole, hanno avuto l'effetto non già – com'era nella propaganda dei suoi promotori – di renderne pubblica la gestione, scaricandone sulla collettività i costi e le eventuali perdite, ma quello più limitato di modificare i criteri di determinazione della tariffa, passando da un metodo "normalizzato" che, comunque avrebbe assicurato una remunerazione fissa e predeterminata del capitale investito ed indipendente dall'efficienza del servizio, ad un metodo nel quale, definiti i costi *standard* suscettibili di generare efficienza del servizio, la tariffa debba includere tra questi gli oneri finanziari relativi al capitale investito e quindi agli interessi passivi che l'investitore deve corrispondere ovvero al costo del capitale investito.

Che poi, alla fin fine, il risultato tariffario dell'uno e dell'altro metodo – di quello abrogato e del nuovo – abbiano prodotto valori non molto dissimili, più che effetto di una diabolica coincidenza o, come alcuni sospettavano, dall'elusione del risultato referendario, sembra essere piuttosto il misero esito di una campagna referendaria troppo demagogicamente condotta. In essa, infatti, l'idea dell'acqua come bene comune si è sposata, non con la giusta opposizione ad eventuali sovrapprofitti dei gestori privati, ma con il proposito, evidentemente irraggiungibile, di una totale pubblicizzazione del servizio e con il conseguente accollo alla collettività dei relativi costi.

Andrea Di Porto

PER UNO STATUTO DELLA PROPRIETÀ DEI BENI DESTINATI ALL'USO PUBBLICO

1. “La questione dei beni comuni”, nel dibattito giuridico in atto, è generalmente affrontata in termini di appartenenza.

In particolare, si pone la domanda se, nell’ordinamento vigente, vi sia spazio per un modello di proprietà dei “beni comuni” distinto dallo schema dualistico(-individualistico) proprietà privata/proprietà pubblica, che, come denunciato da Rodotà oltre cinquant’anni fa, ha dominato la riflessione occidentale sul tema negli ultimi due secoli.

E così i beni comuni ora sono ricostruiti secondo il modello della proprietà collettiva (Cerulli Irelli), ora sono considerati “beni intrinsecamente sottratti ad ogni forma di titolarità sia di natura pubblica che privata” (Lipari).

Da ultimo, Irti, in un articolo pubblicato in *Diritto e Società* del 2013, dal titolo “*L’acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle ‘appartenenze’)*”, parla, per i “beni comuni”, di pluralità di appartenenze. E lo fa cogliendo, acutamente, un passaggio della motivazione delle note sentenze delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione del 2011 sulle Valli da pesca della laguna di Venezia: “*Dunque, la ‘demanialità’ esprime una duplice appartenenza alla collettività e 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*”.

Da questo passaggio della motivazione, Irti trae spunto per affermare: “*I beni comuni non sono senza appartenenza, quasi sospesi in un vuoto di diritto, ma beni a pluralità di appartenenze, sicché lo ‘ente esponenziale’ e il singolo hanno ciascuno il proprio titolo e ciascuno la propria legittimazione. Sarebbe logicamente e praticamente infruttuoso attribuire*

diritti privi di azione o azioni prive di diritto: il punto è, invece, di ricongiungere gli uni e le altre, di moltiplicare e difendere la titolarità”.

2. *De iure condendo*, una soluzione era stata elaborata, come noto, dalla “Commissione Rodotà”, istituita presso il Ministero della Giustizia nel giugno 2007, e presieduta appunto da Stefano Rodotà, al fine di predisporre un disegno di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materi di beni pubblici. La Commissione aveva definito i “beni comuni” come: “*cose che esprimono utilità funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità [...] che non rientrano stricto sensu nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati. Ne fanno parte essenzialmente, le risorse naturali, come i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l’aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate. Vi rientrano, altresì, i beni archeologici, culturali, ambientali”.*

Una nozione, come si vede, non fondata sul criterio formale dell’appartenenza, ben potendo tali “beni comuni” appartenere a soggetti pubblici quanto a soggetti privati, bensì sul criterio funzionale, sull’essere cioè gli stessi beni funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona.

3. Ma i risultati della “Commissione Rodotà”, come noto, non hanno avuto lo sbocco normativo programmato.

Hanno però avuto, si potrebbe dire, uno ‘sbocco giurisprudenziale’ rilevante.

I risultati di tale Commissione, infatti, hanno influito sulla decisione assunta dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, nel 2011, per chiudere la nota e dibattuta controversia giudiziaria sull’appartenenza delle Valli da pesca della laguna di Venezia. Come emerge dalla relativa relazione predisposta dall’Ufficio del Massimario della Cassazione.

Si tratta precisamente di una serie di sentenze, di eguale motivazione, depositate fra il 14 e il 18 febbraio (nn. 3665, 3811, 3812, 3936-3939), con le quali la Suprema Corte ha confermato sì la natura demaniale delle

Valli da pesca accertata dalla Corte di appello di Venezia, ma ha aggiunto alla motivazione di stampo tradizionale della Corte territoriale una nuova *ratio decidendi* incentrata, appunto, sulla nozione di 'bene comune', come bene "*strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini*", a prescindere dalla proprietà pubblica o privata del bene medesimo.

Una nozione che fa leva sulla funzione che un bene è destinato a svolgere nella società, sulla sua idoneità a realizzare gli interessi della collettività. Insomma, sulla sua destinazione all'uso pubblico.

La Corte ricava dal quadro costituzionale, essenzialmente dagli articoli 2, 9 e 42, e stante la loro diretta applicabilità, "*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 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*".

Il risultato di tali sentenze è dunque l'individuazione di una categoria di 'beni comuni' che, indipendentemente dalla titolarità, ben potendo appartenere sia a soggetti pubblici che privati, siano per le loro intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle ambientali e paesaggistiche, destinati alla realizzazione degli interessi dei cittadini.

Un risultato, che non è stato minimamente scalfito dalla successiva sentenza CEDU del 23 settembre 2014 (Valle Pierimpiè società agricola S.p.a./Italia), che non è entrata nel merito della valutazione operata dalla Corte di cassazione, riconoscendo addirittura come il giudice nazionale, grazie ad una conoscenza diretta della società e dei suoi bisogni, possa meglio di qualunque altro giudice valutare il profilo dell'utilità pubblica di un bene. Mentre si è limitata a ritenere necessaria la previsione di un indennizzo a favore della società imprenditrice, in ragione della sua buona fede, dei titoli formali di proprietà, e della perciò ingiusta e sproporzionata ingiunzione del pagamento di un'indennità per occupazione abusiva disposta dalla pubblica amministrazione italiana a carico della stessa società.

4. Ecco, a me sembra che, se si vuole affrontare la "questione dei beni comuni" su basi giuridiche concrete e nel contesto normativo dato, oc-

corra partire proprio dalla nozione di bene comune delineata dalle ricordate sentenze della Corte di cassazione.

Una nozione di bene comune, che come si è visto prescinde dall'appartenenza ed è fondata sulla funzione del bene, sulla sua destinazione all'uso pubblico.

Ma se questa è la nozione di bene comune entrata a seguito di tali sentenze nel nostro diritto vivente, allora non si può non rilevare che essa non costituisce certo una novità.

I beni destinati all'uso pubblico, a cominciare da quelli appartenenti a soggetti privati, sono stati, infatti, al centro di una lunga storia giurisprudenziale, che attraversa, quasi per intero, quella dell'Italia unita, risalendo al 1887, alla celebre sentenza della Cassazione di Roma sull'uso pubblico di Villa Borghese.

Una storia, che ho cercato di ricostruire, nei suoi passaggi salienti, in un libriccino su “*Res in usu publico e 'beni comuni'. Il nodo della tutela*” (2013), al quale mi permetto di rinviare.

Qui, ai fini del ragionamento che sto svolgendo, basta rammentare come il frutto di questa straordinaria storia di giurisprudenza creativa sia stato il consolidarsi di una disciplina, di matrice giurisprudenziale appunto, dei beni destinati all'uso pubblico o, vista dal profilo soggettivo, dei diritti di uso pubblico sugli stessi beni.

Una disciplina che, fotografata sul finire degli anni Trenta, subito prima dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, riguarda tutti i diritti di uso pubblico, sia quelli su beni di proprietà privata sia quelli su beni demaniali (grazie ad un'importante decisione della Corte di cassazione, la n. 2722 del 4 luglio 1934). E che è declinata in una serie di principi, fra i quali ricordo i seguenti: il principio secondo cui, dal lato attivo dei diritti di uso pubblico, v'è la pluralità dei cittadini, istituzionalmente organizzata (in comune, frazione, e così via) o, addirittura, v'è una comunità di persone, anche se non organizzata in ente pubblico territoriale, purché si presenti come una collettività indeterminata di individui, considerati non *uti singuli* ma *uti cives*, e cioè quali titolari di interessi di carattere generale; il principio secondo cui il concetto di *publica utilitas* non corrisponde a quello di necessità, ma comprende ogni vantaggio che la collettività possa ritrarre, anche di natura estetica, spirituale, di salubrità e di mero diletto; il principio secondo cui è ammessa la costituzione del diritto per usucapione anche in difetto di qualsiasi provvedimento dell'autorità amministrativa; e, finalmente, il principio secondo cui la legittimazione ad agire spetta anche ai titolari del diritto, *uti cives*, senza

che ricorra litisconsorzio necessario con il Comune o altro ente rappresentativo della collettività, in una parola la tutela affidata al cittadino, titolare del diritto di uso pubblico, mediante la vera e propria azione popolare (e così via).

Con l'entrata in vigore del nuovo codice civile, la classificazione dei beni pubblici è fondata sul criterio formale dell'appartenenza. Nessun rilievo è dato, nell'ambito della stessa classificazione, alla funzione del bene, alla sua destinazione all'uso pubblico. L'articolo 823, secondo comma, dispone che la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico spetta all'autorità amministrativa. E l'articolo 824 estende lo stesso regime anche ai beni delle Province e dei Comuni. Lo stesso articolo 825, che pure recepisce nella sua seconda parte i diritti di uso pubblico su beni privati creati dalla ricordata giurisprudenza, e che, unico fra tutti gli articoli del codice dettati per classificare e disciplinare i beni pubblici, fa espresso riferimento alla funzione del "conseguimento di fini di pubblico interesse" propria dei medesimi beni, qualifica tali diritti però, coerentemente con l'impostazione del nuovo codice, come "diritti demaniali su beni altrui" e li sottomette al regime del demanio pubblico, affidandone dunque la tutela all'autorità amministrativa. Il culto del dogma della persona giuridica, poi, che nel periodo a cavallo del nuovo codice, e fino agli anni Sessanta, raggiunge la sua acme, soffoca in ambito pubblicistico le espressioni della sovranità popolare.

E così quella disciplina di creazione giurisprudenziale che, come si è detto, negli anni Trenta, aveva finito col riguardare tutti i diritti di uso pubblico, sia quelli su beni privati che quelli su beni pubblici, viene ribadita dalla giurisprudenza della Cassazione, nei ricordati principii, ma solo con riferimento ai diritti di uso pubblico su beni di proprietà privata. Nonostante che l'art. 825 c.c., come si è ricordato, assoggetti anche tali diritti al regime del demanio pubblico. Per i diritti di uso pubblico (o uso comune, che dir si voglia) su beni demaniali, dopo l'entrata in vigore del nuovo codice civile, la giurisprudenza applica invece la disciplina dettata dallo stesso codice.

E così i diritti di uso pubblico su beni privati e i diritti di uso pubblico su beni demaniali, che sul piano normativo sono assoggettati allo stesso regime, sul piano della giurisprudenza, prendono due strade diverse.

In questo contesto, che si viene delineando in modo sempre più definito lungo tutta la seconda metà del secolo scorso, assumono un particolare significato le sentenze delle sezioni unite civili della Corte di cassazione sulle Valli da pesca della laguna di Venezia del 2011.

Tali sentenze, infatti, nel qualificare le Valli da pesca come beni comuni, come beni che, per le loro intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle ambientali e paesaggistiche, sono destinati alla realizzazione degli interessi dei cittadini, costruiscono una nozione di bene comune sulla funzione del bene, sulla sua idoneità al conseguimento di fini di interesse pubblico, a prescindere dalla proprietà, privata o pubblica, dello stesso bene.

Tali sentenze, insomma, sganciano la nozione di bene comune dall'appartenenza e la fanno coincidere con quella di bene destinato all'uso pubblico. Ma si badi: non sganciano tale nozione dall'appartenenza nel senso che i beni in discorso sono senza appartenenza. I beni restano di chi sono, ma su di essi, per la loro funzione, sta l'uso pubblico.

Ma così facendo le stesse sentenze rimettono sullo stesso piano i diritti di uso pubblico su beni privati e i diritti di uso pubblico su beni demaniali. E ritornano, almeno a me pare, alla visione della giurisprudenza formatasi anteriormente all'entrata in vigore del nuovo codice civile, a cominciare dalla sentenza in Villa Borghese del 1887, e culminata nella fondamentale decisione della Corte di cassazione del 4 luglio 1934 (n. 2722), più sopra ricordata, che aveva esteso la disciplina giurisprudenziale dei diritti di uso pubblico in beni privati ai diritti di uso pubblico in beni demaniali. Una simile disciplina può ben costituire la base per uno statuto della proprietà, pubblica privata e collettiva, dei beni destinati all'uso pubblico (o dei beni comuni, che dir si voglia).

Quirino Camerlengo

LA CONTROVERSA NOZIONE DI BENE COMUNE

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. – 2. I beni comuni nell’era delle privatizzazioni e della globalizzazione. – 3. Alla ricerca della definizione giuridica di “bene comune”. – 4. Il contributo dell’analisi economica del diritto: cenni essenziali. – 5. Intorno al fondamento costituzionale dei beni comuni

1. *Introduzione al tema*

La difficoltà del tema qui trattato è stata messa bene in evidenza da Cerulli Irelli e De Lucia: «a fronte di uno scenario così articolato e incerto, non stupisce che le argomentazioni di ordine giuridico 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 di “bene comune” diventa, a volte, inafferrabile»¹.

Con le ricerche svolte da Elinor Ostrom il tema dei beni comuni ha ricevuto lo slancio decisivo². Nel conferimento del Premio Nobel per l’economia, nel 2009, l’Accademia Reale delle Scienze ha voluto sottolineare come lo studio di Elinor Ostrom abbia sfidato convincimenti consolidati dimostrando che la “local property” può essere gestita con successo attraverso i beni comuni «without any regulation by central authorities or privatization».

Alla fine degli anni Sessanta il progressivo depauperamento delle risorse naturali ascrivibile ad un eccesso di consumo individuale di beni

¹ V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto* 2014, 5.

² E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, New York 1990.

universalmente accessibili fu esaminato da Hardin che, al riguardo, evocò la «tragedia dei comuni»³. Bisogna attendere trent'anni per imbattonsi nello studio di Heller che, contrapponendo la «tragedia degli anti-comuni», analizzò il sottoconsumo imputabile all'azione di una pluralità di poteri di ingerenza su questi beni⁴. Il dibattito ha trovato, in anni più recenti, una inedita collocazione nello studio di Giulio Napolitano il quale, abbracciando una visione 'neo-comunitaria', ha sostenuto che molti beni comuni sono liberamente accessibili senza effetti negativi in termini di efficienza. Anzi, «talvolta il benessere sociale è accresciuto dall'uso simultaneo o comunque diffuso di beni e luoghi che consentono il rafforzamento di 'valori comunitari' [...]. La gestione collettiva o pubblica di determinati beni può avere anche un lieto fine; sul palcoscenico si recita non una "tragedia", ma una "commedia dei comuni"»⁵.

La storia giuridica dei beni comuni è fatta convenzionalmente risalire alle *res communes omnium* tratteggiate da Marciano nel terzo secolo d.C.⁶. Quanto ad esperienze giuridiche meno risalenti nel tempo, al di fuori dei confini nazionali si pensi alle marche tedesche e ai *commons* inglesi, mentre in Italia accostabili ai beni comuni sono le partecipanze emiliane, ossia un'antica forma di proprietà collettiva di terreni interessati a bonifiche⁷. Un cenno meritano anche il maso chiuso, quale istituto diretto a garantire l'indivisibilità della proprietà agricola, e l'uso civico, quale diritto di godimento su beni immobili, esercitabile in varie forme e spettante ai membri di una collettività, su terreni di proprietà comunale o anche di terzi, non derivante da un negozio giuridico in quanto radicato nella prassi collettiva. Senza dimenticare il mare libero o internazionale.

Nel 1977 Paolo Grossi rattivò l'interesse nei confronti dei beni comuni con un libro, tradotto anche in inglese, che illustrò come diverse

³ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, 1243 ss.

⁴ M.A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard Law Review*, 111, 1998, 622 ss.

⁵ G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in *Atti del Convegno Analisi economica e diritto amministrativo*, pubblicati in *Annuario 2006, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano 2007, 136. V. altresì C. ROSE, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, in *University of Chicago Law Review*, 53, 1986, 711 ss.

⁶ P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2011, 2613 ss.

⁷ P. GROSSI, *I domini collettivi come realtà complessa dei rapporti con il diritto statale*, in *Rivista di diritto agrario* 1997, 261 ss.

forme di possesso condiviso delle risorse naturali fossero state abbandonate, specie nel corso dell'Ottocento, a causa di una legislazione proiettata interamente sulla difesa della proprietà privata. In questa opera, i beni comuni sono raffigurati come meccanismi di gestione economico-sociale in grado di coniugare economia ed ecosistema⁸.

Il contributo della Corte costituzionale non è in alcun modo rilevante sul piano della individuazione dei beni comuni e del loro regime. Nella sentenza n. 29 del 1957, il limite dell'utilità sociale alla libertà di iniziativa economica privata è stato finalizzato al «conseguimento del bene comune». Sulla necessaria tutela del «bene comune» in tema di emigrazione si è espressa la sentenza n. 269 del 1986. Nella sentenza n. 500 del 1993 «la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, nonché la sanità» sono state definite beni comuni. Più di recente, con la sentenza n. 112 del 2011, la stessa Corte ha qualificato le risorse geotermiche, ai fini dell'applicazione dell'art. 43 Cost., come beni comuni.

La Commissione Rodotà presentò nel febbraio 2008 una proposta di articolato, poi caduta nel nulla a causa della prematura interruzione della legislatura⁹. In questo testo, la categoria dei beni comuni incluse «le cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona». A questa definizione generale si accompagnò una ricognizione dei beni comuni, sia pure non esaustiva: invero, secondo tale proposta «sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate». Nella relazione di accompagnamento si fa dunque riferimento ad «una nuova fondamentale categoria, quella dei beni comuni, che non rientrano *stricto sensu* nella specie dei beni pubblici, poiché sono a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati». Trattasi di beni che «soffrono di una situazione altamente critica, per

⁸ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977. V. anche G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Rassegna di diritto civile* 2011, 535 ss.

⁹ A. LUCARELLI, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta?*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo* 2007, 11 ss.

problemi di scarsità e di depauperamento e per assoluta insufficienza delle garanzie giuridiche».

Nel 2011 la Cassazione a Sezioni unite, in relazione alle c.d. valli da pesca della laguna di Venezia, ha fatto esplicito riferimento 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 e che – per tale loro destinazione alla realizzazione dello Stato 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» resa (Cass. civ., Ss. uu., 14 febbraio 2011, n. 3665)¹⁰.

La Suprema Corte non poteva essere più chiara. Si prescinde dal titolo dominicale della proprietà per considerare la destinazione funzionale del bene. Comuni sono i beni che mirano a garantire l'inveramento del principio personalista e dei principi dello Stato sociale. L'individuazione di tali beni non può basarsi soltanto sulla tassonomia definita dal codice civile: occorre, infatti, interrogare l'intero quadro normativo-costituzionale di riferimento¹¹. Il giudice di legittimità, in effetti, aggiunge che «il connotato della “demanialità” esprime una duplice appartenenza, alla collettività ed al suo ente esponenziale, dovendosi intendere la titolarità in senso stretto come appartenenza di servizio, nel senso che l'ente esponenziale può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la sua concreta possibilità di fruizione; ne consegue che la titolarità dei beni demaniali allo Stato o agli altri enti territoriali non è fine a sé stessa e non rileva solo sul piano della “proprietà”, ma comporta per l'ente titolare anche la sussistenza di oneri di *governance* finalizzati a rendere effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene».

¹⁰ La Suprema Corte ha anche aggiunto che «il connotato della “demanialità” esprime una duplice appartenenza, alla collettività ed al suo ente esponenziale, dovendosi intendere la titolarità in senso stretto come appartenenza di servizio, nel senso che l'ente esponenziale può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la sua concreta possibilità di fruizione; ne consegue che la titolarità dei beni demaniali allo Stato o agli altri enti territoriali non è fine a sé stessa e non rileva solo sul piano della “proprietà”, ma comporta per l'ente titolare anche la sussistenza di oneri di *governance* finalizzati a rendere effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene».

¹¹ S. LIETO, «Beni comuni», *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del diritto* 2011, 333.

Le suggestioni della teoria dei beni comuni sono facilmente percepibili in queste affermazioni¹².

2. I beni comuni nell'era delle privatizzazioni e della globalizzazione

Le privatizzazioni hanno stimolato l'attenzione di quanti hanno paventato il rischio di una progressiva e irreversibile rinuncia dello Stato a garantire il godimento universale di beni notoriamente funzionali al soddisfacimento di esigenze vitali dei consociati¹³. La globalizzazione e la cessione di quote non trascurabili di sovranità a favore di organismi sovranazionali, dal canto loro, hanno ulteriormente accentuato i profili di criticità dei beni comuni. Lucarelli sottolinea questa connessione tematica quando immagina «politiche pubbliche locali in grado di interpretare, a tutela dei soggetti più deboli e indifesi, la trasformazione dello Stato sociale, in un quadro di depauperamento e deterioramento delle risorse comuni, nel quale il pubblico non gestisce più i beni di sua proprietà e i *beni comuni* sono sistematicamente messi sul mercato, a vantaggio di pochi»¹⁴. Il caso dell'acqua è paradigmatico: la consultazione referendaria del 2011 è la riprova delle paure alimentate da processi di privatizzazione spesso progettati senza una consapevole visione organica di tutte le implicazioni ad essi associate¹⁵.

