



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2017

LE RIFORME IN UNA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

Note minime su beni comuni e funzione amministrativa

di M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI

NOTE MINIME
SU BENI COMUNI E FUNZIONE AMMINISTRATIVA

di *M. T. Paola Caputi Jambrenghi*
Professore associato di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Bari «Aldo Moro»

ABSTRACT

ITA

Grazie ad alcune riflessioni dottrinarie e giurisprudenziali degli ultimi due lustri la nozione di beni comuni, variamente intesi nel nostro ordinamento, assume un portato dai contorni più precisi. Queste note affrontano il tema dei beni comuni, partendo dalla questione costituzionale dell'attitudine di questa categoria ad essere strumenti per la realizzazione dei diritti fondamentali, per giungere a riflettere su alcune funzioni amministrative esercitate nella gestione del territorio, dell'ambiente e del paesaggio, beni comuni che le istituzioni governano e gestiscono nell'interesse della collettività. Si affronta il tema del regime dominicale dei beni comuni e, di scorcio, della proprietà collettiva e dei diritti su alcune cose del mondo materiale, beni comuni di "proprietà collettiva".

Rilevata l'estrema eterogeneità della categoria e valutati gli interrogativi espressi dalla dottrina in ordine all'appartenenza del bene, si offre un inquadramento dogmatico che poggia sulla particolare attitudine di questi beni - e sulla loro conseguente destinazione - a soddisfare le esigenze della collettività, attraverso il loro uso (fruizione), perché si tratta di beni appartenenti alla collettività e destinati a soddisfare interessi *omnium communes*. Passando per la nozione di bene comune offerta dalla dottrina giuridica e da quella economista e per i principi fissati dall'ordinamento comunitario, lo studio offre spunti di riflessione sull'obbligo di tutela e sulla funzione amministrativa in ordine a

particolari “luoghi” ove dimorano molti *commons*: l’ambiente, il paesaggio e i beni culturali.

EN

Thanks to some doctrinal and jurisprudential considerations in the last two decades, the notion of commons, variously understood in our legal system, plays a lead with more precise contours. These notes address the issue of common goods, starting from the constitutional issue of the ability of this category to be instruments for the realization of fundamental rights, eventually reflecting on some administrative functions performed in the management of territory, environment and landscape, which are common goods that institutions govern and manage in the interest of the community. These notes deal with the theme of the dominical regime of common goods and, in a glimpse of collective property and the rights to some things in the material world, common goods of “collective property”.

Detected the extreme heterogeneity of the category and evaluated the questions expressed by the doctrine in order to the right of property of commons, this paper offers a dogmatic framework that rests on the attitude and the destination of the commons to meet the needs of the community through their use. This because they are property belonging to the community and to meet the interests *omnium communes*. Crossing the notion of commons offered by legal and economist doctrines and the principles laid down by European law, the study offers insight on the duty of protection and on administrative functions in order to specific “places” where they live many commons: environment, landscape and cultural heritage.

NOTE MINIME SU BENI COMUNI E FUNZIONE AMMINISTRATIVA

di *M. T. Paola Caputi Jambrenghi*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *Eterogeneità dei c.d. beni comuni nelle riflessioni della dottrina*; 3. *Uso e fruizione di beni destinati a soddisfare interessi omnium communes*; 4. *Concezione economica dell'uso e interrogativi sull'appartenenza giuridica del bene comune*; 5. *Aspetti, suggestioni e necessari approfondimenti in materia ambientale*; 6