Le privatizzazioni sono sullo sfondo della teoria dei beni comuni elaborata da Ugo Mattei nel suo *Manifesto*¹⁶. Le privatizzazioni determinano una lesione, *pro quota*, del diritto vantato dai consociati sui beni alienati dal pubblico al privato. Rispetto alla espropriazione, la Costituzione, all'art. 42, terzo comma, configura una serie di limiti e condizioni.

¹² F. CORTESE, *Dalle Valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici ?*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2011, 1170 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Rassegna di diritto civile* 2012, 535 ss.

¹³ A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *costituzionalismo.it* 2014.

¹⁴ A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari 2013, 61.

¹⁵ P. ADAMI, *Beni comuni e servizi pubblici. Il caso dell'acqua: tra referendum e direttive europee*, in *Questione giustizia*, f. 5, 2012, 76 ss.; R. BRIGANTI, *Il diritto all'acqua. Tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Napoli 2012; C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli 2013.

¹⁶ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2012; *contra* E. VITALE, *Contro i beni comuni. Una critica illuminista*, Roma-Bari 2013.

Nulla di tutto ciò, invece, assiste i beni comuni di fronte alla privatizzazione. Questa finisce, così, coll'essere considerata una opzione rimessa alla discrezionalità del legislatore ordinario. Per una più efficace comprensione del problema, Mattei ricorre alla metafora del maggiordomo¹⁷.

3. *Alla ricerca della definizione giuridica di "bene comune"*

Nell'approssimarsi alla categoria dei beni comuni, un passaggio fondamentale è quello rappresentato dal raffronto con i beni pubblici. Questi condividono con i primi la loro estraneità rispetto al patrimonio giuridico di singoli individui e, nel contempo, la comune attitudine a tutelare e a realizzare interessi generali¹⁸.

La ricostruzione del concetto giuridicamente rilevante di "bene comune" non può che prendere le mosse dalla nota classificazione proposta da Massimo Severo Giannini¹⁹.

I *beni pubblici* sono da Giannini distinti in beni pubblici in senso soggettivo, ove si sottolinei l'appartenenza ad un pubblico potere, e in beni pubblici in senso oggettivo, se rileva la loro differenza di regime rispetto ai beni privati. I *beni collettivi* coincidono con i cd. demani o domini collettivi e, dunque, rientrano nella categoria generale dei beni di uso civico. Essi sono utilizzati dai soli appartenenti ad una data comunità. Infine, i *beni comuni* «costituiscono una forma moderna di proprietà collettiva, poiché di essi la collettività ha l'effettivo godimento, mentre l'appartenenza al potere pubblico è in funzione di costituzione, conservazione, disposizione delle utilità collettive, delle utilità collaterali e della gestione del bene». Beni comuni sono, così, l'etere, l'acqua e l'aria, vale a dire «beni talmente importanti che, almeno sinora, non si è mai posto un problema di appartenenza».

¹⁷ Il governo, in occasione delle privatizzazioni, si comporta come quel maggiordomo che vende l'argenteria del suo datore di lavoro per colmare debiti personali. Anziché servire lealmente il proprio *dominus*, il maggiordomo persegue interessi propri, correlati a pregressi comportamenti erranei o azzardati che lo hanno esposto al rischio di un impoverimento personale. Senonché, il governo, nella gestione dei beni comuni, è chiamato a "servire bene" il popolo, alla stregua di un accorto amministratore fiduciario «certo non proprietario, libero di abusarne alienandoli e privatizzandoli indiscriminatamente».

¹⁸ A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma 2013; A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa e diritto privato* 2012, 617 ss.; C. IANNELLO, *Beni pubblici versus beni comuni*, in *Forum di Quaderni costituzionali* 2013.

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1985, 79 ss.

Ora, i teorici dei beni comuni, primo tra tutti Mattei, si affrancano dal paradigma dominicale, di matrice liberale, sul quale riposa la dicotomia proprietà privata/proprietà pubblica. Ciò che rileva non è tanto il titolo formale della titolarità di un diritto soggettivo assoluto e reale, quale la proprietà, quanto l'elemento materiale della dimensione funzionale di tali beni. Così, comuni sono i beni preordinati all'effettivo esercizio dei diritti fondamentali, anche in relazione ai bisogni imputabili alle future generazioni. E su questo c'è pressoché unanimità di vedute. Si pensi a Stefano Rodotà. Dopo aver propugnato l'idea di persona "costituzionalizzata"²⁰, egli sostiene che la consacrazione della proiezione costituzionale della persona comporta «l'integrale recupero di quei diritti fondamentali che, a loro volta, individuano i beni funzionalmente legati a quei diritti e alla loro soddisfazione, senza che sia necessario passare attraverso il modello proprietario privatistico. Dunque, in primo luogo, i beni comuni»²¹. All'interno di questa inedita cornice, la nozione di «accesso» acquista nuova linfa. L'accesso si smarca dal diritto di proprietà seguendo un proprio percorso: così l'accesso non è più collegato alla acquisizione di un formale titolo di proprietà. Ciò che rileva è il diritto individuale a non essere escluso ad opera di altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni. Dunque, «diritti fondamentali, accesso, beni comuni disegnano una trama che ridefinisce il rapporto tra il mondo delle persone e il mondo dei beni»²². Ne consegue che comuni sono i beni «essenziali per la sopravvivenza (l'acqua, il cibo) e per garantire eguaglianza e libero sviluppo della personalità (la conoscenza)»²³.

Si coglie con evidenza il divario rispetto alla dimensione individualistica che permea la ricordata dicotomia. La teoria dei beni comuni accede ad una prospettiva basata sull'idea di comunità. La comunità non è l'aggregato delle sue parti, ma è una organizzazione con una propria identità, in quanto struttura preposta al soddisfacimento di esigenze condivise. Prima degli interessi individuali vengono gli interessi di tutti, concepiti alla stregua di un "ecosistema" di interazioni. Il bene comune non può, a differenza della proprietà pubblica e di quella privata, ridursi a mero oggetto. Una teoria del bene comune deve rimuovere la netta sepa-

²⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, 140 ss.

²¹ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*, III ed., Bologna 2013, 477.

²² S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 464.

²³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 469.

razione tra soggetto ed oggetto, sulla quale riposa la logica meccanicistica e riduzionistica dell'illuminismo.

Quando si afferma che i beni comuni sono «beni fisiologicamente di appartenenza collettiva»²⁴, si allude non tanto ai soggetti ai quali l'ordinamento riconosce il diritto soggettivo di proprietà, quanto alla platea di individui legittimati a trarre beneficio dall'utilizzazione dei beni stessi.

L'individuazione dei beni comuni procede dalla selezione di quelle cose che, attualmente ascritte dal diritto positivo alla categoria dei beni pubblici e, in alcuni casi, anche di proprietà privata, presentano caratteri di inescludibilità, di rivalità, di esauribilità, e riflettono la loro vocazione teleologica al concreto godimento dei diritti fondamentali.

Nei suoi *Principia iuris* Ferrajoli qualifica i beni comuni come oggetto di diritti individuali negativi cui corrispondono divieti *erga omnes* di lesione. Al pari dei beni personalissimi, la garanzia dei beni comuni risiede nella loro indisponibilità. I beni comuni, quale patrimonio comune dell'umanità, sono oggetto di una «situazione collettiva composta dai diritti di uso e di godimento ascritti a tutti gli essere umani in quanto componenti del genere umano»²⁵.

Molto dei beni comuni può essere colto polarizzando l'attenzione sulla natura giuridica del godimento collettivo evocato dai teorici di tali beni²⁶. Per Rodotà, ad esempio, è la logica del “comune” e non quella della “comunità” a supportare l'idea stessa di bene comune. Si tratta evidentemente di un approccio teorico che enfatizza la persona quale centro di interesse²⁷. Per Maria Rosaria Marella, invece, è la comunità il punto di riferimento, «in ragione dei legami sociali di solidarietà che esistono o dovrebbero instaurarsi in relazione alla fruizione del bene comune»²⁸. È chiara l'incidenza che la specifica tipologia di bene comune ha sulla definizione di tale dilemma: per alcuni beni comuni la dimensione individuale è più spiccata, mentre per altri la dimensione collettiva è destinata a dominare.

La gestione dei beni comuni è rimessa a strutture organizzative, non previamente identificabili, nelle quali è destinato ad imporsi il principio

²⁴ A. LUCARELLI, *Introduzione. Verso una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo* 2007, 3.

²⁵ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, Roma-Bari 2007, 779.

²⁶ V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni*, cit., 16 ss.

²⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 123.

²⁸ M.R. MARELLA, *Per un diritto dei beni comuni*, in Id. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, Verona 2012, 19 ss.

della democrazia comunitaria. Nel *Manifesto* di Mattei i beni comuni assergono a «base della democrazia partecipativa autentica, fondata sull'impegno e sulla responsabilità di ciascuno nel raggiungimento dell'interesse di lungo periodo di tutti»²⁹. I consociati non sono più soltanto consumatori o utenti finali, ma compartecipi della corretta amministrazione di tali risorse scarse, attraverso poteri di partecipazione, di consultazione, di codecisione, di controllo.

Sintetizzando con Rodotà, i beni comuni: a) sono a titolarità diffusa, ossia appartengono a tutti e a nessuno e dunque nessuno può vantare pretese esclusive; b) devono essere amministrati partendo dal principio di solidarietà; c) incorporando la dimensione dell'avvenire, devono essere gestiti anche nell'interesse delle generazioni future³⁰.

Svincolati dal modello demaniale, i beni comuni si sottraggono ai processi di privatizzazione. In quanto non escludibili, rivali, esauribili, i beni comuni «devono essere governati e gestiti in funzione dei diritti fondamentali da soddisfare della comunità, quali beni collocati fuori commercio»³¹.

4. Il contributo dell'analisi economica: cenni essenziali

Nell'analisi economica del diritto, la distinzione tra beni pubblici, comuni e privati si basa sulle proprietà di escludibilità/inescludibilità e di rivalità/non rivalità dei beni³². La seguente tabella descrive questa distinzione:

Bene pubblico	Inescludibile	Non rivale
Bene comune	Inescludibile	Rivale
Bene privato	Escludibile	Rivale

L'inescludibilità è imputabile a ragioni di ordine tecnico o economico. Se un bene possiede questa caratteristica non può essere oggetto di diritti di proprietà e di uso esclusivi e, pertanto, di alienazione attra-

²⁹ U. MATTEI, *Beni comuni*, cit., 60.

³⁰ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 472 s.

³¹ A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit.

³² L. RAMPA, Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Politica del diritto* 2014, 253 ss.

verso scambi sul mercato o contratti. Un bene è rivale se, quando è goduto da qualcuno, è sottratto al consumo altrui.

Sulla “non rivalità” occorre precisare che l’ingresso di un nuovo fruitore determina una riduzione marginale dell’altrui godimento (congestione). Se per molti beni (si pensi al mare o anche alle strade pubbliche non trafficate), questa diminuzione si rivela nulla o trascurabile trascurabile se non nulla, nel caso di congestione temporanea la perdita marginale assume rilevanza. Ad esempio, in termini generali la conoscenza è “non rivale”. Però, una inedita e puntuale conoscenza, pur potendo essere acquisita senza rivalità, può dar luogo, in termini di utilizzazione a fini economici, al riconoscimento di diritti esclusivi. Per questa ragione, non è rara la distinzione tra beni pubblici puri e beni pubblici non puri.

L’analisi economica dimostra che un bene pubblico puro, ove si tratti di un bene prodotto, costituisce una ipotesi di fallimento del mercato difficile da correggere. Ne consegue che è desiderabile riconoscerne la proprietà in capo alle pubbliche istituzioni, chiamate anche a garantirne la fornitura. Stando così le cose, detti beni sono inescludibili, non alienabili e, dunque, beni sottratti alle transazioni tipiche del mercato. La non rivalità, in questi casi, favorisce i *free riders*, che non hanno alcun incentivo a collaborare. Pertanto, non sussiste alcuna possibilità di assicurarne la produzione e il consumo a livello socialmente efficiente in virtù della mera razionalità autointeressata.

Ebbene, l’elemento di discriminazione tra i beni pubblici puri e i beni comuni riposa proprio sulla rivalità, in quanto essa ridimensiona l’esterneità positiva a favore del *free rider*.

Il legislatore può decidere che un bene pubblico (si pensi ad nuova conoscenza) rinunci, almeno temporaneamente, a queste proprietà, così da consentire, solo in maniera transeunte, diritti privati di uso con finalità di profitto. Se è vero che ciò determina la nascita di un monopolio, è altrettanto probabile che ne conseguano anche benefici in termini di innovazioni, tali da determinare anche una utilità sociale. In questi casi, il bene pubblico diviene bene comune (*creative o knowledge common*).

Quanto ai cd. beni meritori, lo Stato ne riconosce l’inalienabilità e la inescludibilità al fine di assicurarne la fornitura secondo logiche diverse da quelle dominanti nei mercati: i casi dell’istruzione e della sanità sono le esemplificazioni più significative.

Relativamente ai beni meritori, la tendenza più diffusa è quella di riconoscere, quale fondamento di tale opzione, un atteggiamento paternalistico dello Stato, mosso dalla consapevolezza che l’autonomia indivi-

duale non sempre è in grado di percepire l'importanza della acquisizione di certi beni, essenziali per il godimento effettivo dei diritti fondamentali, anche a costo di sacrifici o risparmi non voluti. In presenza di *market failures* lo Stato si sostituisce alle libere determinazioni individuali per imporre l'accesso a tali beni: il caso della previdenza obbligatoria è illuminante. Posto che, in questi casi, lo Stato persegue finalità di giustizia sociale e di equa redistribuzione della ricchezza nazionale, i caratteri giuridici di escludibilità/non escludibilità e di alienabilità/non alienabilità dipendono non tanto dalla natura intrinseca di tali beni, quanto dalla necessità, costituzionalmente imposta, di presidiare l'effettivo godimento dei diritti fondamentali universalmente riconosciuti.

D'altro canto, l'analisi economica non sempre è concorde nell'identificare i beni appartenenti a questo *tertium genus*.

L'aria e il mare sono considerati beni pubblici puri, e una loro qualificazione come beni comuni non persuade neppure ponendo l'accento sulla loro essenzialità rispetto all'esercizio dei diritti fondamentali.

La rete internet è un bene pubblico puro. Le cose potrebbero cambiare se e quando si assisterà ad una saturazione della stessa, che porrà problemi di rivalità.

La considerazione della dimensione funzionale può aiutare a tracciare una linea di confine tra i *commons* e i beni e servizi volti ad appagare pretese di prestazioni in nome dei diritti sociali. Invero, mentre i beni comuni sono oggetto di diritti consistenti in aspettative negative cui corrispondono i divieti *erga omnes* di lesione, i diritti sociali sono oggetto di diritti positivi, cioè aspettative positive cui corrispondono obblighi di prestazione.

Sicché, la sovrapposizione tra queste due tipologie di beni rischia di confondere il servizio in sé con i beni di cui esso è costituito (libri, farmaci) la cui acquisizione è lasciata alla libera scelta, sia pure sotto il controllo pubblico e a prezzi sussidiati.

Elinor Ostrom ha dimostrato che vi sono beni comuni esposti, a causa della loro rivalità, al rischio di un esubero di sfruttamento, così da gravare sulle future generazioni: non solo le classiche risorse naturali, ma anche *cultural commons* che, ad esempio, nel nostro ordinamento sono ricondotti tra i beni demaniali o nel patrimonio indisponibile dello Stato.

Proviamo ad indugiare sull'acqua intesa come *res* indistinta.

Il suo inserimento nel *genus* dei beni comuni è problematico (al pari dell'aria), potendo essa essere intesa:

- ora come risorsa naturale;

- ora come infrastruttura per la sua raccolta e distribuzione;
- ora come bene finale di consumo;
- ora come un insieme di tutte queste cose.

L'inserimento dell'acqua tra i beni comuni, se intesa come risorsa naturale, è coerente con le caratteristiche economiche e funzionali di questo *tertium genus*. La nostra Corte costituzionale, nella sentenza n. 259 del 1996, ha focalizzato l'attenzione «sull'acqua (bene primario della vita dell'uomo), configurata quale “risorsa” da salvaguardare, sui rischi da inquinamento, sugli sprechi e sulla tutela dell'ambiente, in un quadro complessivo caratterizzato dalla natura di diritto fondamentale a mantenere integro il patrimonio ambientale», e ha affermato «che la “pubblicità delle acque” ha riguardo al regime dell'uso di un bene divenuto limitato, come risorsa comune, mentre il regime (pubblico o privato) della proprietà del suolo in cui esso è contenuto diviene indifferente in questa sede di controllo di costituzionalità».

Si pensi anche ad un altro caso, oggi di grande attualità, ossia il genoma umano.

Una sequenza potrebbe congiuntamente possedere caratteristiche di inescludibilità al fine della ricerca e rivalità qualora brevettabile per scopi di produzione farmaceutica, poiché in tal caso potrebbe essere mantenuta segreta per essere sfruttata a scopi commerciali.

La Dichiarazione Universale sul Genoma Umano ed i Diritti dell'uomo, all'art. 4, stabilisce che «il genoma umano al suo stato naturale non può dar luogo a profitto», e preclude soltanto le condotte di sfruttamento economico di parti del genoma allo stato naturale, vale a dire parti prelevate da un organismo vivente e opportunamente isolate, ma non impedisce che le stesse condotte vengano realizzate su copie artificialmente prodotte del genoma o di parti di esso³³.

³³ In un parere reso nel 1994, il Comitato Nazionale di Bioetica, pur rimarcando la necessità di una equa condivisione fra tutti gli Stati dell'accesso all'applicazione, alla utilizzazione ed allo sfruttamento dei nuovi risultati conseguiti dalla ricerca sul genoma umano, non ha chiarito se le nuove conoscenze siano «invenzioni», come tali sfruttabili mediante brevetti, o se, al contrario, siano «scoperte», in quanto tali a disposizione di tutti, alla stregua di un bene comune. Dal canto suo, la direttiva 98/44/CE stabilisce che non si può brevettare la sequenza di un gene in quanto tale, ma solo una sua specifica applicazione. Il 13 giugno 2013 la Corte suprema degli Stati Uniti ha escluso la brevettabilità dei geni umani: *Association for Molecular Pathology, et al., v. Myriad Genetics, et al.*, 569 U. S. _ (2013). Myriad non ha creato o alterato informazioni genetiche codificate nei due geni, giacché la collocazione e la sequenza dei nucleotidi esisteva in natura prima di esservi ritrovata, e non ha neppure creato o alterato la struttura genetica del DNA. La ri-

L'inalienabilità dei diritti sul genoma umano, in quanto parte del corpo, potrebbe essere giustificata nei termini dei cd. beni personalissimi.

La brevettabilità delle sequenze genetiche potrebbe produrre danni sociali. Seguendo, quindi, la tesi concepita dalla Ostrom, sulle combinazioni efficienti di diritti volti a garantire l'accesso a tutti, la non brevettabilità delle sequenze naturali potrebbe non impedire il riconoscimento di parziali diritti esclusivi sulle sequenze artificiali, così da promuovere una più estesa e rapida diffusione della conoscenza.

Infine, sempre secondo l'analisi economica, la natura collettiva del diritto di godimento discende dal carattere della inescludibilità dei beni comuni. La regolamentazione è necessaria per evitarne il depauperamento a causa della rivalità.

Dal canto loro, i diritti di disposizione possono, in linea di principio, essere attribuiti a soggetti di natura diversa, ossia pubblica, collettiva e privata, ma pur sempre a condizione che siano garantiti l'accesso e la fruizione collettiva. Il diritto di disposizione è più o meno efficiente a seconda che l'alienabilità comporti rischi di esclusione dal godimento e di depauperamento più o meno vistosi.

Il diritto di gestione può, a sua volta, essere disgiunto dal godimento e dalla disposizione. L'efficienza sociale di tale opzione dipende dalla sua capacità di agevolare e rendere meno costosi l'accesso e il godimento: si pensi al caso dell'acqua.

L'inalienabilità e la non appropriabilità, tipiche delle *res communes omnium* (beni pubblici puri in quanto non rivali), sono caratteristiche suscettibili di essere estese anche a molti beni comuni naturali, quali laghi, fiumi, torrenti, foreste, spiagge, lidi. Appare desiderabile sottoporre a regolamentazione l'appropriazione della fauna ittica o forestale ai fini della loro conservazione.

Ora, se dalla proprietà pubblica è escluso il diritto di disposizione si potrebbe sostenere che la proprietà non sia "pienamente" in capo Stato o agli enti pubblici territoriali, così da porre un argine alle privatizzazioni. Tuttavia, ciò non appare sufficiente al fine di immaginare il riconoscimento di un titolo di proprietà in capo ad una collettività indistinta. I titoli di proprietà, per essere efficienti, devono essere ben specificati dall'ordinamento quanto al titolare. Inoltre, le collettività possono essere

cerca si è limitata a scoprire l'esatta collocazione e sequenza dei due geni all'interno dei cromosomi 13 e 17.

molteplici e dalla conformazione organizzativa altrettanto variabile. Ancora seguendo il ragionamento sviluppato dalla Ostrom, diritti di godimento più ristretti sarebbero più efficienti a condizione che le predette collettività risultino ben definite e che tali diritti siano ottimamente regolati in vista della conservazione del bene comune.

5. *Intorno al fondamento costituzionale dei beni comuni*

Le privatizzazioni rappresentano il principale pericolo che insidia l'integrità e la destinazione funzionale dei beni comuni. Le privatizzazioni sono il frutto di decisioni assunte discrezionalmente dal legislatore ordinario. Per arginare l'ondata di privatizzazioni appare, dunque, logico immaginare di rinvenire in Costituzione il fondamento normativo dei beni comuni, sì da condizionare e limitare la discrezionalità del legislatore ordinario. È, quindi, comprensibile lo sforzo posto in essere dai fautori della teoria dei beni comuni, volto a cercare nella Costituzione la base giuridica di tali beni³⁴.

Diversamente da altre carte costituzionali – si pensi alla Costituzione dell'Ecuador del 2008 e a quella colombiana del 2009 –, la nostra non prevede espressamente i beni comuni, né come categoria generale, né in forza di specifiche previsioni dedicate a particolari beni ascrivibili a questa tipologia.

Ora, leggendo la nostra legge fondamentale viene da pensare immediatamente all'art. 42 nel senso però di ostacolo al riconoscimento della rilevanza costituzionale dei beni in parola. Ebbene, i fautori della teoria dei beni comuni, per confutare questo argomento, ragionano così:

- questa previsione rispecchia la volontà di riconoscere ai due regimi proprietari la medesima dignità dal punto di vista costituzionale³⁵. La garanzia costituzionale della proprietà privata, anche alla luce del precedente rappresentato dall'art. 29 dello Statuto albertino, doveva considerarsi un dato acquisito. Il riconoscimento costituzionale della proprietà pubblica riflette la consapevolezza che, in uno Stato sociale di diritto, la

³⁴ D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rassegna dir. pubbl. eur.*, 2, 2014, 63 ss..

³⁵ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma 1963, 452 s.; S. RODOTÀ, *Commento all'art. 42*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1982, 169.

presenza di beni intestati ai poteri pubblici è una delle condizioni indefettibili affinché lo Stato possa assolvere alla funzione interventista ad esso assegnata;

- l'art. 42 riposa su di una premessa ideologica divergente da quella posta a fondamento dei beni comuni. Come ha insegnato Pugliatti, il regime del diritto di proprietà rispecchia la struttura delle relazioni economiche e sociali caratteristiche di una data epoca³⁶. Negli anni di avvio della Costituzione repubblicana la struttura delle predette relazioni non si conciliava con l'idea di beni comuni affiorata in epoca più recente.

La base costituzionale dei beni comuni può, dunque, essere rinvenuta:

- nell'art. 43, che, riferendosi a «comunità di lavoratori o di utenti», pare alludere ad una gestione partecipata, in seno alla comunità, di servizi che potrebbero inerire proprio a beni comuni³⁷;

- nel combinato disposto degli artt. 2 e 3, secondo comma. I beni comuni sono portatori di una visione solidaristica e cooperativa. Ai consociati è imposto l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Il fine di giustizia sociale, immanente al principio di eguaglianza sostanziale, può trovare nei beni in parola uno strumento prezioso al fine di garantire il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla vita comunitaria;

- relativamente a taluni beni comuni, altre previsioni costituzionali potrebbero ben assolvere tale funzione legittimante. Quanto, in particolare, ai beni comuni ambientali è giocoforza pensare al combinato disposto degli artt. 9 e 32.

In sintesi, dal dettato costituzionale parrebbero affiorare alcuni elementi idonei a fungere da basi normative dei beni comuni: coesione economico-sociale, sostenibilità ambientale, servizi universali, giustizia sociale, tutti elementi utili per ricomporre il quadro costituzionale dei beni in parola³⁸.

³⁶ S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, 147.

³⁷ M.R. MARELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2011, 106; U. MATTEI, *Beni comuni*, cit., 106.

³⁸ A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il «pubblico» e la Costituzione*, in *costituzionalismo.it* 2013; A. LUCARELLI, *Beni comuni*, cit., 2014.

ATTUALITÀ

Bene comune e scelta del regolatore

Fulvio Costantino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione dalla legge Galli all'AEEGSI. – 3. La tariffa. – 4. La concorrenza. – 5. La tutela dei consumatori. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Introduzione.* – Al di là della discussione sul significato che si attribuisce all'espressione *bene comune*, in particolare in riferimento all'acqua¹, non sfugge a nessuno l'importanza della risorsa e la sua differenza qualitativa rispetto agli altri beni, sia in senso economico che giuridico².

Ma proprio per queste ragioni ci si deve porre, e si tenterà di farlo con questo contributo, una domanda semplice: l'attuale autorità di regolazione, classificata tra le indipendenti, l'AEEGSI, è in grado di regolare efficacemente il settore idrico? E, più a fondo: l'AEEGSI è un'autorità neutrale rispetto alle varie ipotesi, permanentemente in campo, di politiche del settore idrico?

Fin dai tempi della legge Galli si era discusso circa l'opportunità di istituire un'Autorità indipendente delle risorse idriche, eppure non vi si era mai provveduto. La situazione attuale vede la regolazione del settore idrico far capo ad un'autorità indipendente, ma non costituita *ad hoc*: si è deciso di creare una se-

¹ Per tutti, A. CIERVO, *Il diritto all'acqua, la costituzione e i beni comuni. Ragionando attorno al libro di Ugo Mattei e Alessandra Quarta, "L'acqua e il suo diritto"* in *Dir. Pub.*, 2014, 683.

² Sia permesso di rimandare, per tutti i riferimenti bibliografici su questi temi, ai miei precedenti contributi: *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010*, *Rivista AIC*, 2011; *La guerra dell'acqua. dalla proprietà del bene alla gestione del servizio, ibidem*, 2011; *La proprietà delle reti dei servizi pubblici locali – in particolare del servizio idrico, ibidem*, 2012. Quanto ai contributi più recenti, e senza alcuna pretesa di completezza, si v. *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, a cura di M. Andreis, Torino 2015; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano 2012; R. BRIGANTI, *Il diritto all'acqua: tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Napoli 2012; F. BRUNO, *Tutela e gestione delle acque: pluralità di ordinamenti e governance multilivello del mare e delle risorse idriche*, Milano 2012; D. CASALINI, *Fondamenti per un diritto delle acque dolci*, Torino 2014; *L'acqua e la sua gestione: un approccio multidisciplinare*, a cura di Marina Gigante, Napoli, 2012; C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, Napoli, 2013; U. MATTEI, A. QUARTA, *L'acqua e il suo diritto*, Roma 2014; *L'acqua e il diritto*, a cura di G. Santucci, A. Simonati et al., Trento 2011.

zione all'interno di una autorità indipendente già esistente, e le si sono attribuiti compiti relativi al servizio idrico.

Che l'autorità si occupi "anche" del servizio idrico, è una soluzione adeguata rispetto al compito affidatole? L'attuale configurazione, lo scopo, il *modus operandi* dell'Autorità sono appropriati alle finalità che si vuole perseguire?

L'analisi dell'autorità di riferimento non appare una ricerca oziosa. Una delle più ricorrenti tesi sostiene la non centralità della proprietà del bene idrico, e neppure del dilemma circa la concorrenza tra soggetto pubblico o privato nell'affidamento della gestione del servizio, bensì mette in evidenza la centralità della regolazione e del regolatore³. Se l'argomento, come molti sostengono, è di questo tipo, allora l'analisi del regolatore è decisiva.

2. *L'evoluzione dalla legge Galli all'AEEGSI*. – La legge Galli, nel 1994, prevedeva l'istituzione di un'autorità di settore di gestione del servizio idrico, precisamente di un *Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche*, affiancato da un *Osservatorio dei servizi idrici*, la cui missione sarebbe consistita nella garanzia dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità del servizio, della regolare determinazione ed adeguamento delle tariffe sulla base dei criteri fissati dal Comitato interministeriale dei prezzi (CIP), nonché della tutela dell'interesse degli utenti. Il Comitato era istituito presso il Ministero dei lavori pubblici, e quindi tutt'altro che in posizione di indipendenza. Il ruolo di questa autorità, a dispetto della norma abbastanza scarna, avrebbe dovuto essere rilevante: la legge infatti consacrava l'idea di una gestione industriale del servizio idrico. In relazione all'apertura del servizio al mercato e alla possibile alternanza/compresenza di soggetti pubblici e di soggetti privati nella gestione, il ricorrere di una più penetrante forma di regolazione risultava ineludibile.

In pochi anni dall'istituzione del Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche previsto dalla legge Galli si è cercato, seppur confusamente, di trovare una sistemazione adeguata ad un organismo di regolazione del settore. All'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti prevista dal Codice dell'Ambiente e, al di poco successivo risorto Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (COVIRI) ha poi fatto seguito la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche (CONVIRI)⁴, istituita stavolta presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

³ Convintamente, F. CAPORALE, *Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici*, *Munus*, 2013, 30: «Una messe di studi empirici hanno dimostrato che non contano né la proprietà delle imprese né la disciplina dell'affidamento (con o senza gara) per la qualità delle prestazioni nello svolgimento di attività di interesse generale: invece, quelle che contano e che devono rimanere necessariamente pubbliche, affinché i servizi pubblici siano forniti in maniera efficace ed efficiente, sono le funzioni di indirizzo, controllo e regolazione».

⁴ Prevista dall'art. 9-bis, comma 6, del d. l. n. 39 del 28 aprile 2009: si tratta del decreto riguar-

Come suggeriscono già le denominazioni, non si è allora avuto il coraggio di istituire un'Autorità indipendente vera e propria⁵. Si è però invocata espressamente la costituzione di un'*Authority* che provvedesse alla regolazione dei meccanismi tariffari e della qualità, alla redazione e revisione dei Piani d'Ambito, alla stesura di atti relativi⁶, alla previsione di incentivi e sanzioni per i gestori, all'indirizzo e controllo degli affidamenti e della gestione, alla rilevazione dei dati provenienti dalle diverse gestioni e alla comparazione delle *performance*. Ad enti locali e/o alle AATO sarebbero residuati compiti di regolazione connessi alla situazione del territorio⁷.

Tale soluzione è apparsa la più razionale: il rischio di cattura del regolatore, da parte dei grandi operatori, molto attrezzati sul piano economico e tecnico, sarebbe stato troppo elevato.

Anche come conseguenza delle critiche formulate dai molti favorevoli a un maggior intervento dei privati nella gestione dei servizi ma critici verso l'attuale assetto regolatorio, il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, nell'ambito di un "intervento urgente per l'economia", ha previsto l'istituzione dell'"*Agenzia nazionale di vigilanza sulle risorse idriche*" (art. 10), con il compito di sostituire il CONVIRI⁸. Ad essa sono state assegnate molte delle funzioni che da più parti si erano richieste⁹. In particolare costituiscono due novità auspicite il potere di sanzionare i gestori che non forniscono i dati e la revisione del metodo tariffario senza necessità di un decreto del Ministro dell'ambiente.

L'aspetto giuridicamente più interessante riguardava l'indipendenza del nuovo organo, conseguente in parte alla sua qualificazione giuridica. Si sarebbe trattato – a voler comunque prendere sul serio la denominazione – di un'Agenzia amministrativa, e quindi neppure in questa ipotesi di un'Autorità indipendente in senso stretto. Come noto, le Agenzie sono caratterizzate da *expertise* tecnica, ma non di indipendenza rispetto all'esecutivo, rispetto al quale si pon-

dante «*Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile*».

⁵ Si pensi all'assenza del potere di fissazione delle tariffe, e alla dipendenza gerarchica dal Ministero dell'Ambiente e del Territorio. Tuttavia, mentre il precedente Coviri (Comitato per la Vigilanza sull'uso delle risorse idriche) era un ente indipendente e rispondeva solo al Parlamento, il Conviri era incardinato presso il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare.

⁶ Ci si riferisce a convenzioni di gestione, disciplinari tecnici, documenti di gara.

⁷ Con riferimento al singolo Piano d'ambito, all'affidamento del servizio, ai controlli sulla qualità del servizio e sulla tutela ambientale, alla fissazione della tariffa.

⁸ I primi commenti di G. NAPOLITANO, *Acqua e Poste: l'ibrido delle due Agenzie, firstonline.info*; D. AGUS, *Le agenzie per le risorse idriche e per il settore postale. L'importanza di chiamarsi Autorità*, 2011, *nelmerito.com*. I compiti dell'Agenzia quindi non sono stati assegnati all'AEEG, come in un primo momento ipotizzato.

⁹ Definizione e vigilanza dei livelli minimi di qualità del servizio, delle componenti di costo per la determinazione delle tariffe, del metodo tariffario; approvazione delle tariffe; verifica del piano d'ambito, degli indici di valutazione dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni; predisposizione delle convenzioni tipo.

gono come braccia operative¹⁰. In questo senso l'indipendenza non era particolarmente marcata¹¹, e il controllo del Governo era presente¹². L'Agenzia è risultata quindi ancora insoddisfacente per chi aspirava ad un'Autorità fortemente indipendente, in grado di regolare un settore aperto alla concorrenza e di controllare la gestione di un servizio di centrale importanza.

I poteri sono stati infine affidati all'Autorità per l'energia elettrica e il gas¹³. Ad essa sono stati trasferiti i poteri della mai nata Agenzia¹⁴.

Qui sorgono le questioni più spinose. Le autorità indipendenti, quale certamente anche l'AEEGSI, operano in settori nei quali il settore è in via di liberalizzazione, in cui siano in atto processi di privatizzazione, in cui sia in corso un processo di integrazione del mercato europeo¹⁵. Ricondurre il settore idrico sotto l'egida di un'autorità indipendente, invece che di un'agenzia, se pren-

¹⁰ Tuttavia, in favore della qualificazione come autorità indipendente, si è rilevato come si trattasse di tutelare interessi particolarmente sensibili, riconducibili alla collettività e non all'amministrazione apparato, e i compiti fossero comunque quelli propri di un'autorità di regolazione e vigilanza; inoltre la pretesa di indipendenza non avrebbe potuto essere eccessiva, dal momento che si trattava di un ente che svolgeva regolazione settoriale e non di garanzia del mercato e che il processo di privatizzazione, liberalizzazione e integrazione del mercato non era ad uno stadio avanzato: G. NAPOLITANO, *cit.*

¹¹ Da un lato in favore dell'indipendenza si poteva rilevare come l'Agenzia fosse definita un soggetto giuridicamente distinto e funzionalmente indipendente dal Governo, operante sulla base di principi di autonomia organizzativa, tecnico-operativa e gestionale, di trasparenza e di economicità e svolgente le proprie funzioni con indipendenza e di giudizio, con il finanziamento degli operatori. Inoltre la designazione dei membri, così come il riferimento alla loro competenza e professionalità e le norme sull'incompatibilità, sembravano ricordare una autorità indipendente. La designazione dei componenti sarebbe stata effettuata dal Governo, sebbene per la nomina servisse il parere favorevole di due terzi dei membri delle commissioni parlamentari. G. NAPOLITANO, *cit.*

¹² Le norme per il funzionamento da definire con decreti del Presidente del Consiglio; il Governo avrebbe avuto il potere di sciogliere l'Agenzia per gravi e motivate ragioni inerenti al suo corretto funzionamento e al perseguimento dei suoi fini istituzionali; lo statuto e il regolamento sarebbero stati di approvazione governativa. Inoltre la durata del mandato dei membri, sarebbe stata inferiore a una legislatura (triennale rinnovabile una sola volta): il Direttore Generale sarebbe stato nominato dal Governo, così come il Collegio dei Revisori.

¹³ Per effetto dell'art. 20, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (cd. Salva Italia), conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214. L'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico è stata istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481. Essa è un organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri nominati con decreto del Presidente della Repubblica. La procedura di nomina prevede il parere vincolante, a maggioranza dei 2/3 dei componenti delle Commissioni parlamentari competenti, sui nomi proposti dal Ministro dello Sviluppo economico e approvati dal Consiglio dei Ministri.

¹⁴ Al comma 13 ha soppresso l'agenzia e al comma 19 ne ha trasferite le funzioni. Su questo tema D. AGUS, *Le Agenzie per le risorse idriche e per il settore postale. L'importanza di chiamarsi autorità*, 2011, *nelmerito.com* e F. SCLAFANI, L. ZANETTINI, *L'Autorità per l'energia elettrica e il gas, astrid-online.it*.

¹⁵ G. NAPOLITANO, *cit.* Non solo, ma l'autore, commentando la scelta allora effettuata di costituire un'Agenzia, aveva osservato che la scelta fosse funzionale al minore tasso di privatizzazione, liberalizzazione, integrazione. Ragionando per analogia, si comprende che la scelta di inserire la regolazione dell'acqua in un'Autorità manifesti la volontà di procedere nella via della liberalizzazione. In favore della liberalizzazione del settore idrico, si v. G. PIPERATA, *Liberalizzazioni e interesse generale: il caso del servizio idrico integrato, Diritti Lavori Mercati*, 2015, II, 1.

diamo sul serio la diversità terminologica, non significa forse collocare anzitutto fuori dall'area governativa il settore idrico. Ma questo non può essere ridotto a una semplice affermazione. Va verificata.

L'Autorità per l'energia elettrica il gas è stata istituita con la legge 14 novembre 1995, n. 481 con il compito di «*tutelare gli interessi dei consumatori e di promuovere la concorrenza, l'efficienza e la diffusione di servizi con adeguati livelli di qualità, attraverso l'attività di regolazione e di controllo*». Con il trasferimento all'Autorità, le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, sono «*esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità*». Tuttavia, quanto alle finalità, se per quanto riguarda l'energia elettrica e il gas, l'Autorità deve «*garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza*», assicurare «*la fruibilità e la diffusione [dei servizi] in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori*», per quanto attiene ai servizi idrici il riferimento alla concorrenza non è contenuto né nel Salva Italia, né nella legge di istituzione dell'Agenzia¹⁶, bensì nell'art. 141 del Codice dell'ambiente, il quale tratta di *tutela* della concorrenza, e non di *promozione*¹⁷. Pare tuttavia che tali termini vengano considerati sinonimi¹⁸.

3. *La tariffa*. – Per tentare un'analisi più approfondita dell'attività dell'auto-rità, prenderemo ad esame tre delle sue funzioni fondamentali, oggetto di vivo dibattito nell'opinione pubblica.

¹⁶ «Al fine di garantire l'osservanza dei principi contenuti nel decreto legislativo 3 aprile 2006 n.152 in tema di gestione delle risorse idriche e di organizzazione del servizio idrico, con particolare riferimento alla *tutela dell'interesse degli utenti, alla regolare determinazione e adeguamento delle tariffe, nonché alla promozione dell'efficienza, dell'economicità e della trasparenza nella gestione dei servizi idrici*, è istituita (...) l'Agenzia nazionale di vigilanza sulle risorse idriche».

¹⁷ È noto come la Corte, ai fini del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni non distingue tra tutela e promozione. Si v. la sentenza 125 del 2014: «promozione della concorrenza, che costituisce una delle leve della politica economica statale e, pertanto, non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» (sentenze n. 299 del 2012, n. 80 del 2006, n. 242 e n. 175 del 2005, n. 272 e n. 14 del 2004). In particolare, con riferimento alle misure di liberalizzazione, questa Corte ha avuto modo di affermare che «la liberalizzazione da intendersi come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. (...) L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale» (sentenze n. 299 e n. 200 del 2012).

¹⁸ Almeno a voler prendere sul serio il sito *internet* (e non è affatto detto che lo si debba fare), nel quale le due voci vengono tranquillamente sovrapposte: «L'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico è un organismo indipendente, istituito con la legge 14 novembre 1995, n. 481 con il compito di tutelare gli interessi dei consumatori e di *promuovere* la concorrenza, l'efficienza e la diffusione di servizi con adeguati livelli di qualità, attraverso l'attività di regolazione e di controllo».

Il banco di analisi è costituito dal ruolo che ricopre l'AEEGSI rispettivamente: in rapporto alla determinazione della tariffa; alla concorrenza nella gestione tra operatori pubblici e privati; in rapporto alla tutela degli utenti/consumatori¹⁹.

Cominciamo dal primo.

Fin dalla legge Galli, si è stabilito che il servizio idrico dovesse essere economicamente autosufficiente²⁰, e quindi si è disegnato nella maniera più completa possibile il servizio, dalle attività di captazione fino allo smaltimento delle acque, e al tempo stesso si è stabilito che fosse assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio, secondo i principi del recupero dei costi e del "chi inquina paga". Tale impostazione è stata ribadita anche dalla Corte costituzionale, allorché ha dichiarato l'ammissibilità del *referendum*, sottolineando la necessità comunque di coprire i costi con i ricavi (26/2011).

L'idea dell'autosufficienza del servizio evidentemente punta a recuperare le risorse finanziarie anche per gli investimenti in infrastrutture, attraverso il ricorso alla tariffa e non alla fiscalità generale (il che avrebbe comportato un aggravio del debito pubblico). Sul punto, degli investimenti, da molti ritenuto decisivo rispetto al tema del finanziamento del servizio, il metodo tariffario normalizzato prevedeva che gli utenti pagassero nel tempo le opere: i gestori si sarebbero approvvigionati dei finanziamenti sul mercato dei capitali, rimborsandoli con i proventi tariffari.

Come noto, all'esito del *referendum* è stata abrogato l'inciso della norma contenuta ora nel Codice dell'ambiente, per la quale nella tariffa è ricompreso il corrispettivo dell'*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*.

Già in occasione dell'istituzione dell'Agenzia, a seguito del *referendum*, la legge²¹ aveva stabilito che l'Agenzia, e quindi l'AEEGSI, dovesse predisporre il metodo per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato²² e, suc-

¹⁹ Si v. *Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta*, 31 marzo 2016.

²⁰ La norma relativa, ereditata dalla cd. Legge Galli, semplicemente prevede che (art. 154, comma 1, d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152) «la tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo».

²¹ Art. 10, comma 14, lett. d), del d. l. 13 maggio 2011, n. 70, conv., con modificazioni, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

²² Attenendosi alla valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche, del costo finanziario della fornitura del servizio, dei costi ambientali e delle risorse, per l'attuazione dei principi del recupero dei costi ed il principio "chi inquina paga". La nuova disciplina prevede che, con decreto, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, su proposta dell'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui rifiuti, debba definire la tariffa. L'art. 3, dPCM 20 luglio 2012 ha previsto la definizione delle componenti di costo in capo all'Autorità: «definisce le componenti di costo

cessivamente²³, ha previsto l'aggiornamento dei criteri per determinare la tariffa²⁴. In virtù di questa attribuzione, l'Autorità ha prima previsto un provvedimento tariffario transitorio, da applicare per il biennio 2012-2013²⁵, all'esito di un procedimento che ha previsto anche una fase di consultazione²⁶, quindi ha introdotto il c.d. Metodo Tariffario Idrico per gli anni 2012/2015. La determinazione della tariffa del resto era avvenuta per anni secondo il dm 1 agosto 1996, e quindi certamente necessitava di un aggiornamento. In tal modo l'AEEGSI ha stabilito i criteri in base ai quali le Autorità d'ambito territoriale ottimale (d'ora innanzi Aato) avrebbero dovuto provvedere a definire le tariffe del servizio idrico integrato sui territori di propria competenza.

L'evoluzione della regolazione della tariffa, qui ricostruita per sommi capi, è centrale con riferimento al problema del rispetto, da parte dell'attuale disciplina, della volontà referendaria.

Si ritiene infatti che il *referendum* abrogativo abbia eliminato la voce relativa alla remunerazione «adeguata» del capitale, che veniva riconosciuta in modo obbligato, standardizzato ed *ex ante*: essa era tradotta in una percentuale assicurata del 7% del capitale investito la quale, in quanto parametro indipendente dall'andamento del settore, si traduceva in un profitto ulteriore e ingiustificato per il gestore. In questo senso, all'esito del *referendum* si ritiene non si possa più riconoscere al gestore una remunerazione del capitale fissa e garantita.

Ora, vengono riconosciuti in tariffa²⁷ i «costi delle immobilizzazioni, intesi come la somma degli *oneri finanziari*, degli *oneri fiscali* e delle quote di restituzione dell'investimento»²⁸.

– inclusi i costi finanziari degli investimenti e della gestione – per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, per i vari settori di impiego (...)» e «predispone e rivede periodicamente il metodo tariffario per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, di cui alla precedente lettera c) sulla base del riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio sostenuti dai gestori».

²³ Art. 21, comma 19, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, che ha modificato l'art. 2, comma 12, lett e), l. n. 481/95, per farvi rientrare anche il servizio idrico.

²⁴ Secondo l'andamento del mercato, e il recupero dei costi sostenuti per assicurare la qualità, l'efficienza e la diffusione del servizio, nonché la realizzazione degli obiettivi di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse.

²⁵ Si tratta della deliberazione 28 dicembre 2012, n. 585/2012/R/IDR: *Regolazione dei servizi idrici: approvazione del metodo tariffario transitorio (mtt) per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013*.

²⁶ Per la precisione, di due documenti, sulla tariffa (204/2012) e sul Metodo Tariffario Transitorio per gli anni 2012 e 2013 (290/2012). È bene anche ricordare che il Metodo non sarà applicato alle gestioni CIPE.

²⁷ *Ex art. 4 della delibera n. 585/12, «Definizione delle componenti di costo e approvazione della regolazione tariffaria», al punto 4.1, lett. a).*

²⁸ Calcolati con le formule contenute nell'articolo 18 dell'allegato «A».

Per coloro che approvano la nuova formulazione della tariffa, l'art. 154, c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, impone il rispetto, nell'articolazione delle voci tariffarie, dell'aderenza ai costi (c.d. principio del *full cost recovery*), e quindi rende legittimo ogni profitto realizzato *ex post* dal gestore come esito dei minori costi di gestione al di sotto dei costi *standard* fissati in tariffa. Si è quindi interpretato il passaggio referendario ritenendo che il problema risiedesse nella presenza di una componente fissa²⁹. Questo ragionamento non è accolto da chi ritiene che in tal modo la remunerazione del capitale investito ritornerebbe ad essere un criterio di calcolo della tariffa, in contrasto con l'esito referendario.

Il contenzioso innanzi al giudice amministrativo costituisce il banco di prova di questa vicenda. Grande attenzione ha destato la pronuncia con la quale il TAR Lombardia ha rigettato le censure avverso il metodo di calcolo della tariffa, ribadendo la natura del servizio idrico quale servizio di interesse economico, e confermando la necessità della copertura integrale dei costi³⁰.

²⁹ Si v. a commento della delibera, Assonime, *Il metodo tariffario transitorio per il calcolo delle tariffe idriche e la prima direttiva per la trasparenza della bolletta dell'acqua: sintesi delle principali novità*, Note e Studi, n. 2, 2013. Sul punto, in ottica favorevole alla tariffa, si legga M. MASSARUTTO, *L'acqua alla prova del fuoco*, *lavoce.info*: «Il metodo AEEG prevede che agli investimenti che non siano finanziati dalla fiscalità venga applicato un costo *standard* del capitale, calcolato in ogni periodo regolatorio sommando al rendimento base dei titoli di stato un premio che tiene conto del rischio specifico di settore. In modo uguale per tutti i gestori, qualunque sia il *mix* di fonti finanziarie che questi utilizzano, in modo da non privilegiare né ostacolare a priori nessuna forma di gestione e nessuna forma di finanziamento. Si noti che il metodo non esprime alcun tipo di preferenza verso il finanziamento di mercato: nessuno vieta alla fiscalità di farsi carico della spesa, se ci sono la volontà politica e i mezzi per farlo. In tal caso, espressamente previsto, in tariffa entreranno solo gli ammortamenti di quell'investimento, ma non gli oneri finanziari. E nessuno vieta alla Cassa DDPP, o ad altre istituzioni pubbliche, di prestare a tassi agevolati: in tal caso sarà il tasso agevolato, e non quello *standard*, a rilevare ai fini della tariffa. L'AEEG si limita a dire che, nella misura in cui ci si finanzia sul mercato, occorre prevedere in tariffa i mezzi per sostenere l'onere a condizioni di mercato. Ricorrere a un costo *standard ex ante*, anziché al rimborso degli oneri finanziari *ex post*, ha l'intento (virtuoso) di costringere il gestore a darsi da fare per ottimizzare la situazione: se riesce a fare meglio dello *standard*, potrà pure guadagnarci».

³⁰ Spiega S. VACCARI, *Il metodo tariffario del servizio idrico integrato alla luce del primo contenzioso*. *Munus*, 2014, 289 che la questione si è concentrata sull'interpretazione del concetto di «costo»: l'allegato «A» è inteso dall'autorità in senso economico, in maniera più ampia e differente rispetto alla nozione ricavabile dai principi contabili internazionali c.d. «I.A.S.» (International Accounting Standards) indicata dai ricorrenti. Nella prima lettura rientra anche il costo derivante dall'immobilizzazione di capitale proprio per effettuare investimenti nel settore idrico, in quanto il rischio d'impresa è identico a quello derivante dall'impiego di capitale preso a prestito, e l'art. 154 del Codice dell'Ambiente si limita a imporre la copertura integrale dei costi d'investimento. Non coprire il costo del primo capitale significherebbe dovere ricorrere al secondo, con un incremento degli oneri finanziari e quindi degli importi tariffari.

Ad ogni modo, la vicenda processuale non è terminata: il Consiglio di Stato ha rinviato all'ultimo trimestre del 2016 la trattazione del ricorso in appello contro il metodo tariffario. Nell'ultima ordinanza si è disposta una consulenza tecnica per assicurare la completezza dell'istruttoria ai fini di un compiuto giudizio. Di fatto, i giudici intendono approfondire la questione della voce tariffaria relativa alla copertura degli oneri finanziari, onde valutarne la conformità all'assetto normativo derivato dall'esito referendario.

Di questo tema si è occupato anche lo schema di decreto legislativo sulla disciplina sui servizi pubblici locali, di attuazione della legge Madia (124 del 2015), ed è in discussione il ddl di riforma del servizio idrico, di iniziativa popolare, attualmente al Senato³¹.

Il primo afferma alla lettera d), comma 1 dell'art. 25, quale criterio per la determinazione delle tariffe dei servizi, "l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito": esso appare ricalcare la formulazione testuale abrogata con l'approvazione del quesito referendario: già se ne denuncia la violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, desumibile dall'art. 75 della Costituzione³², e dell'art. 19, comma 1, lett. c), della legge Madia, la quale impone al legislatore delegato di tenere conto dell'esito referendario³³.

Ancora più centrale è il tema della tariffa nel ddl. Il problema dell'adeguatezza della stessa viene visto in funzione degli investimenti necessari: da questo punto di vista i comitati per la difesa della pubblicità dell'acqua propongono un sistema di finanziamento basato non solo – e non tanto – sulla leva tariffaria, quanto sulla finanza pubblica e la fiscalità generale, anche per evitare elevati incrementi tariffari³⁴.

³¹ *Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque.*

³² Si v. sul punto Corte cost. 199 del 2012, commentata da molti, tra i quali P. CARNEVALE, *Il vincolo referendario di non riproduzione della normativa abrogata fra giurisprudenza costituzionale e dottrina. Qualche riflessione alla luce della sentenza n. 199 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2013, 405; M. CECCHETTI, *L'organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra stato e regioni. un colosso giurisprudenziale dai piedi d'argilla*, in *federalismi.it*, 2012; P. CHIRULLI, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, *Federalismi.it*; S. DE GOTZEN, *Vincolo referendario per il legislatore e limiti a fronte dell'attivazione di meccanismi eccezionali di sostegno finanziario agli Stati*, *Le Regioni*, 2013, 203; M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore*, *Forum di Quaderni Costituzionali*; R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum*, *Federalismi.it*; S. LA PORTA, *Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum. brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, *Rivista AIC*, 2012; F. MERLONI, *Una sentenza chiara sull'aggravamento del "referendum", poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2013, 211; M. MIDIRI, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2014, 133.

³³ Lett. c): individuazione della disciplina generale in materia di regolazione e organizzazione dei servizi di interesse economico generale di ambito locale, compresa la definizione dei criteri per l'attribuzione di diritti speciali o esclusivi, in base ai principi di adeguatezza, sussidiarietà e proporzionalità e in conformità alle direttive europee; con particolare riferimento alle società in partecipazione pubblica operanti nei servizi idrici, risoluzione delle antinomie normative in base ai principi del diritto dell'Unione europea, *tenendo conto dell'esito del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*.

³⁴ Il ddl prevedeva che la tariffa, articolata per fasce di consumo, coprisse costi di gestione, ammortamenti degli investimenti finanziati con la finanza pubblica più il costo degli interessi del capitale; la fiscalità generale era chiamata a finanziare il quantitativo minimo vitale (50 lt/abitante/giorno) e altra parte di investimenti. La fiscalità generale avrebbe dovuto coprire gli investimenti relativi alle nuove opere, la finanza pubblica la ristrutturazione delle reti. Lo strumento di finanza pubblica proposto era la Cassa depositi e prestiti. Si tratta, ad ogni buon conto, di un progetto che è sconfessato dall'attuale testo normativo.

Su questo punto l'Autorità va per la sua strada: conferma la remunerazione intesa nel senso indicato, punta ad un innalzamento delle tariffe, ritenuto necessario per favorire gli investimenti nel settore, visto che sia le prime³⁵ che i secondi sarebbero molto inferiori a quanto necessario, dal momento che le risorse possono coprire solo una minima parte del fabbisogno di investimenti³⁷. La nuova regolazione economica introdotta dall'Autorità ha sì fatto crescere gli investimenti³⁸, seppure in maniera che l'AEEGSI stessa reputa ancora insufficiente³⁹.

4. *La concorrenza.* – In secondo luogo, va esaminato il ruolo dell'AEEGSI rispetto al tema della scelta del gestore nel settore idrico.

Da questo punto di vista, ci sono alcune linee di tendenza.

In primo luogo, dietro l'attuale operato dell'autorità, vi è espressa l'idea che il raggiungimento di adeguate economie di scala e l'affidamento della gestione del servizio a soggetti industrialmente organizzati, che possiedono il *know-how* necessario per la gestione di opere complesse, rappresentino i presupposti per favorire la realizzazione delle opere idriche e garantirne la gestione⁴⁰. I dati dimostrerebbero che le gestioni comunali si siano dimostrate inadeguate a realizzare e gestire opere complesse, come la realizzazione di importanti impianti di depurazione; che sia mancata la capacità tecnica e organizzativa, anche a causa della ca-

³⁵ Le tariffe italiane sono tra le più basse in Europa: un terzo di quelle francesi, un quarto di quelle tedesche, un quinto di quelle scandinave e dei Paesi Bassi (*Audizione Utilitalia sul disegno di legge AS2343 "Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque"*, ma il dato si trova citato in molti documenti).

³⁶ Dal 1990 al 2000 gli investimenti sono diminuiti di oltre il 70%, da circa 2 mld di euro a circa 600 milioni annui; successivamente si è assistito ad un aumento delle tariffe pari a + 61,4% nel periodo 1997-2006; negli ultimi 10 anni l'aumento pare dell'85,2%; è previsto un aumento dei consumi di circa il 18% nei prossimi 20 anni, con una contrazione degli investimenti (*Blue e-Book 2014 – I dati sul Servizio Idrico Integrato in Italia*, a cura di A. Bordin – A. Caputo et al., 2014). Gli investimenti riguardano in particolare il sistema della fognatura e della depurazione, e la ristrutturazione delle reti.

³⁷ In questo senso anche la *Struttura di Missione contro il dissesto idrogeologico e per lo sviluppo delle infrastrutture idriche* (Presidenza del Consiglio dei Ministri), sempre nel corso dell'audizione.

³⁸ Passati dagli 1,6 miliardi (26 €/ab/anno) del 2011 agli 1,8 miliardi di euro (30 €/ab/anno) del 2014 (*Relazione di accompagnamento all'Audizione di ANFIDA presso la Tredicesima Commissione del Senato in merito al Disegno di Legge n. 2343 (Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque)*).

³⁹ A fronte di 34 €/abitante/anno realizzati e programmati, il reale fabbisogno di investimenti è di circa 80 €/ab/anno (5 miliardi di euro all'anno). Gli attuali investimenti ammontano in Germania a 80 euro/ab, in Francia a 88 euro/ab, nel UK a 100 euro/ab, in Danimarca a 129 euro/ab (*Audizione Utilitalia*, cit.).

⁴⁰ A questo dato si aggiunge la convinzione che i gestori affidatari d'ambito, per le citate ragioni e per la migliore capacità di programmazione e accesso al credito a costi anche inferiori a quelli del debito pubblico, conseguano *performance* nettamente superiori ai gestori non affidatari (*Audizione Utilitalia*, cit.).

renza delle risorse umane e manageriali⁴¹. Da questi dati emerge quindi, come politica regolatoria, uno sfavore verso le forme di gestione in economia, e un favore verso forme di gestione imprenditoriale, pubbliche o private che siano, con incentivi in favore delle aggregazioni⁴². Il tema per lo sviluppo delle infrastrutture non è quindi in primo luogo considerato legato alla natura del soggetto gestore, bensì all'organizzazione delle gestioni, nonché alla *governance* del sistema. Non a caso l'Autorità, rispetto al ddl acqua, si è opposta all'eliminazione di un limite inferiore alla dimensione degli ambiti territoriali, per evitare un'eccessiva frammentazione dei servizi, con la conseguente incapacità di generare economie di scala necessarie per gli investimenti.

In secondo luogo, la missione dell'Autorità è certamente nel senso della *promozione* della concorrenza, affermata senza indugio. Al di là del ruolo statale, sempre più pronunciato, ora anche grazie alla presenza dell'autorità, e nonostante le vibranti proteste delle Regioni⁴³.

In terzo luogo, c'è il tema della eventuale preferenza per il gestore pubblico o privato. Su questo sono notorie le posizioni nell'un verso o nell'altro. Si osserva che i privati subordinano gli investimenti alla massimizzazione dei profitti, e che l'"asimmetria informativa" gioca in favore del soggetto regolato a dispetto di ogni rafforzamento dei poteri del regolatore. Dall'altra parte, alla critica notoria per la quale vi sia un'incapacità dei gestori pubblici a effettuare investimenti si osserva che però in alcune esperienze si sono introdotte dei vincoli sulla destinazione degli utili al finanziamento degli investimenti: un obbligo di legge per le gestioni *in house* nel senso del totale reinvestimento degli utili nel servizio viene percepito come conforme allo spirito referendario e in grado di ridurre la dipendenza dai finanziatori terzi⁴⁴.

⁴¹ I gestori d'Ambito investono quasi il triplo dei gestori non affidatari e quasi quattro volte rispetto ai Comuni in economia (*Audizione Utilitalia*, cit.).

⁴² Al di là del principio della gestione unica d'ambito di cui all'art. 7 dello "Sblocca Italia" (d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modifiche dalla legge 11 novembre 2014, n. 164), si v. gli incentivi in favore delle aggregazioni varati con la Legge di stabilità 2014, art.1 comma 609, l. 23 dicembre 2014, n. 190 (l'esclusione dei proventi delle dismissioni dai vincoli del Patto di Stabilità interno e la possibilità di prolungare le concessioni). Si v. inoltre l'art. 33 comma 2 della bozza di D. lgs. SPL Madia, in merito all'assegnazione prioritaria di risorse alle gestioni che hanno deliberato aggregazioni societarie. Infine, il nuovo metodo tariffario incentiva le aggregazioni: *Metodo Tariffario Idrico 2.0: efficienza, disciplina e dimensioni*, ref. *Ricerche*, 52, 2015.

⁴³ È giustificato proprio sulla base della materia prevista dall'art. 117 secondo comma. A. SANDULLI, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza* (*Corte Costituzionale*, 21/03/2012, n. 62), in *Giur. Cost.*, 2012, 828. Nella sentenza 246 del 2009, la Corte ha affermato che l'art. 148 del Cod. Ambiente, che prevede un'unica autorità d'Ambito, "allo scopo di consentire la razionalizzazione del mercato, con la determinazione della tariffa del servizio secondo un meccanismo di price cap, diretto a garantire la concorrenzialità e l'efficienza delle prestazioni" attiene alla disciplina della concorrenza. La disciplina regionale può intervenire in materia di concorrenza solo con una disciplina pro-concorrenziale (307 del 2009).

⁴⁴ *Audizione del Laboratorio REF Ricerche sul Disegno di Legge n.2343 "Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque"*.

Al tempo stesso, se si guarda il progetto di d. lgs. su citato di attuazione della cd. Legge Madia, la tendenza è nel senso della riduzione della gestione *in house* dei servizi ai soli casi di stretta necessità e di vietarla per quelli a rete, come il servizio idrico; il comma 2, art. 3 stabilisce la prevalenza delle disposizioni del testo unico in materia di affidamento dei servizi sulle normative di settore. Per l'art. 4, comma 2, "(...) le disposizioni del presente decreto promuovono la concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale". L'art. 5, comma 2 impone all'ente locale di verificare che il mercato non sia in grado di fornire l'attività. L'art. 7 vieta la gestione pubblica tramite azienda speciale o in economia dei servizi a rete, servizio idrico compreso, e guarda con sfavore al cd. *inhouse* all'azienda speciale rispetto all'affidamento mediante gara o ad una società mista, in quanto solo in tal caso gli enti locali devono spiegare il mancato ricorso al mercato, per quale motivo la scelta non sia svantaggiosa per i cittadini, perché non si possa procedere mediante suddivisione in lotti del servizio per favorire la concorrenza⁴⁵. Il comma 2 dell'art. 10 prevede, solo nei casi in cui l'affidamento della gestione sia stato effettuato tramite gara ad evidenza pubblica, la possibilità di realizzare direttamente e senza gara d'appalto tutti i lavori connessi alla gestione della rete e degli impianti. Il comma 2 dell'art. 33 sancisce che gli eventuali finanziamenti statali saranno "prioritariamente assegnati ai gestori selezionati tramite procedura di gara ad evidenza pubblica (...) ovvero che abbiano deliberato operazioni di aggregazione societaria".

Anche in questo caso, si è rilevato il contrasto sia con la sentenza 199/2012 della Corte costituzionale, in quanto la formulazione in particolare dell'art. 7 richiama l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, sia con l'art. 19, comma 1, lettera c) della legge delega⁴⁶.

In questo senso, se la posizione dell'Autorità può apparire neutra, la stessa però opera in un contesto nel quale il servizio idrico è qualificato, anche "grazie" all'intervento della Corte costituzionale, come un servizio di rilevanza economica, e quindi ricadente nella legislazione esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ed è visto come un settore in cui la concorrenza deve essere stimolata. Al di là di come se la pensi, il sistema è oggettivamente orientato verso

⁴⁵ La proposta motivata di deliberazione sulla modalità di affidamento deve essere inviata all'*Antitrust*, che esprime un parere non vincolante entro 30 giorni.

⁴⁶ *Audizione del forum italiano dei movimenti per l'acqua*: si fa riferimento anche alla sez. 1, par. b) dell'AIR allegata, che fra gli obiettivi a breve termine, indica "la riduzione della gestione pubblica ai soli casi di stretta necessità" e tra gli obiettivi di lungo periodo "la razionalizzazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, in un'ottica di rafforzamento del ruolo dei soggetti privati" e "attuare i principi di economicità ed efficienza nella gestione dei servizi pubblici locali, anche al fine di valorizzare il principio della concorrenza", nonché alla sez. 4 dell'AIR per cui "la previsione di limiti e condizioni per l'assunzione del servizio pubblico locale permette di valorizzare il ruolo dei privati, secondo la regola generale che alle esigenze dell'utenza risponde il mercato in libera concorrenza...".

la concorrenza, che è sì in teoria concorrenza tra privato e pubblico, ma che in realtà, anche grazie agli interventi del Parlamento e del Governo, esprime un favore verso l'intervento dei privati, e tutto ciò si riverbera, seppure non esplicitamente, sull'operato dell'Autorità, allorché essa promuove la concorrenza.

5. *La tutela dei consumatori.* – Un terzo punto attiene alla tutela degli utenti/consumatori.

In questo caso il discorso può essere condotto su diversi livelli.

Ad un primo livello, ci sono misure sicuramente adottate che sicuramente sono a favore degli utenti, e che sicuramente sono favorite dalla presenza di un'Autorità.

Si v. ad es. la direttiva 586/2012/R/IDR, indirizzata ai gestori, avente ad oggetto il contenuto e la trasparenza della bolletta (con indicazione dei costi dei singoli servizi, quali acquedotto, depurazione, fognatura). Inoltre nel ddl sull'acqua sono particolarmente interessanti le disposizioni che prescrivono maggiore trasparenza da parte delle gestioni, per il tramite del sito *internet* (comma 3. dell'art. 11). Ma, più in generale, molte misure comunque sono state introdotte o attendono di diventare effettive: si pensi al divieto di distacco di alcune categorie di utenti in caso di morosità, ai sistemi automatici di rimborso in caso di disservizio, al rafforzamento del sistema sanzionatorio, all'ampliamento delle tutele giurisdizionali⁴⁷. In questo campo, l'Autorità è molto attiva⁴⁸.

Ad un secondo livello, si pensi al rafforzamento degli strumenti di partecipazione: anzitutto alle forme di consultazione, che la stessa Autorità attua, fino alla partecipazione dei cittadini agli atti di pianificazione e programmazione, contenuta dall'art. 11 del ddl acqua, e già prevista sin dall'art. 14 della direttiva quadro sulle acque 2000/60/CE. Come noto, in questi casi la partecipazione si auspica che abbia un effetto in tema di legittimazione delle scelte, ma non se ne sottovaluta nemmeno l'aspetto simbolico (e non ne vanno dimenticati i rischi)⁴⁹.

⁴⁷ Si v. sul punto ad es. le delibere 655/2015/R/idr e 664/2015/R/idr per l'adozione di *standard* minimi di qualità contrattuale omogenei sul territorio nazionale, con previsione di un indennizzo automatico in caso di mancato rispetto dello *standard*.

⁴⁸ *Qualità, prossima frontiera della regolazione, ref.ricerche*, 14, 2014.

⁴⁹ La Direttiva non precisa quali strumenti di partecipazione debbano essere adottati. Si può quindi andare dalle campagne di informazione, a forme di consultazione, che sono particolarmente indicate quando riguardano misure che incidono direttamente sugli utenti (tariffe, sussidi, qualità). Non va inoltre sottovalutato il rischio che i processi formali subiscano una eccessiva influenza di alcuni gruppi di interesse ovvero di alcuni loro singoli rappresentanti. «I meccanismi informali rappresentano un veicolo di più facile accesso per esprimere opinioni e scambiare informazioni, favoriscono un ambiente che incoraggia la discussione e una più approfondita comprensione, contribuiscono alla maturazione di un senso di comunità. Di contro, mancano di sovente della necessaria strutturazione e di capacità di sintesi, con il risultato di non riuscire a influire realmente sulle decisioni finali. (...) meccanismi quali consultazioni e assemblee possono giocare un ruolo importante nella fase di ideazione per identificare aspettative e bisogni, mentre le partnership tra privati e auto-

Su questo punto, il nostro paese è comunque rimasto colpevolmente indietro.

Ad un terzo livello, c'è la garanzia del diritto alla fornitura dell'acqua. Si è voluto porre in coda questo profilo, perché sintetizza i tre profili già indicati.

Vi è chi punta al riconoscimento del diritto al cd. quantitativo minimo vitale, consistente in una fornitura gratuita di 50 litri al giorno *pro capite*, da garantire anche in caso di morosità; a questa posizione si contrappone chi afferma che la soluzione migliore sarebbe la fornitura di una simile garanzia ai soli nuclei familiari in condizioni di disagio economico-sociale, anche perché il costo sarebbe più modesto⁵⁰, e osserva che un intervento in tal senso è già previsto nel cd. *bonus* idrico, previsto dall'art. 60, L. 28/12/2015 n.221, cd. Collegato ambientale), che l'AEEGSI ha il compito di elaborare.

Del resto, la stessa AEEGSI si è mostrata critica rispetto alla previsione (art. 7, comma 1) di erogazione gratuita del cd. quantitativo minimo vitale, sia per ragioni applicative (non è disponibile la misura dei volumi consumati per ciascuna unità abitativa, non vi è una dettagliata anagrafica degli utenti), sia perché il costo dei metri cubi di risorsa eccedenti il quantitativo minimo vitale aumenterebbe in maniera consistente, pregiudicando le famiglie numerose, e ha affermato di preferire agevolazioni solo per le utenze disagiate⁵¹.

6. *Osservazioni conclusive.* – Sinora, attraverso la lente del regolatore, si è ripercorsa la regolazione del servizio idrico. Ma i testi in discussione o in via di approvazione si soffermano anche sull'Autorità.

rità pubbliche possono essere usate durante la realizzazione delle opere, mentre nella fase di valutazione dei risultati può essere utile verificare il livello di soddisfazione e i risultati raggiunti con l'ausilio di indagini demoscopiche (...) Nella promozione della partecipazione attiva non sono da trascurare le difficoltà che possono impedire un coinvolgimento efficace. Tra queste vi sono la potenziale esclusione di alcune categorie di *stakeholder* a causa di una non adeguata mappatura degli interessi, la mancanza di chiarezza circa l'utilità del contributo apportato da ciascun gruppo e l'influenza effettivamente esercitata sulle scelte, la scarsità di fondi pubblici per promuovere la partecipazione, il disallineamento degli obiettivi tra *stakeholder*, l'incapacità di gestione di potenziali conflitti o ancora la presenza di organizzazioni che tendono a monopolizzare la consultazione distorcendo i processi decisionali in favore dei loro interessi» *Coinvolgimento e partecipazione: la via ai sistemi idrici resilienti, ref.ricerche*, 40, 2015.

⁵⁰ *Audizione del Laboratorio REF, cit.:* "225 milioni di euro l'anno a fronte dei 2 miliardi previsti con la prima misura"

⁵¹ L'Autorità (MEMORIA 28 GIUGNO 2016 344/2016/I/IDR) esprime perplessità rispetto agli obblighi di provvedere all'installazione di contatori per il consumo di acqua in ciascuna unità abitativa, nonché rispetto alla previsione di "diffusione della telelettura in modalità condivisa da effettuare attraverso la rete elettrica". L'Autorità esprime anche perplessità rispetto al compito, che gli artt. 10 e 11 le affiderebbero, di determinare le modalità di attuazione dell'obbligo per i gestori di comunicare a ciascun utente i dati sugli investimenti realizzati sulle reti unitamente alle relative spese, il livello di copertura dei servizi, i parametri di qualità dell'acqua, le perdite idriche, le *performance* di gestione aziendale, in particolare per la difficoltà di definire con univocità la copertura dei servizi e le perdite di rete.

Il ddl acqua conferma l'AEEGSI nel ruolo di regolatore del servizio idrico. L'art. 5 del testo originario affidava al solo Ministero dell'Ambiente la regolazione del governo del ciclo naturale dell'acqua e della sua salvaguardia come bene ambientale, il potere di regolamentazione di tutti gli usi, di determinazione delle componenti delle tariffe differenziate per uso umano e per tutti gli usi produttivi, comprese le concessioni. Era prevista anche l'istituzione di un'Autorità nazionale di vigilanza sulle risorse idriche con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, senza specificazione di composizione, funzioni, risorse, nonché di un Osservatorio di supporto, altrettanto indefinito.

Tuttavia, nel frattempo il decreto SPL Madia poi ritirato avrebbe dovuto conferire all'Autorità un mandato specifico riguardo la gestione dei rifiuti urbani e assimilati, e assegnare ad essa il nome di Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA).

L'operato dell'Autorità, segnato dall'evoluzione della normativa e della giurisprudenza, ha operato verso l'acqua gli stessi criteri adottati per l'energia elettrica e il gas, settori in stato avanzato di liberalizzazione. Non può stupire quindi se, nella fissazione del metodo di calcolo delle tariffe del servizio idrico integrato, i criteri seguiti sono *esclusivamente di natura economica, con poche concessioni riservate alla natura di servizio pubblico essenziale del servizio idrico, limitate alla previsione di agevolazioni per le fasce deboli della popolazione in massima parte già previste dalla precedente legislazione in materia*⁵².

Vi è chi vorrebbe una gestione pubblica, mediante azienda speciale, con tariffa sostanzialmente a carico della fiscalità generale, e ciò presupponendo di non qualificare il servizio come a rilevanza economica. Il problema è che l'ordinamento attuale si muove in un'altra direzione.

Il tema però non può essere sottovaluto, perché si assiste ad una differenza evidente – non solo in questo settore, per inciso – tra le norme e le linee di tendenza dell'ordinamento e il sentire comune, che non si risolve sostenendo che la situazione attuale non sia adeguatamente conosciuta o meditata.

Il punto è: l'Autorità sta agendo secondo il mandato conferitole? Rispetto a questa domanda, la risposta può essere positiva. Non solo: è stato creato un cospicuo apparato di regole, che al tempo stesso è caratterizzato da stabilità e si arricchisce col tempo, il che rende il regolatore che lo applica autorevole. La regolazione si concentra sempre più su profili qualitativi della gestione e, sebbene la fase di raccolta di informazioni non si possa dire conclusa, è oggi possibile ottenere più compiute analisi, studiare interventi, aggiustamenti, adattamenti, nonché garantire il rispetto di *standard* in passato solo enunciati.

Ma se ci chiediamo se la collocazione della regolazione del servizio idrico a fianco alla regolazione dell'energia elettrica e del gas sia appropriata, la risposta

⁵² S. MAROTTA, *Razionalità economica e funzione allocativa del diritto nei servizi pubblici essenziali. Brevi note sul caso delle tariffe idriche*, *Rass. dir. pub. eur.*, 2015, 243.

è più difficile. Visto l'attuale quadro normativo e ordinamentale, la collocazione non appare eccentrica⁵³.

Il problema di fondo, come si è tentato di mettere in evidenza, è che l'attuale regolazione, e quindi il regolatore, sono il frutto di una serie di scelte effettuate nel tempo e confermate (principio del *full cost recovery*, collocazione del servizio idrico tra i servizi di rilevanza economica, sfavore per la gestione *in-house*) che appaiono – a dispetto anche dei *referendum* – consolidate, e che lasciano dubitare che siano – ancor prima che auspicabili – possibili soluzioni differenziate⁵⁴, più partecipate e rispondenti ai bisogni economici, civili e sociali delle comunità.

Rimane l'impressione che sarebbe più opportuna l'istituzione di una autorità *ad hoc*, che sia in grado di tenere insieme diverse "anime", realtà ed opzioni, per evitare scollamenti tra *sentire* – se non *comune* – *diffuso* e politiche pubbliche attuate, e per ridurre il rischio di contrapposizioni ideologiche divisive.

⁵³ In questo senso, si v. G. NAPOLITANO, *Acqua e cibo tra diritti e sistemi amministrativi*, *Giorn. dir. amm.*, 2015, 301.

⁵⁴ La Corte Costituzionale, con sentenza 142/2015 ha affermato che deve riconoscersi alla Regione autonoma Valle d'Aosta "una competenza primaria in materia di organizzazione del servizio idrico, comprensiva dell'individuazione dei criteri di determinazione delle relative tariffe, che ne costituiscono il corrispettivo". La Regione Sicilia, prendendo spunto da tale pronuncia, ha così adottato la l. 11 agosto 2015, n. 19 *ad hoc*, con la quale abbandona il metodo tariffario nazionale, dispone l'introduzione del quantitativo minimo garantito, promuove il ritorno alle gestioni pubbliche in economia, ammette l'affidamento ad enti di diritto pubblico, prevede che le concessioni ai privati non possano superare i 9 anni (a livello nazionale il termine è 30 anni), e, solo in questo caso, le condizioni economiche dell'affidamento non possano mutare per tutta la sua durata, e il contratto di affidamento è risolto di diritto ove il servizio venga interrotto per più di quattro giorni e interessi almeno il 2 per cento della popolazione, fermo restando che, ove qualsiasi interruzione anche di diversa natura si protragga per più di un giorno, l'affidatario sia tenuto al pagamento di una penale di importo non inferiore ad euro 100.000 e non superiore ad euro 300.000 per giorno di interruzione. È da dire che la legge risulta ad oggi inattuata.

ATTUALITÀ

*I beni confiscati alla criminalità come “beni comuni”: brevi considerazioni, tra diritto pubblico e privato**

Roberto Di Maria - Filippo Romeo

SOMMARIO: 1. Premessa: la corrente (e provvisoria?) definizione di “bene comune” tra (asserito) fondamento costituzionale e (necessaria) disciplina civile. – 2. La categoria dei “beni comuni” in Costituzione: breve ermeneutica degli artt. 41, 42 e 43 Cost. – 3. I beni confiscati come “beni comuni”: ipotesi. – 4. Il reimpiego di beni sequestrati e confiscati alla criminalità come sinonimo di riappropriazione collettiva delle risorse? – 4.1 L’esigenza di superare la tradizionale dicotomia “beni pubblici-beni privati”. – 4.2 (segue) e la prospettiva “funzionalistica” del bene. – 5. Conclusioni: la qualificazione dei beni in amministrazione giudiziaria come “beni comuni” in una prospettiva teleologica.

1. Premessa: la corrente (e provvisoria?) definizione di “bene comune” tra (asserito) fondamento costituzionale e (necessaria) disciplina civile. – Che ai “beni comuni” si sia inteso trovare un fondamento costituzionale, pare espressamente confermato da quanto riportato nell’art. 2 del d.d.l. di modifica del Capo II, Titolo II, Libro III del Codice civile – licenziato dalla c.d. “Commissione Rodotà sui beni pubblici”¹ – ovvero sia che «le disposizioni della presente legge delega e quelle delegate [sono] direttamente attuative dei principi fondamentali di cui agli articoli 1, 2, 3, 5, 9, 41, 42, 43, 97, 117 della Costituzione»; in tal senso, dunque, la normativa destinata infine ad istituire formalmente nonché a regolamentare – tra le altre cose – la categoria dei c.d. “beni comuni” è ritenuta il prodotto di un mandato costituzionale, asseritamente deducibile dalle summenzionate disposizioni.

Tralasciando il riferimento, inevitabilmente generico, ai “principi fondamentali” (i.e. gli artt. 1, 2, 3, 5 e 9) – probabilmente tendente ad innervare la normativa di risulta con i valori di democraticità, inviolabilità, eguaglianza ed autonomia quali piattaforma socio-politica della medesima ed altresì finalizzato, pre-

* I par. 1, 2 e 3 devono essere attribuiti a Roberto Di Maria. I par. 4, 4.1 e 4.2 devono essere attribuiti a Filippo Romeo. Il par. 5, conclusivo, è frutto della comune riflessione degli Autori.

¹ La summenzionata Commissione è stata nominata con decreto del Ministro della giustizia del 14 giugno 2007, ed incaricata di redigere uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del Codice civile appunto relative ai beni comuni e pubblici.

sumibilmente, a corroborarne il fondamento giuridico – appare invece di maggiore interesse, per lo scopo del presente contributo, quello agli artt. 41, 42, 43 e 97 Cost.; in particolare, il trittico costituito dai primi tre dei menzionati articoli può essere considerato uno dei disposti normativi massimamente espressivi, nell’ambito dell’intero Testo costituzionale, del necessario bilanciamento fra le ragioni di ordine economico-produttivo, sostenute dal fronte liberale della Costituente, e quelle socio-assistenziali sostenute, viceversa, dal fronte social-democratico.

In prima approssimazione dunque – e stando alla lettera del d.d.l. – tra i principi posti a fondamento (costituzionale) della categoria dei “beni comuni” vi sarebbero proprio le norme con le quali, in Assemblea, si convenne sulla esigenza di contemperare liberalismo e socialismo e sulle quali è stato appunto modellato – per comune e pacifica asserzione dottrinale – il paradigma italiano di *Welfare State*².

Appare, in tal senso, coerente l’orientamento di chi – avendo concorso alla elaborazione dottrinale dell’impianto teorico, sotteso alla determinazione della summenzionata categoria giuridica – ha sostenuto che «la questione dei beni comuni non può non avere valenza costituzionale» ed ha considerato i suddetti beni come «una tipologia di diritti fondamentali “di ultima generazione”» distinguendola da quella, classica, dei “diritti sociali” in quanto beni «scollati dal paradigma dominicale (individualistico) ed autoritario (Stato assistenziale)» nonché giuridicamente e strutturalmente alternativi (o autonomi) rispetto alla nozione di proprietà, tanto pubblica quanto privata³; e la individuazione del superiore fondamento costituzionale ha peraltro consentito la sussunzione di una definizione “funzionalistica” – più che “ontologica” – della relativa categoria: i “beni comuni” infatti «divengono rilevanti per un particolare fine sociale», poiché «indispensabili alla soddisfazione di alcuni diritti fondamentali», né configurano «diritti soggettivi individuali» – di cui si può indi pretendere la titolarità esclusiva – bensì descrivono «un’entità collettiva (comune appunto) e contestuale», significativa allorché ritenuta strumentale alla soddisfazione di un interesse diffuso⁴.

Parafrasando la succitata dottrina, tutta «la fenomenologia dei beni comuni è nettamente funzionalistica»⁵; il che induce allora a riflettere sulla “funzione sociale” cui la Costituzione pare invero subordinare – ovvero, meglio, “funzionalizzare” – l’esercizio delle classiche potestà economiche di concezione liberale.

² Basti, per ciò, quanto linearmente riportato in R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2011, 50-53.

³ U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari 2012, VII.

⁴ *Ibidem*, 53-58.

2. La categoria dei “beni comuni” in Costituzione: breve ermeneutica degli artt. 41, 42 e 43 Cost. – Ai sensi dei primi due commi dell’art. 41 Cost. «l’iniziativa economica privata è libera [e] non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale [corsivi aggiunti, ndr.]»; tralasciando gli ulteriori limiti indicati nella disposizione *de qua* – in quanto non direttamente utili ai fini del presente contributo – deve innanzitutto precisarsi quali sia il significato da attribuire ai due elementi oggetto del bilanciamento ivi richiamato: la “iniziativa economica” (privata) e la “utilità sociale”.

In ordine al primo dei suddetti elementi, la giurisprudenza costituzionale ha infine indirizzato l’antico ed articolato dibattito dottrinale nel senso di comprendere, entro la formula costituzionale, tutte le attività economiche organizzate – anche non in forma di impresa – quali il lavoro c.d. “autonomo”, quello occasionale e, finanche, quello “libero-professionale” che connota le c.d. “professioni intellettuali”⁶.

In ordine invece al secondo dei suddetti elementi – volendo sintetizzare l’altrettanto articolato dibattito sorto intorno ad una locuzione evidentemente indeterminata e, comunque, scevra di addentellati giuridici certi⁷ – pare di potersi accogliere la definizione della «utilità sociale» alla stregua di un «principio valvola che consente l’adattamento dell’ordinamento al mutare dei fatti sociali» ovvero sia un «concetto di valore intriso di giustizia sociale [...] teso alla realizzazione [del] progetto di trasformazione della società italiana voluto dal 2° co. dell’art. 3 Cost.»⁸.

Tra i conseguimenti positivamente correlati ai superiori approdi concettuali v’è stato, certamente, l’aver consentito alla Corte costituzionale di operare un controllo sul rispetto del suddetto limite, attraverso il costante bilanciamento fra gli strumenti disposti dal Legislatore per assicurare, da un lato, la “libertà” della iniziativa economica – indi funzionali a configurare un sistema socio-economico strutturalmente orientato alla affermazione del principio di autonomia privata – e, d’altro lato, quelli invece diretti alla correlativa salvaguardia della *publica utilitas*; in tal modo, dunque, censurando i provvedimenti ritenuti assolutamente inidonei a perseguire la finalità di «utilità sociale» formalizzata nella Costituzione⁹.

Purtuttavia la predetta attività ermeneutica pare non consentire, tuttora, la sussunzione di una definizione unitaria ed omogenea di «utilità sociale» ai sensi e per gli effetti dell’art. 41 Cost. se non, piuttosto, la identificazione di una «lo-

⁵ *Ibidem*, 54.

⁶ Cfr. Corte cost., sentt. 13/1961; 17 e 59/1976; 89/1984.

⁷ Per una sintesi sul punto, e relativi riferimenti bibliografici, si rinvia a R. NIRO, *Art. 41*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, Milano 2006, 853-854.

⁸ *Ibidem*, 854, che cita M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova 1983, 117 e ss.

⁹ Cfr. *in primis* Corte cost., sent. 14/1964.

gica comune» posta a presidio della categoria dei c.d. “beni di utilità sociale” che sono valutati tali in quanto, appunto, tendenzialmente coincidenti con «interessi o diritti costituzionalmente tutelati [...] la cui tutela imponga, nel bilanciamento con l’iniziativa economica privata, una limitazione di quest’ultima»; è in tal senso, allora, che il c.d. “nucleo minimo” della utilità sociale sarebbe costituito da “beni-valori” che la Costituzione protegge proprio attraverso le specifiche disposizioni in materia di libertà personale, di libertà civili e politiche, di diritti sociali¹⁰.

Sotto questo profilo, pertanto, pare possibile affermare che la comprensione di un bene entro l’orizzonte della “utilità sociale” dipenda dalla sua (possibile) funzionalizzazione alla tutela di un diritto costituzionalmente rilevante, allorché declinato nell’ambito del c.d. “ordine pubblico economico”; ovvero sia che si tratti di un bene espressivo di valori tali da giustificare il sacrificio delle «ragioni della produttività e dell’efficienza del mercato economico nazionale» o in virtù dei quali sia possibile, comunque, bilanciare le predette ragioni con le sfere di libertà soggettive e collettive protette dalla Costituzione¹¹.

Appare sistematicamente coerente con la superiore ricostruzione, indi, anche l’ulteriore “funzionalizzazione sociale” della proprietà privata – prevista nel secondo comma dell’art. 42 Cost. – i cui modi di attuazione sono esplicitamente demandati alla responsabilità del Legislatore; vieppiù laddove – aderendo ad un diffuso orientamento dottrinale – si consideri tale responsabilità indirizzata non tanto alla configurazione “in senso sociale” della proprietà privata *tout court* quanto, piuttosto, limitata alla sola normativizzazione della funzione sociale di singoli – e specifici – beni giuridici: ed invero «la funzione sociale della proprietà [si identifica] nella stessa disciplina del singolo tipo di bene» allorché questa introduca delle deroghe alle disposizioni invece generali desumibili, per ciascun istituto, dal Codice civile¹².

Ed ugualmente coerente con il combinato disposto dagli artt. 41 e 42 Cost. – sotto il profilo della valorizzazione, in ambito economico, della “utilità” o “funzione sociale” della autonomia privata – è la previsione di cui all’art. 43 Cost., ai sensi del quale «a fini di utilità generale la legge può riservare origina-

¹⁰ Virgolettati tratti da R. NIRO, *op. cit.*, 855.

¹¹ *Ibidem*, 856-957. L’ampia e variegata giurisprudenza ivi riportata, testimonia l’andamento ondivago dell’indirizzo ermeneutico della Corte: in alcuni casi orientata a salvaguardare – *sub specie* “utilità sociale” – valori quali dignità umana, libertà e sicurezza, tutela della salute, restringendo i confini della “iniziativa economica privata” (cfr. Corte cost., sentt. 111/1974; 27/1969; 237/1975; 21/1964); in altri casi privilegiando invece la tutela di valori di natura strettamente economica, quali la produttività, la concorrenzialità, la competitività interaziendale (cfr. Corte cost., sentt. 78/1958; 5 e 45/1962; 30/1965; 63 e 439/1991). Si sostiene – a buon titolo – sempre *ibidem*, p. 857, che l’enfaticizzazione della produttività e della efficienza del sistema economico, a discapito dei valori di libertà ed eguaglianza, sia principalmente dipesa dal processo di affermazione ed integrazione comunitaria e, dunque, dalla «necessità di leggere le disposizioni del dettato costituzionale in materia economica in maniera conforme rispetto alle indicazioni comunitarie».

¹² Così F. MACARIO, *Art. 42*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, *op. cit.*, 871-872.

riamente o trasferire [...] allo Stato, ad 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 ed abbiano carattere di preminente interesse generale»; è infatti proprio da tale articolato che pare potersi cogliere la sintesi del modello di “economia sociale di mercato”, ovvero sia nel principio di proporzionalità che deve sovrintendere all’eventuale sottrazione di determinati settori economico-imprenditoriali al regime di libera concorrenza: in specie «nei casi in cui il pubblico servizio non sia in grado di raggiungere spontaneamente, ed all’interno del libero mercato, gli obiettivi che la Costituzione pone alla base di detta attività» o «nel caso in cui non si raggiungano i fini del pubblico servizio, anche all’interno di un mercato regolamentato» potrà ritenersi allora legittima l’assunzione del servizio, in regime di monopolio, da parte della amministrazione pubblica «per concedere la gestione ai privati, in regime di concessione, o prestare direttamente i corrispondenti servizi»¹³.

Tanto premesso, è al minimo comune denominatore che pare connotare il superiore tritico normativo – ovvero sia la funzionalizzazione (dello sfruttamento privato) dei beni alla “utilità sociale” – che potrebbe ancorarsi, quantomeno sotto il profilo economico, il fondamento costituzionale della categoria dei “beni comuni”; ed a cui potrebbe vieppiù ricondursi la configurazione dei beni sottoposti ad amministrazione giudiziaria alla stregua, appunto, di *res communes omnium*.

3. *I beni confiscati come “beni comuni”: ipotesi.* – La normativa in materia di “amministrazione giudiziaria” è attualmente compendiata nel d.lgs. 159/2011, c.d. “Codice Antimafia”, che dedica i Titoli II e III – rispettivamente – alle “Misure di prevenzione patrimoniali” ed alla “Amministrazione, gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati”¹⁴.

Senza entrare nel merito tecnico-specifico della suddetta materia, deve rilevarsi come il Legislatore abbia indicato specifici presupposti per l’applicazione dell’istituto della c.d. “amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche” nonché per la correlativa nomina dell’amministratore giudiziario: «quando ricorrono sufficienti elementi per ritenere che il libero esercizio delle

¹³ In tal senso F. TRIMARCHI BANFI, *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. It. dir. pubbl. comunitario*, 2002, 964 e ss.

¹⁴ Antecedenti al summenzionato Codice – e primi riferimenti disciplinari in materia di sottrazione e gestione di beni, proventi di attività criminale – sono state la l. 575/1965, c.d. “Rognoni-La Torre”, e la l. 356/1992; a valle di successivi – ed alquanto disomogenei – interventi normativi di riforma, il Legislatore è infine intervenuto con un provvedimento di organica revisione della materia; ciò pur senza aver integralmente fugato le perplessità inerenti, in particolare, le modalità di conferimento e gestione dei beni in amministrazione (cfr. *infra*, § 5).

attività economiche [comprese quelle imprenditoriali, ndr.] agevoli l'attività delle persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti previsti dagli articoli 416 *bis*, 629, 630, 644, 648 *bis* e 648 *ter* c.p., il tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività [...] Con [tale] provvedimento [...] il tribunale nomina il giudice delegato e l'amministratore giudiziario [...] Quando vi sia concreto pericolo che i beni sottoposti al provvedimento [...] vengano dispersi, sottratti o alienati, il procuratore della Repubblica, il Direttore della Direzione investigativa antimafia o il questore possono richiedere al tribunale di disporre il sequestro»¹⁵.

Per contro, è alquanto generica la descrizione del ruolo e dei compiti dell'amministratore giudiziario: egli «è scelto tra gli iscritti nell'Albo nazionale degli amministratori giudiziari [...] Il giudice delegato può autorizzare l'amministratore giudiziario a farsi coadiuvare, sotto la sua responsabilità, da tecnici o da altri soggetti qualificati [...] L'amministratore giudiziario riveste la qualifica di pubblico ufficiale e deve adempiere con diligenza ai compiti del proprio ufficio. Egli ha il compito di provvedere alla *custodia*, alla *conservazione* e all'*amministrazione dei beni sequestrati* nel corso dell'intero procedimento, *anche al fine di incrementare, se possibile, la redditività dei beni medesimi* [...] L'amministratore giudiziario che, anche nel corso della procedura, cessa dal suo incarico, deve rendere il conto della gestione»¹⁶. Ed ugualmente generica pare la definizione del raccordo funzionale fra l'amministratore giudiziario e l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata: «fino al decreto di confisca di primo grado, l'Agenzia coadiuva l'amministratore giudiziario sotto la direzione del giudice delegato [...] Dopo il decreto di confisca di primo grado, l'amministrazione dei beni è conferita all'Agenzia [la quale] comunica al tribunale il provvedimento di conferimento dell'incarico [che] può essere conferito all'amministratore giudiziario già nominato dal tribunale [...] L'Agenzia promuove le intese con l'autorità giudiziaria per assicurare, attraverso criteri di trasparenza, la rotazione degli incarichi

¹⁵ Cfr. art. 34, d.lgs. 159/2011; ai sensi del co. 3 «l'amministrazione giudiziaria dei beni è adottata per un periodo non superiore a sei mesi e può essere rinnovata, per un periodo non superiore complessivamente a dodici mesi, a richiesta dell'autorità proponente, del pubblico ministero o del giudice delegato, se permangono le condizioni in base alle quali è stata applicata».

¹⁶ Art. 35 (corsivi aggiunti). Ai sensi dei successivi artt. 36 e 37 «l'amministratore giudiziario presenta al giudice delegato [...] una relazione particolareggiata dei beni sequestrati [...] L'amministratore giudiziario [...] tiene un registro, preventivamente vidimato dal giudice delegato alla procedura, sul quale annota tempestivamente le operazioni relative alla sua amministrazione [...] Nel caso di sequestro di azienda l'amministratore prende in consegna le scritture contabili e i libri sociali, sui quali devono essere annotati gli estremi del provvedimento di sequestro. Le somme apprese, riscosse o ricevute a qualsiasi titolo dall'amministratore giudiziario in tale qualità, escluse quelle derivanti dalla gestione di aziende, affluiscono al Fondo unico giustizia».

degli amministratori, la corrispondenza tra i profili professionali e i beni sequestrati, nonché la pubblicità dei compensi percepiti»¹⁷.

Dal combinato disposto delle superiori disposizioni si ricava chiaramente, dunque, la *ratio* della amministrazione giudiziaria quale istituto finalizzato ad inibire l'ulteriore esercizio di attività economiche – eventualmente lucrative – serventi rispetto ad una attività illecita; ben più sfumata appare, invece, l'ulteriore finalità di salvaguardia della produttività e redditività delle medesime attività, specie se aventi natura imprenditoriale.

E tuttavia pare comunque possibile rintracciare – nelle maglie della normativa *de qua* – alcuni riferimenti alla (possibile) valorizzazione economico-gestionale dei beni sottoposti ad amministrazione giudiziaria: laddove si richiede all'amministratore la presentazione, al giudice delegato, di una relazione periodica nella quale indicare – tra le altre cose – le «forme di gestione *più idonee e redditizie* dei beni»; laddove «nel caso di sequestro di beni organizzati in azienda o di partecipazioni societarie che assicurino le maggioranze previste dall'art. 2359 c.c.» gli si richiede, altresì, «una dettagliata analisi sulla sussistenza di concrete *possibilità di prosecuzione* o di *ripresa dell'attività*, tenuto conto [...] della natura dell'attività esercitata, delle modalità e dell'ambiente in cui è svolta, della forza lavoro occupata, della capacità produttiva e del mercato di riferimento»; laddove, ancora, si prevede in capo alla Agenzia il compito di proporre al tribunale «l'adozione di tutti i *provvedimenti necessari per la migliore utilizzazione del bene in vista della sua destinazione o assegnazione*»¹⁸.

Si può sostenere, indi, che l'istituto in esame non sia stato asetticamente elaborato ed introdotto nell'ordinamento a meri fini conservativi e di prevenzione; ma che – mediante, appunto, l'attività gestoria dell'amministratore – esso possa altresì garantire la prosecuzione della specifica attività economica, vieppiù mondanola dalla sua originaria “strumentalità criminale”.

Sotto questo profilo i beni sottoposti ad amministrazione giudiziaria ed il *genus* “beni comuni” sembrerebbero condividere il medesimo fondamento costituzionale, ovvero sia la loro funzionalizzazione al perseguimento della “utilità sociale”; peraltro, nel caso di specie, tale utilità potrebbe essere vieppiù declinata in una duplice forma: per un verso, nella sopravvivenza della attività economica e, per altro verso, nel ripristino della legalità gestionale-amministrativa della attività medesima, cui dovrebbe omogeneamente conseguire uno *spill-over* positivo in termini di produttività, concorrenzialità e redditività della impresa nonché, ulteriormente, l'eventuale garanzia dei relativi livelli occupazionali.

Il ricorso alla procedura di amministrazione giudiziaria appare, pertanto, perfettamente coerente con il bilanciamento di valori espresso negli artt. 41, 42

¹⁷ Ivi, art. 38.

¹⁸ Cfr. sempre ivi, artt. 36 e 38 (corsivi aggiunti).

e 43 Cost. considerata, appunto, la finalità “sociale” del regime cui i beni sono espressamente sottoposti: la loro gestione dovrebbe infatti puntare ad assicurare – o, quantomeno, ad ipotizzare – delle modalità di impiego e sfruttamento degli stessi «idonee» e «redditizie» nonché tendenti ad salvaguardare la «prosecuzione» o la «ripresa» della attività imprenditoriale determinando, dunque, benefici effetti pro-concorrenziali ridondanti su tutto il tessuto socio-economico.

V'è da stabilire, semmai, se gli elementi paradigmaticamente connotanti i “beni comuni” siano riscontrabili anche in quelli assoggettabili alla procedura di amministrazione giudiziaria.

Volendo – sul punto – sintetizzare i vari orientamenti dottrinali, può indovinarsi a schematizzare i suddetti elementi nei seguenti termini: allorché connessi all'esercizio di una attività economica o imprenditoriale – alla stregua della previsione di cui all'art. 34 del Codice Antimafia – sono “comuni” i “beni” che siano produttivi di risorse utili per lo sviluppo della comunità sociale di riferimento; che siano direttamente utilizzabili da parte della Pubblica Amministrazione; di cui possa assicurarsi il libero godimento da parte di tutti i membri della collettività; e che, infine, possano essere impiegati per il soddisfacimento di interessi pubblici¹⁹.

In ordine a tali profili pare emergere, allora, una sostanziale coincidenza fra la natura dei “beni comuni” ed il regime giuridico cui sono sottoposti i beni in amministrazione giudiziaria, con l'unica eccezione del loro “libero godimento collettivo”: tali beni possono infatti costituire – almeno astrattamente – una risorsa socialmente utile in quanto sia produttivi di reddito sia, eventualmente, destinabili alla erogazione di servizi pubblici essenziali o alla produzione di beni di largo consumo; a ciò si aggiunga – poi – la qualità di “pubblico ufficiale” rivestita dall'amministratore giudiziario, ai sensi dell'art. 35 del Codice Antimafia, alla luce della quale quindi si giustifica la “utilizzabilità diretta” dei relativi beni da parte della Pubblica Amministrazione²⁰.

E tuttavia, anche con riferimento al summenzionato limite, il “libero godimento collettivo” sembra riconducibile ai medesimi beni, allorché essi siano oggetto di confisca (cfr. infra, §4); nelle pieghe della normativa in materia di «amministrazione di beni connessi ad attività economiche» sembra dunque potersi scorgere, almeno in parte, la medesima finalità ontologicamente caratteriz-

¹⁹ Tra i contributi da cui s'è dedotta la superiore sintesi, si segnalano V. CERULLI IRELLI e L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Politica del diritto*, n. 1/2014, 3 e ss.; L. RAMPÀ e Q. CAMERLENGO, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in *Politica del diritto*, n. 2/2014, 253 e ss.; U. MATTEI, *op. cit.*; si rinvia altresì ai numerosi, ulteriori, riferimenti bibliografici ivi contenuti.

²⁰ Sul punto pare emergere, peraltro, una delle principali e sostanziali differenze fra la categoria dei “beni comuni” e quella dei “beni pubblici”, ovvero sia il diverso limite posto al loro sfruttamento economico: nel caso dei beni pubblici questo dipende, infatti, dalla titolarità necessariamente pubblica degli stessi; nel caso dei beni comuni, invece, tale sfruttamento deve essere bilanciato con il loro “libero godimento” da parte della collettività.

zante la categoria delle *res communes omnium*, ossia la loro destinazione a fini di “utilità generale” per il soddisfacimento di “diritti fondamentali”; una finalità che – rispetto all’istituto *de quo*, nella prospettiva *supra* adottata – coinciderebbe tanto con la rivitalizzazione economica di una impresa quanto – contestualmente – con il ripristino della legalità e la conseguente implementazione della coesione economica territoriale.

Laddove si voglia peraltro considerare una “utilità sociale” proprio il summenzionato “ripristino della legalità” – e ciò in relazione, soprattutto, agli effetti positivi prodotti sul tessuto socio-economico dalla sottrazione di una impresa alla gestione criminale, indi immessa nel “mercato” alle stesse condizioni concorrenziali degli altri operatori economici del settore – anche il profilo inerente alla titolarità dei beni in amministrazione giudiziaria – *rectius*, da qui innanzi “confiscati” – pare assimilabile a quello dei c.d. “Commons”: se, infatti, la natura “diffusa” della titolarità di questi ultimi discende – soggettivamente – dall’altrettanto diffuso, ed impersonale, riconoscimento della legittimazione ad agire per la loro tutela giurisdizionale (i.e. “a chiunque vi abbia interesse”) all’amministratore è riconosciuto, analogamente, il compito di assicurare la tutela – anche in sede giurisdizionale – dei diritti connessi alla salvaguardia ed alla fruizione di beni di interesse collettivo (ovvero “diffuso”).

In tal senso, dunque, il profilo imprenditoriale seguito nella gestione dei beni in amministrazione giudiziaria, prima, e confiscati, poi – ancorché direttamente finalizzato a preservare gli interessi connessi alla singola attività economica – può altresì ridondare positivamente sul contesto socio-economico di riferimento, eventualmente consentendo di configurare come “utilità sociale” – ai sensi degli artt. 41-43 Cost. – tale (indiretto) *spill-over*.

4. *Il reimpiego di beni sequestrati e confiscati alla criminalità come sinonimo di riappropriazione collettiva delle risorse?* – Occorre prendere atto che le grandi organizzazioni criminali, nel corso degli anni, hanno significativamente ampliato il loro campo di azione, creando un circolo vizioso inscindibile tra la gestione di attività illecite e il reinvestimento di capitali nell’economia legale. A tal riguardo, non è dato dubitare che il reimpiego di capitali che derivano da attività e mercati illeciti nei beni e nell’economia legale consente alla criminalità organizzata di riciclare proventi, di diversificare le attività nonché di ampliare le fonti di finanziamento. In un simile contesto, ben si comprende come le organizzazioni criminali siano in grado di realizzare una colossale distorsione di risorse nell’economia legale, frenando lo sviluppo soprattutto nel Mezzogiorno d’Italia.

Muovendo da tale considerazione si comprende come il riutilizzo dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata possa costituire uno strumento straordinario per restituire la piena fruizione di risorse sottratte alla col-

lettività²¹. Inoltre, il reimpiego di tali beni non rappresenta solo un fondamentale strumento di contrasto alla criminalità organizzata ma può divenire sinonimo di una riappropriazione collettiva di risorse, occasione di legalità, di riscatto e di libertà ma anche possibilità di creare lavoro, favorendo l'integrazione sociale²².

Il riutilizzo a fini "sociali" dei beni confiscati – ove ritenuti, *ut supra*, alla stregua di "beni comuni"²³ – rappresenta dunque il cardine di un impegno per restituire la piena fruizione di risorse sottratte alla collettività. Del resto, in via di prima approssimazione, il concetto di beni comuni si riferisce a risorse destinate alla "fruizione/godimento" da parte di una collettività più o meno ampia²⁴.

²¹ Questo processo è aggravato dalle sofisticate modalità di riciclaggio del denaro che rendono molto sfumata e labile la separazione tra economia legale e illegale. L'azione di contrasto patrimoniale nasce con la legge 13 settembre 1982, n. 646 (c.d. legge "Rognoni-La Torre"), vera e propria pietra miliare nella lotta alle mafie. Tale legge riguarda le indagini per l'individuazione, il sequestro e la confisca dei beni delle organizzazioni criminali. Non meno importante nell'azione di contrasto ai fenomeni criminali, riguarda l'uso che lo Stato fa dei patrimoni e dei beni tolti ai mafiosi per i quali la legge 7 marzo 1996, n. 109 ne ha definito la restituzione alla collettività. Il valore primario della legge n. 109/1996 risiede nell'approccio innovativo in base al quale il bene confiscato non viene più inteso solamente come sottrazione di risorse alla criminalità organizzata, ma diviene, al tempo stesso, occasione di sviluppo economico e sociale. La legge sulla confisca dei beni e sul loro riutilizzo a fini sociali costituisce, quindi, uno strumento in grado di distruggere il "capitale economico" della mafia, aprendo al contempo ampie possibilità di valorizzazione del "capitale sociale" del territorio favorendo la costruzione di una rete di relazioni tra i soggetti impegnati nel riutilizzo dei beni confiscati. In questa sede appare utile ricordare che possono essere sottoposti a confisca tutte le tipologie di beni (mobili, immobili, mobili registrati, i crediti, il denaro, le quote o azioni di società, le aziende, le universalità di beni, i diritti reali). Con il provvedimento di confisca, i beni della criminalità organizzata vengono devoluti allo Stato, diventano così beni pubblici, cioè di proprietà dello Stato, entrando a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato. Nel caso in cui tali beni vengono trasferiti a Comuni, Province o Regioni, allo stesso modo, entrano a far parte del loro patrimonio indisponibile. Dalla pluralità di norme regolatrici la materia trae origine la legge 13 agosto 2010, n. 136 che all'art. 1 delega il Governo all'emanazione di un codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. È questo il quadro in cui si innesta oggi il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (c.d. codice antimafia). Sui molteplici profili civilistici della disciplina relativa alla confisca dei beni si rinvia all'ampia ed articolata indagine di S. MAZZAMUTO, *Gli aspetti civilistici della confisca dei beni alla criminalità organizzata*, in *Contratto e Impresa*, 2012, 1387 ss.

²² Il sequestro e la confisca dei beni delle organizzazioni criminali rappresenta una vera e propria strategia d'attacco contro i capitali di formazione illecita. Appare utile sottolineare, inoltre, che i numerosi progetti nati da diverse associazioni hanno offerto lavoro ai giovani proprio grazie al riutilizzo sociale di ville, case, appartamenti, terreni confiscati alle mafie.

²³ In buona sostanza, indì, assimilati ai beni che costituiscono il nostro patrimonio naturale (es. l'acqua o l'ambiente, le foreste, le risorse del sottosuolo, le montagne, le spiagge, etc.). Recentemente, sul punto, Corte cost., sentt. 325/2010; 320/2011; 199 e 284/2012.

²⁴ Per un simile inquadramento A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano 2012, 338; O. T. SCOZZAFAVA, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. del CNN*, diretto da P. Perlingieri, Napoli 2007, 34. Appare evidente che una simile impostazione presenta elementi di dissonanza rispetto alla configurazione che assume il diritto di proprietà nei sistemi di *civil law*. Basti pensare, a tal riguardo, che attraverso il bene possono trovare realizzazione svariati bisogni ed esigenze riconducibili ad una molteplicità di soggetti, diversi dal proprietario.

4.1. *L'esigenza di superare la tradizionale dicotomia “beni pubblici-beni privati”*. – Al proposito appare utile rilevare che, a partire dai lavori della “Commissione sui Beni Pubblici”²⁵, si è assistito ad un rinnovato interesse da parte della comunità scientifica per la categoria dei beni comuni²⁶.

Il tema – sicuramente stimolante e grande attualità – pone una serie di questioni che, ancora oggi, appaiono poco chiare: basti pensare che lo stesso concetto di “bene comune” appare alquanto indeterminato. Del resto la stessa Commissione ha proposto una definizione di “beni comuni” molto più ampia di quella desumibile dal senso comune, definendoli «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona»²⁷.

Per definire la categoria dei beni comuni la Commissione è partita dall'assunto che si tratti di beni che assolvono per vocazione naturale ed economica all'interesse sociale, servendo immediatamente non l'amministrazione pubblica, ma la collettività in persona dei suoi componenti. Occorre ragionare, pertanto, nella logica di beni che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali: beni utilizzati come strumenti per rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, e dunque che permettono di raggiungere l'interesse generale²⁸.

Ci si muove, in buona sostanza, nella prospettiva del superamento della tradizionale dicotomia “beni pubblici-beni privati” e, soprattutto, si ragiona in una logica di reazione e di profonda insoddisfazione per le politiche pubbliche che

²⁵ Sul punto vedi *retro* nota 1.

²⁶ Tra gli altri, v. 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*, Verona 2012; U. MATTEI, cit.; 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 ss.; 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 M.R. Marella), in *Riv. dir. civ.*, 2013, 209 ss. Spunti di sicuro interesse si rinvengono in un più recente scritto di A. NERVI, *Beni comuni e ruolo del contratto*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2014, 180 ss., ove si parla di “bene comune e/o collettivo”. In particolare – secondo la ricostruzione operata dall'Autore – il “bene comune” sarebbe quello destinato ad una indistinta ed indifferenziata molteplicità di soggetti mentre il “bene collettivo” sarebbe quello destinato ad una collettività specificatamente definita nel tempo e nello spazio. Da ultimo v. L. NIVARRA, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2016, 43 ss. ove si osserva come il tema dei beni comuni sia riuscito ad imporsi all'attenzione di una pluralità di specialismi.

²⁷ Una simile definizione mette in evidenza la possibilità di ravvisare dei “Commons” nei settori più disparati dell'economia e della società. Per alcuni rilievi critici v. L. NIVARRA, *op. ult. cit.*, 45 ss. e 59 ss. ove si sottolinea la “promiscuità terminologica” e l'inevitabile ambiguità concettuale della definizione di beni comuni elaborata dalla “Commissione Rodotà”. Spetta dunque all'interprete il delicato compito di concretizzare il significato delle locuzioni “diritti fondamentali” e “libero sviluppo della persona”. Il rischio, tuttavia, rimane quello di giungere ad un impiego indifferenziato della formula “beni comuni”.

²⁸ Tale tipologia di beni viene sottratta a forme di appropriazione individuale. Manca, in definitiva, l'attributo dell'esclusività. Il bene, viceversa, è destinato a soddisfare interessi che trascendono la posizione formale del proprietario.

hanno generato, nel corso degli anni, una crescente crisi di fiducia nelle istituzioni²⁹.

Si appalesa, pertanto, la possibilità di andare oltre il paradigma della proprietà privata individuale, come unica forma giuridica idonea a creare una relazione tra beni e persone; e si prospetta all'orizzonte una nuova tensione tra "individualismo e solidarietà", tra "esclusivo e comune", che – pervadendo l'intero sistema giuridico - rende plausibile la possibilità di ampliare l'area dei *Commons* anche ai beni confiscati alla criminalità organizzata: utilizzati da soggetti pubblici o privati per fini istituzionali e sociali, infatti, tali beni appaiono infine strumentali al perseguimento dell'interesse generale ed all'esercizio di diritti fondamentali, quali il diritto alla libertà, alla salute, al lavoro, e del principio di uguaglianza sostanziale.

Attraverso l'uso "sociale" ed istituzionale dei beni confiscati e sequestrati alla criminalità organizzata è possibile, pertanto, perseguire un interesse generale e soddisfare bisogni collettivi³⁰.

Si abbandona, così, l'approccio al tema dei "beni comuni" nella sola prospettiva (critica) di lotta allo spreco, all'abuso ed alla mancanza di cura delle risorse comuni³¹, per approdare ad una lettura del fenomeno in senso positivo: basti pensare, al riguardo, alle nuove e significative opportunità che possono scaturire da un corretto uso del bene confiscato. Quest'ultimo – nella prospettiva dei beni comuni – assurge a strumento costituzionale di soddisfazione diretta dei bisogni e dei diritti fondamentali della collettività. Del resto, la definizione di "beni comuni" elaborata dalla "Commissione Rodotà" è sicuramente funzionale ad assicurare una "fruizione collettiva dei beni".

L'eterogeneità dei *Commons*, ordinata dalla dottrina, in quattro classi – le risorse materiali come l'acqua o l'ambiente; le risorse immateriali come la conoscenza e le sue applicazioni o le informazioni genetiche; lo spazio urbano quale bene comune per eccellenza; le istituzioni erogatrici dei servizi pubblici finalizzati alla realizzazione di diritti fondamentali come la salute – si arricchisce, così facendo, di una quinta classe: i beni (mobili ed immobili) confiscati alle mafie.

²⁹ Si apre così una terza dimensione della proprietà che va ad aggiungersi a quella pubblica ed a quella privata (in tale direzione S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, 2 ed., Bologna 1990, 18).

³⁰ Prende forma una nozione di godimento diversa e certamente più ampia rispetto a quella tradizionale. Dal bene non si traggono le sole utilità che questo può fornire per appagare bisogni individuali: la gestione finalizzata e riconvertita del bene consente di soddisfare esigenze che non si esauriscono nella dimensione della singola persona fisica ma, viceversa, si estendono ad una collettività, più o meno organizzata, più o meno identificata.

³¹ Si pensi, ad esempio, al dramma ambientale che rappresenta una problematica cruciale del nostro tempo. In questa prospettiva v. la puntuale indagine di A. NERVI, *Beni comuni, ambiente e funzione del contratto*, in *Rassegna dir. civile*, 2016, 418 ss., ove si sottolinea l'esigenza di rivedere i modelli di sviluppo, nel suo riconsiderare il rapporto con la natura e l'uso e il consumo delle risorse naturali. Per alcune riflessioni sul tema v. M. PENNASILICO, *Contratto e uso responsabile delle risorse naturali*, in *Rassegna dir. civile*, 2014, 753 ss.

4.2. (segue) e la prospettiva "funzionalistica" del bene. – Gli immobili confiscati alle mafie possono essere utilizzati – come già spesso avviene – da associazioni di volontariato, cooperative, centri di riabilitazione ovvero da soggetti che offrono aiuto a persone vulnerabili e in condizioni di svantaggio³².

Allo stesso modo gli immobili confiscati possono essere riutilizzati da cittadini che prendendosi cura dei beni comuni, producono a loro volta altri beni comuni: si pensi, ad esempio, ad un immobile confiscato e destinato a spazi associativi idonei a creare coesione sociale³³; ad un terreno confiscato e coltivato da giovani ex disoccupati che, proprio grazie a questo "bene comune strumentale", possono avere un lavoro, un reddito e realizzare aspettative concrete di una condizione di vita migliore; a ville adibite a strutture di recupero per tossicodipendenti ovvero a spazi di recupero funzionale e sociale nell'area dell'handicap e della tutela della salute psico-fisica.

Tutto questo è certamente interesse collettivo, interesse generale, ed esprime, come recita la più avanzata definizione dei beni comuni: «utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona».

Per cercare di comprendere pienamente la categoria dei beni comuni, tuttavia, occorre abbandonare gli schemi concettuali tradizionali: fondamentale risulta il superamento delle caratteristiche ontologiche dei beni e lo sganciamento dal binomio "proprietà privata-proprietà pubblica". L'essenza del bene comune si può cogliere, infatti, soltanto in una prospettiva "funzionalistica": il bene assume rilevanza e connota peculiarmente in funzione di un particolare fine sociale.

Ragionando in questa prospettiva i beni comuni integrano qualcosa di diverso dai beni pubblici: la piazza di un paese può essere vista come spazio fisico urbanistico e, dunque, come bene pubblico; la medesima area tuttavia, in una "fenomenologia funzionalistica", può assumere la diversa valenza di "bene comune" in quanto luogo di accesso sociale, di aggregazione e di scambio esistenziale tra una molteplicità indefinita di soggetti

I tratti fisici del bene si combinano così con i tratti sociali, dandone all'esterno una diversa percezione.

5. Conclusioni: la qualificazione dei beni in amministrazione giudiziaria come "beni comuni" in una prospettiva teleologica. – In una fase di maturazione con-

³² I beni immobili possono essere – ed è il caso è più frequente – trasferiti al patrimonio del Comune nel quale si trovano, per finalità sia istituzionali che sociali. Il Comune, acquisito il bene, ha un anno di tempo per decidere se amministrarlo direttamente, utilizzandolo come uffici comunali, scuole, asili, parchi pubblici, oppure assegnarlo in concessione gratuita a comunità, enti, organizzazioni di volontariato; cooperative sociali, comunità terapeutiche e centri di recupero per tossicodipendenti.

³³ Così operando, oltre ad implementare la cultura della legalità, si possono recuperare giovani che vivono situazioni forte emarginazione e disagio.

cettuale della categoria dei “beni comuni” risulta alquanto complessa l’operazione di valutazione comparativa, finalizzata all’enucleazione di una nuova ed ulteriore “sub-categoria” costituita – nel caso di specie – dai beni sottoposti alla procedura di amministrazione giudiziaria (nonché confiscati).

Per tal motivo – al di là delle superiori ricostruzioni dogmatiche – la qualificazione dei suddetti beni alla stregua di *Commons* appare utile, appunto, soltanto in una prospettiva teleologica; ovverosia se l’estensione ai medesimi della disciplina tipicamente riferibile ai “beni comuni” possa incidere positivamente – *i.e.* ulteriormente agevolare il loro impiego a fini di “utilità sociale” – sull’attuale ordito normativo, anche in una prospettiva di eventuale (parziale) riforma.

In tal senso deve ribadirsi – in sede di conclusioni – che la regolamentazione della procedura di amministrazione pare poter essere coniugata in conformità con il principio di “partecipazione” e con quello “personalistico”, con i principi di eguaglianza e solidarietà, con la garanzia dei diritti sociali ed – in particolare – con la “funzione sociale” della proprietà; il che giustifica e motiva l’asserita compatibilità della sommersa categoria di beni con l’ordito costituzionale. Viepiù il “bene comune” – ed è questa una connotazione ulteriore – si pone alla base di una democrazia partecipativa, basata sull’impegno e la responsabilità di ogni individuo, di ogni potenziale utilizzatore; soltanto così il bene (comune) può infatti soddisfare l’interesse di lungo periodo e, dunque, anche i bisogni delle generazioni future.

Ciò che rileva e connota la categoria è il valore d’uso del bene che si realizza che si materializza in una pluralità di rapporti tra individui: si è di fronte, in altre parole, ad una categoria autenticamente relazionale ed assolutamente estranea ad una logica di mero profitto; pertanto l’importanza teorica e pratica dei “beni comuni” – o, per meglio dire, della *c.d. proprietà comune* – deve essere ricercata nella visione del bene come strumento di soddisfazione diretta di bisogni e di diritti fondamentali³⁴.

Ed è dunque in tale cornice che pare non soltanto possibile, bensì utile, iscriverne altresì l’istituto della amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad una attività economica. Ciò in attesa di una futura, eventuale, definizione normativa dei *Commons*³⁵.

³⁴ Non è dato dubitare che i beni comuni, al di là della proprietà, dell’appartenenza, assolvono per loro vocazione naturale all’interesse sociale servendo la stessa collettività in persona dei suoi componenti. Più che il titolo di proprietà rileva la funzione e l’individuazione dei diritti fondamentali cui il bene è funzionalmente orientato. In argomento si suggerisce la lettura di D. MONE, *La categoria dei beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 2/2014, 67 e ss., sia per l’ampio corredo bibliografico sia per le conclusioni tratte dall’Autore.

³⁵ Occorre tuttavia stare attenti – come sottolineato da attenta dottrina – a non creare “micro-sistemi di *governance* dei beni comuni, anche felici ed efficienti, che tuttavia rischiano di mettere in crisi il principio di eguaglianza, attraverso una accelerata frammentazione dei diritti” (cfr. A. LUCARELLI, *Note minime per un teoria dei beni comuni*, in *Quale stato*, 2007, 93).

ABSTRACT

Massimo Luciani, *Una discussione sui beni comuni*

Il contributo esamina il tema dei beni comuni, considerato sia alla luce del debito ideologico gravante sulla proposta di attribuire loro cittadinanza scientifica, sia cercando di individuare un comune denominatore fra le diverse posizioni, identificato dall'Autore nel dubbio stesso di poter addivenire a una nozione unitaria di "bene comune", come tale assoggettabile al medesimo trattamento normativo. L'Autore evidenzia che, in realtà, sotto il tema dei beni comuni giace la questione ben più vasta della modernità e della critica alla dicotomia fra proprietà pubblica e privata; che la Costituzione non serra le porte ad altre forme di possesso e anzi, nel riferimento alla funzione "sociale" della proprietà, implica una diretta considerazione della dimensione dei diritti e impone un'uscita dalle strettoie della statualità; che, prima di esportare il principio di leale collaborazione anche nei rapporti sociali, dovrebbe forse esser giocata prioritariamente la partita della rappresentanza, alla quale si siedono i cittadini.

A Debate About Common Goods

The paper examines the theme of common goods with regard to both the ideological background of the proposal to grant them a scientific character and the attempt to find a common denominator among different positions, which according to the Author consists in the doubt itself to define a unitary concept of "common good" subject to the same regulatory treatment. The Author points out that, in reality, behind the theme of common goods lies the much broader question of modernity and criticism of the dichotomy between public and private property and stresses that Constitution never excluded other forms of ownership by implying, in reference to the "social function" of property, a direct consideration of the rights dimension and imposing an exit from the frame of statehood. Finally, he observed that the issue of representation of citizens should be addressed before exporting the principle of sincere cooperation in social relations.

Francesco Viola, *Bene comune e beni comuni*

Una rigorosa distinzione fra "bene comune" e "beni comuni" non deve far perdere di vista il loro stretto collegamento. Questo articolo intende esplorare

quale apporto la gestione dei beni comuni può dare alla ricerca del bene comune. Dopo una ridefinizione dei beni comuni volta a criticare il carattere antropocentrico di una loro subordinazione ai diritti fondamentali e a difendere la rilevanza del criterio ecologico della loro deperibilità, si mostra come il governo dei beni comuni permetta un'auto-organizzazione dell'interdipendenza rispettosa della libertà delle persone e esigente nei confronti della loro responsabilità di fronte alla tutela dei beni della natura. Da queste considerazioni si traggono, infine, alcune conseguenze sul modo di determinare il bene comune, superando la tradizionale dicotomia tra Stato e mercato.

The Common Good and the Commons

A rigorous distinction between the common good and the commons must not hide their strict link. This article aims at exploring what contribution the managing of the commons can bring to the search of the common good. Firstly, it re-defines the commons criticizing the anthropocentric character of their subordination to fundamental rights and defending the relevance of the ecological criterion of their perishability. Secondly, it is argued that the governance of the commons allows the self-organization of an interdependence both respectful of human freedom and demanding regarding human responsibilities towards natural goods. Finally, some implications on the way of determining the common good are drawn that overcome the traditional dichotomy between State and market.

Ermanno Vitale, *Distinguendo. Un'applicazione alla dottrina dei beni comuni*

Il saggio intende ricostruire e distinguere analiticamente, dopo aver fatto cenno al dibattito anglosassone sui *commons*, quattro posizioni oggi significative nella discussione italiana sui beni comuni. La prima, di impianto filosofico, è quella riconducibile al terzo volume della trilogia scritta da Antonio Negri con Michael Hardt, intitolata *Comune. Oltre il privato e il pubblico*; la seconda, di matrice prevalentemente giusromanistica, fa capo ai saggi di Paolo Maddalena, e in particolare al volume *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*; la terza, a cavallo tra diritto privato e costituzionale, trova espressione soprattutto in vari contributi di Stefano Rodotà; infine la quarta, che si colloca all'interno di un'ampia riflessione di filosofia e teoria generale del diritto, si incontra nell'opera di Luigi Ferrajoli, nella quale Vitale a grandi linee si riconosce.

Trying to Distinguish. An Application to the Commons Italian Theories

Starting from the well known Anglo-Saxon debate about the commons, the essay analyzes four positions in the today Italian discussion on this topic. The

first position, which is a philosophical one, can be found in the third volume of the trilogy *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, written by Antonio Negri and Michael Hardt. The second one, which represents a juridical (roman law) point of view, can be found in Paolo Maddalena's writings, particularly in the book *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*. The third one, which is also a juridical interpretation, specifically located between private and constitutional law, can be found especially in several essays written by Stefano Rodotà. Finally, the fourth one, which moves from a theoretical perspective (between philosophy and theory of law) can be found in Luigi Ferrajoli's work. With this last position Vitale broadly agrees.

Sandro Staiano, «Beni comuni» categoria ideologicamente estenuata

La teoria dei beni comuni, nella sua versione più compiuta e meglio fondata, postula l'eccessiva ristrettezza delle classificazioni incentrate sul criterio della proprietà, pubblica e privata, e propone un *tertium genus*, costituito dai beni necessari a garantire alle persone il godimento dei diritti fondamentali, beni che dunque non tollerano nell'accesso discriminazioni conducenti a disegualianze intollerabili. Si tratta di un approccio che non pretende di presentare una nuova costruzione compiuta del rapporto tra persona e beni, un nuovo edificio dogmatico della proprietà, ma vuole proporre un «cambio di paradigma», formulando una proposta analitica capace di condurre all'identificazione di tali «determinati beni».

Purtroppo, da questa ricostruzione, o più esattamente dalla sua equivoca restituzione ideologica, è germinata una fioritura di assunti apodittici, in connessione con programmi di palingenesi sociale, presentati come «teorie», non solo della proprietà, ma fin della Costituzione e dello Stato. L'indeterminatezza – e forse l'incommensurabilità – della categoria dei beni comuni hanno condotto a ogni arbitrio nell'identificazione delle fattispecie a essa riconducibili, con la pretesa che la giurisdizione, anche penale, a tale arbitrio dia avallo e corso applicativo. Sicché è lecito – forse doveroso – interrogarsi intorno alla «utilità» e «non dannosità», in senso teoretico, della definizione scientifica «beni comuni». Il lemma, infatti, che avrebbe potuto indicare efficacemente un nuovo orizzonte problematico, può risultare disutile per eccesso di connotazione ideologica: quando si parla di «beni comuni» occorrerebbe definirne preliminarmente e accuratamente il *designatum*, o preferire, con le opportune precisazioni, altra formula («beni fondamentali» o, per perifrasi, «beni che implicano diritti fondamentali»).

“Commons” as a Worn out Ideological Concept

The Commons theory – in its most complete and solid version – argues that classifications based on notion of public or private property are excessively

limited in scope. Instead, it proposes a *tertium genus*, consisting in goods that are necessary to ensure the effective enjoyment of fundamental rights. Such goods do not allow for discrimination leading to unacceptable inequality. This approach does not aim to build a new and comprehensive framework concerning the relationship between persons and goods, or a new theoretical construction of property, but rather to advocate for a paradigmatic shift, suggesting an analysis capable to identify such “determined goods”.

Unfortunately, this re-construction, or more precisely its ideological misunderstanding, generated a plethora of apodictic assumptions in conjunction with aims of social renovation, presented as “theories” concerning not only property but also the Constitution and the State. The indeterminate and perhaps immeasurable character of the category of Commons have led to arbitrary identifications of the cases included within its scope, under the conviction that jurisdiction (including criminal jurisdiction) may support and enforce them. Therefore, it appears advisable and perhaps necessary to enquire on the “usefulness” and “non-detrimental” character – in a theoretical sense – of the scientific definition of “Commons”. This expression, indeed, could have effectively pointed to new theoretical issues, but it can be considered useless because of its excessive ideological connotations. When one speaks of “Commons” it would then be necessary to offer a preliminary and careful definition of the *designatum*, or to prefer other expressions (such as “fundamental goods” or “goods that imply fundamental rights”) while carrying out the necessary clarifications.

Luigi D’Andrea, *I beni comuni tra pubblico e privato*

Il saggio ha ad oggetto la categoria dei beni comuni, che si caratterizza per la sua rilevante attualità, tanto sul terreno politico-istituzionale quanto sul versante economico-sociale. Si evidenzia la larga assenza, in seno al dibattito scientifico – e, più in generale, pubblico – relativo alla questione dei beni comuni, del contributo della dottrina costituzionalistica: assenza tanto più sorprendente e censurabile, in quanto la categoria in esame, pur marcata da un’incomprimibile eterogeneità, trova, secondo le ricostruzioni giuridiche più accreditate, il suo baricentro nella funzionalità alla tutela dei diritti fondamentali ed al libero sviluppo della persona umana. E proprio in ragione di tale strumentalità ai diritti inviolabili dell’uomo, la locuzione “beni comuni” può e deve essere “convertita” nell’espressione sintetica dell’esigenza, che naturalmente si colloca al cuore del costituzionalismo contemporaneo, di funzionalizzare appunto all’effettivo godimento di tali situazioni giuridiche tutte le “risorse” (beni materiali ed immateriali, funzioni pubbliche, le professionalità e le competenze dei cittadini, il “capitale sociale” presente nel tessuto comunitario ...) di cui l’ordinamento dispone. Una simile (assai ardua...) sfida può essere credibilmente affrontata non certo superando la polarità dialettica pubblico/privato, come suggerito da molti

studiosi, ma piuttosto valorizzando le molteplici virtualità positive in tale dialettica racchiuse, nella prospettiva tanto di una reciproca limitazione della sfera pubblica e della sfera privata, quanto di un loro rapporto sinergico, conforme al principio, costituzionalmente sancito, di sussidiarietà. In conclusione, si rileva come la polarità pubblico/privato si articoli nel fenomeno procedimentale, nell'assetto dei regimi proprietari, nella configurazione della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Commons between Public and Private

The essay deals with the category of commons, which is very topical, both on the political and institutional level and on the economic and the social ones. The wide absence of constitutional law studies in the scientific debate on the commons – and, more generally, in the public discussion on this issue - should be highlighted; this absence is even more surprising and censurable given that this category, although marked by an incompressible heterogeneity, finds its centre of gravity on its instrumental character to the protection of fundamental rights and free development of the human person, as the most famous views of legal experts show. Since it serves fundamental human rights, the expression “commons” can and must be converted in essence in the need, which of course is at the heart of contemporary constitutionalism, to make more effective all the “resources” available in the society (e.g. tangible and intangible assets, public duties, citizens’ professional skills and competences, the “social capital” amongst the community) to their full enjoyment. This (very difficult ...) challenge cannot be faced in a credible way by overcoming the public/private dynamics, as many scholars suggest. The several positive features involved in these dynamics must be enhanced instead, in the perspective both of their mutual limitations and of their synergic relationship, in compliance with the subsidiarity principle enshrined in the Constitution. In conclusion, the essay demonstrates how the public/private polarity works in the administrative procedures, in the structure of property rights and in the configuration of the judicial protection of legal positions.

Ines Ciolli, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*

Gli studi sui beni comuni hanno avuto il merito di riaccendere la discussione sull'accesso ai beni necessari per la sopravvivenza o strumentali al godimento di diritti, sulla proprietà pubblica in opposizione alle privatizzazioni e alle alienazioni di beni appartenenti al demanio e a tutti i cittadini.

Da tempo i giuristi tentano di elaborare una teoria dei beni comuni che sia in grado di legittimare le pretese di un uso collettivo su beni pubblici o privati. Le difficoltà si concentrano sul fatto che si tratta di una categoria che si presenta ambigua e onnicomprensiva. I beni cosiddetti comuni hanno una diversa natura e rispondono a diversi regimi proprietari e d'uso.

Secondo alcuni, l'ancoraggio storico e teorico di tali beni si deve far risalire alla tradizione romanistica; si è però rivelato complesso rintracciare le categorie che più si confanno a quella del "comune"; inoltre, una comparazione diacronica tra beni e situazioni, che risentono di un contesto completamente diverso, resta di difficile soluzione.

Persino l'accostamento tra beni comuni e usi civici, che anche la Commissione Rodotà aveva tentato, mette in evidenza alcune differenze difficilmente superabili.

La tesi che si vuole invece sostenere è quella che vede nei beni comuni un particolare *genus* della *species* beni pubblici. Si potrebbe includere in essa i beni immateriali, quelli che sono scarsi e non riproducibili, che hanno sia una proprietà, sia un godimento collettivo. Far rientrare i beni comuni nella più ampia categoria dei beni pubblici avrebbe il pregio di garantire a questi ultimi una tutela più stringente, più consolidata e nello stesso tempo rinvigorirebbe la vecchia categoria, svilita da ripetute privatizzazioni e alienazioni in favore di privati. La riforma potrebbe dunque concentrarsi su una modifica dell'art. 42 Cost. non per inserire un *tertium genus*, ma per garantire una tutela più stringente ai beni pubblici.

On the Juridical Nature of Commons

Thanks to the Common goods, the discussion about the public property, the access of water, food or other primarily goods has risen. The next step was to elaborate a theory of Commons Goods. It would be useful to legitimize a sharing use of public or private property. The difficult is Common good is a concept that includes very different situations and goods, therefore it is not a category of law.

Some scholars revives the tradition dating back to Roman law; it is not easy to track down the categories that befitting to "common goods"; Furthermore, a diachronic comparison of goods and situations that are affected by a completely different context, remains difficult to solve.

The matching between common goods and the historical sharing properties (usi civici) is not so easy, too because there are the insurmountable differences.

A possible theory considers the commons goods as particular *genus* of the species public goods.

It could be included in it, the immaterial goods, the scarce and non-reproducible ones. All these goods must have a sharing use and property. If common goods were considered as public goods, it may provide us a strict and traditional protection; moreover the traditional category would come back in vogue. The reform in this case it is expected to change the article 42 of Constitution but it would not involve to insert a third category (the common goods) but to reform and to reinforce the category of public goods.

Alberto Lucarelli, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni.*

Le riflessioni sviluppate nel testo riguardano il tema dei beni pubblici e del loro uso da parte della collettività. In particolare l'autore ripercorre le tappe fondamentali delle principali concezioni teoriche sui beni, a partire dalla tradizione romanistica, passando per la visione tipica dello stato amministrativo di epoca napoleonica fino allo statuto della proprietà pubblica del codice civile e della costituzione del 1948.

La ricostruzione teorica propone infine una particolare declinazione dei beni pubblici, intesi come beni comuni, non in proprietà pubblica ma in uso pubblico, prendendo le distanze anche dalla concezione di proprietà collettiva.

Crisis of the Democracy and Social Function of the Public Goods. Towards the Commons

The reflections developed in the text concern the theme of public goods and their use by the community. Particularly, the author traces the milestones of the main theoretical conceptions on goods, beginning from the roman tradition, passing by the typical view of the administrative state of the Napoleonic age, until the statute of public property of the Civil Code and the Constitution of the 1948. The theoretical reconstruction proposes at last a particular declination of public goods, understood as commons, not in public property but in public use, also taking the distances from the conception of collective property.

Emanuele Rossi, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*

Il lavoro analizza il tema della democrazia partecipativa alla luce delle soluzioni legislative adottate nell'ordinamento italiano, sia a livello nazionale che regionale. Dopo aver considerato le finalità, costituzionalmente rilevanti, di queste forme di partecipazione e cercato di definire il concetto di "democrazia partecipativa" – anche alla luce di concetti vicini o simili, quali in particolare quello di "democrazia deliberativa" –, l'A. analizza le nuove forme di partecipazione alle politiche pubbliche previste e regolate a livello regionale. Nello specifico vengono considerate le leggi della Toscana e dell'Emilia-Romagna, che costituiscono il tentativo più avanzato di introdurre forme di partecipazione popolare all'elaborazione delle politiche pubbliche a livello locale. Sul piano nazionale, vengono analizzate alcune previsioni relative alla partecipazione al procedimento amministrativo (relativamente alle Autorità amministrative indipendenti) ed anche la prassi recente di far precedere, da parte del Governo, la presentazione di disegni di legge alle Camere da una consultazione aperta. In conclu-

sione vengono accennati alcuni dei vantaggi e dei connessi rischi relativi allo sviluppo di tali forme di partecipazione.

The Goals and Instruments of Participatory Democracy in the Italian Legal Order.

This essay analyses the subject of participatory democracy in light of the legislative solutions adopted in the Italian legal order, both at national and at regional level.

After having considered the constitutionally relevant goals of these forms of participations and defined the concept of “participatory democracy”- also in light of other similar concepts, like that of “deliberative democracy”- the author explores some new forms of participation in public policies present at regional level. Specifically, the author considers the regional laws of Tuscany and Emilia-Romagna, which represent the most advanced attempt at introducing forms of popular participation in the elaboration of public policies at local level. At national level, the author looks at some provisions concerning the participation in the administrative procedure (with particular regard to the independent administrative authorities) and at the recent praxis concerning the celebration of open consultations before the submission of government bills to the chambers.

In the final part of the essay, some advantages and risks connected to the development of these forms of participation are mentioned.

Vincenzo Cerulli Irelli, *Beni comuni e diritti collettivi*

L’espressione “beni comuni” individua diverse realtà. Sono “beni comuni” le cose del mondo materiale oggetto di particolari “diritti” di appartenenza attribuiti alla collettività di abitanti (la cd. proprietà collettiva), nonché il territorio, il paesaggio e l’ambiente, beni sui quali le autorità pubbliche esercitano il potere di governo e di gestione nell’interesse della collettività. Una terza accezione, priva di qualsiasi valenza giuridica, identifica i beni comuni nella “tutela della salute”, nella “diffusione della cultura”, nella “buona amministrazione”. In tal caso, si tratta più propriamente di una espressione evocativa di obiettivi dell’azione politica e di governo.

The Commons

The word commons has different legal meanings: The things that belong to a community; The land, the landscape and the environment, which are managed by public authorities in the public interest. Despite the use in the political discourse the “protection of health”, the culture, the “good administration” are not commons, they are instead evocative expressions, which indicate objectives of the policy and government.

Lorenza Violini, *Il bene comune acqua nella prospettiva multilivello*

Il presente contributo si interroga sul senso del diritto all'acqua inquadrato nella prospettiva dei c.d. "beni comuni". Le riflessioni muoveranno da alcuni spunti offerti dalla letteratura in materia per svilupparsi poi nell'ambito dei diversi livelli di governo coinvolti nella tutela del diritto all'acqua: il livello internazionale, il livello europeo e il livello nazionale.

Water as a Common Good: a Multilevel Perspective

The present paper deals with the sense of the right to water analyzed within the common goods' perspective.

The following reflections will take into account the most relevant doctrines and will be developed through the three levels of government involved in the protection of the right to water: international, european and national level.

Federico Sorrentino, *L'acqua come bene comune e come servizio pubblico*

Al di là della pretesa – in sé legittima – di considerare l'acqua un *bene comune*, ciò che in concreto rileva è che il servizio di captazione, di adduzione e di distribuzione dell'acqua è un servizio pubblico di rilevanza economica, il cui affidamento deve essere effettuato con procedure ad evidenza pubblica.

Di qui scaturisce la necessità che il suo svolgimento copra i costi – compresi quelli finanziari – che il gestore deve affrontare, essendo inammissibile che le caratteristiche del "bene comune" debbano determinare l'accollo da parte della collettività dei costi della sua gestione.

Water as a Common Good and a Public Service

Apart from the claim – in itself legitimate – to consider water a "common good", it is stated that finding, innig and distributing water is an important economic public service, which is to be carried out following public interest procedures.

This leads to the requirement that the cost associated with the above activities – including the financial cost – should be completely covered, since it is considered inadmissible that the mere characteristic of "common good" should determine a financial burden for society.

Andrea Di Porto, *Per uno statuto della proprietà dei beni destinati all'uso pubblico*

Con le note sentenze delle sezioni unite civili della Corte di Cassazione sulle valli da pesca della laguna di Venezia (nn. 3665, 3811, 3812, 3936-3939 del 14-

18 febbraio 2011), la nozione di “beni comuni” – come beni, non importa se pubblici o privati, strumentalmente collegati alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini – è entrata nel nostro diritto vivente. Tale nozione non è nuova: la giurisprudenza creativa della stessa Cassazione, antecedente al codice civile del 1942, aveva già individuato una categoria di beni, non soltanto privati ma anche pubblici, destinati all’uso pubblico o, in prospettiva soggettiva, una categoria di diritti di uso pubblico sui medesimi beni, costruendo per tali diritti una disciplina articolata in principi fra i quali spiccava quello della legittimazione popolare. Ma, dopo l’entrata in vigore del codice civile del 1942, ed in particolare dell’articolo 825, che assoggetta al regime del demanio pubblico i beni privati funzionali al “conseguimento di fini di pubblico interesse”, la suddetta disciplina era stata confermata soltanto con riferimento a diritti di uso pubblico su beni privati. La nozione di “beni comuni” che si ricava dalle sentenze della Cassazione sulle valli da pesca della laguna di Venezia rimette sullo stesso piano i diritti di uso pubblico su beni privati e i diritti di uso pubblico su beni demaniali. I principi creati dalla giurisprudenza antecedente al codice civile del 1942 potrebbero quindi costituire la base per uno statuto della proprietà, pubblica, privata e collettiva, dei beni destinati all’uso pubblico.

For a Regulation of Property of “Commons”

Thanks to the well known judgements of Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) about the fishing valleys of Venice lagoon (nn. 3665, 3811, 3812, 3936-3939 of 14-18 february 2011), the notion of “commons” – as goods, no matters if in public or in private property, instrumentally linked to realization of citizens’ interests – entered the domestic jurisprudence. The notion is not a novelty: the creative case law of the same Supreme Court (Corte di Cassazione), before the Italian civil code of 1942 entered into force, had already identified a category of goods, not only in private but also in public property, intended for a public use or, in a subjective perspective, a category of rights of public use on the same goods. Popular legitimation principle stood out among the fundamental principles regulating such rights. However, after the coming into force of Italian civil code of 1942, and especially of article 825, which subjects to the public domain legal rules private goods instrumental in the “achievement of public purposes”, the above mentioned principles were confirmed with only reference to rights of public use on goods in private property. The notion of “commons” that emerges from the judgments of Supreme Court (Corte di Cassazione) about fishing valleys of Venice lagoon puts again on the same level rights of public use on goods in private property and rights of public use on goods in public property. The principles created by the case law before the entry into force of the Italian civil code of 1942 may therefore represent the basis for the regulation of public, private and collective property of goods destined for public use.

Quirino Camerlengo, *La controversa nozione di bene comune*

Il tema dei beni comuni ha ripreso vigore in occasione del rilancio delle privatizzazioni. Infatti, gli studiosi che hanno propugnato l'idea di un *tertium genus* di beni, distinti tanto dai beni privati quanto dai beni comuni, aspirano a costruire un edificio teorico volto a limitare la discrezionalità delle istituzioni nella alienazione dei beni in questione e nella devoluzione a privati delle relative attività di fornitura.

Questo saggio, che mette in contatto diritto e analisi economica, mira a offrire una serie di spunti di riflessione, anche critica, al fine di sondare le possibilità di un corretto e coerente inquadramento dei beni comuni all'interno del diritto positivo italiano, con una particolare attenzione ai principi costituzionali incisi da tale fenomeno.

The Controversial Concept of Common Good

Simultaneously with the start of privatization, the theme of the commons has involved scholars of law and economic analysis lovers. The theory of the commons wants to set limits to state power to transfer to private some goods considered indispensable for the effective exercise of fundamental rights.

This article aims to provide a number of insights, even critical, in order to explore the possibilities of a correct and consistent framework of common goods within the Italian positive law, with a particular attention to constitutional principles engraved by this topic.

Fulvio Costantino, *Bene comune e scelta del regolatore*

Al di là del dibattito sul significato dell'espressione "commons", specialmente in riferimento all'acqua, non c'è dubbio sull'importanza della risorsa, sia in senso economico che giuridico.

L'attuale agenzia, classificata tra le indipendenti, AEEGSI, è in grado di regolare efficacemente il settore idrico? Essa è imparziale rispetto alle varie politiche del settore idrico?

Commons and Regulatory Choices

Beyond the economic and legal debate on the meaning of "commons", there is no doubt about the great importance of the water resource.

The current agency, AEEGSI, classified as independent, is able to regulate effectively the water sector? Is it impartial with respect to the different views about the regulation of the sector?

Roberto Di Maria, Filippo Romeo, *I beni confiscati alla criminalità come “beni comuni”*: brevi considerazioni, tra diritto pubblico e privato

La categoria dei c.d. “beni comuni” – di relativamente recente conio – è ancora oggetto di una non pienamente definita qualificazione giuridica; la prospettiva che pare più utile, agli Autori, per addivenire alla premessa definizione è quella “funzionalistica” ovvero quella per cui i “beni” assumono rilevanza e si connotano in funzione di un particolare fine sociale e, in specie, per l’esercizio dei diritti fondamentali e per il libero sviluppo della persona. Sotto questo profilo, allora, sembra possibile ricondurre entro la suddetta categoria anche i beni confiscati alla criminalità, nonché soggetti ad amministrazione giudiziaria, appunto in ragione della loro “funzionalizzazione sociale”: la regolamentazione della relativa procedura è conforme, infatti, con i principi di “partecipazione” e “personalistico”, di eguaglianza e solidarietà, con la garanzia dei diritti sociali ed – in particolare – con la “funzione sociale” della proprietà. Ed è proprio alla luce dei premessi principi che si rinviene, dunque, il legame sostanziale con la nozione (astratta) di “bene comune” quale categoria posta alla base di una democrazia partecipativa, espressione dell’impegno e della responsabilità di ogni individuo (potenziale utilizzatore) finalizzata a soddisfare interessi di lungo periodo e bisogni delle generazioni future.

The Goods Confiscated to the Organised Crime as “Commons”: a Few Notes, between Public and Civil Law

The category of “Commons” – quite new in coining – it is actually lacking in a fully precise juridical definition; the better perspective to gain such definition is, in the opinion of the Authors, the “functional” one, that is to qualify the “Goods” in order to perceive a specific social utility and, especially, the practice of fundamental rights and the free development of individual. From this point of view, then, it is possible to include in such category also the goods confiscated to the organised crime, even if under judiciary administration, just because their “social function”: the regimentation of this procedure complies, indeed, with the principles of “participation” and “personalist”, of equality and solidarity, with the guarantee of social rights and – especially – with the “social function” of property. According to these principles we may focus the link with the (abstract) definition of “Common”, such as a category founded on participative democracy, expression of individual duties and responsibility (of the potential users) and finalized to satisfy long-term interests and the needs of future generations.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

- MASSIMO LUCIANI, Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, “Sapienza” Università di Roma
- FRANCESCO VIOLA, Professore emerito di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo
- ERMANNIO VITALE, Professore associato di Filosofia politica, Università della Valle d'Aosta
- SANDRO STAIANO, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II
- LUIGI D'ANDREA, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina
- INES CIOLLI, Professore associato di Diritto costituzionale, “Sapienza” Università di Roma
- ALBERTO LUCARELLI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Napoli Federico II
- EMANUELE ROSSI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa
- VINCENZO CERULLI IRELLI, Professore ordinario di Diritto amministrativo, “Sapienza” Università di Roma
- LORENZA VIOLINI, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano
- FEDERICO SORRENTINO, Professore emerito di Diritto costituzionale, “Sapienza” Università di Roma
- ANDREA DI PORTO, Professore ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità, “Sapienza” Università di Roma
- QUIRINO CAMERLENGO, Professore associato di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Pavia
- FULVIO COSTANTINO, Professore a contratto in Diritto amministrativo europeo, Università di Macerata
- ROBERTO DI MARIA, Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università Kore di Enna
- FILIPPO ROMEO, Professore associato di Diritto privato, Università Kore di Enna

Il sommario e gli *abstracts* dei contributi pubblicati in ciascun fascicolo sono reperibili anche in **www.editorialescientifica.com**, nella apposita pagina web dedicata a «Diritto e Società».

La direzione e la redazione di «Diritto e Società» hanno sede in Roma, presso Maria Alessandra Sandulli, corso Vittorio Emanuele, 349.

La Rivista “Diritto e Società” – fondata da Giovanni Cassandro, Vezio Crisafulli e Aldo M. Sandulli – giunge alla terza serie, curata dalla Editoriale Scientifica di Napoli, dopo essere stata edita da Sansoni e da Cedam.

La Rivista è dotata di un Comitato di direzione che ha il compito di curarne la gestione, con specifico riguardo al programma editoriale. A tale fine la direzione si avvale della collaborazione del Comitato scientifico.

I lavori proposti per la pubblicazione sulla Rivista sono vagliati dal Comitato di direzione e successivamente sottoposti ad almeno due esperti esterni al predetto Comitato. I contributi sono inviati ai *referees* in forma anonima e dopo aver eliminato anche i riferimenti, non solo bibliografici, che possano determinarne la riconoscibilità. Allo stesso modo, rimangono anonimi per l'autore del contributo gli esperti esterni che procedono alla valutazione.

I *referees* cui sottoporre i contributi sono scelti dal Comitato di direzione da un elenco approvato e periodicamente aggiornato dal predetto Comitato. Tale elenco è composto da professori ordinari di università italiane sia in servizio che in pensione, da docenti stranieri con qualifica equivalente e da altri studiosi di indiscusso prestigio e rilevante produzione scientifica, in numero non inferiore a quindici.

Il parere degli esperti, che deve attenersi ai criteri definiti in via generale dal Comitato di direzione, è comunicato in via riservata al predetto Comitato. In caso di parere non unanime dei *referees*, il Comitato di direzione decide a maggioranza sulla pubblicazione.

In casi particolari, quali ad esempio la pubblicazione di relazioni svolte a Convegni, il Comitato di direzione può decidere di non sottoporre il lavoro alla valutazione di esperti esterni alla Rivista. Ad ogni modo, a detta valutazione sono soggetti almeno il 60% dei lavori pubblicati in ciascun fascicolo nelle sezioni Saggi, Osservatorio, Attualità.

In questo fascicolo sono stati sottoposti a valutazione esterna i contributi di Vitale, Staiano, D'Andrea, Ciolli, Lucarelli, Rossi, Camerlengo, Costantino, Di Maria-Romeo.

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel./fax 081 5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Maria Alessandra Sandulli

Abbonamenti

All'amministrazione devono essere indirizzate le richieste di abbonamento, le rimesse in denaro, le comunicazioni per cambiamento di indirizzo e i reclami per mancato ricevimento dei fascicoli.

Abbonamento 2016: Italia euro 120,00, estero euro 280,00

Registrazione

Tribunale di Roma n. 165 del 24 maggio 2012

Finito di stampare nel mese di dicembre 2016
da *La Buona Stampa* – Napoli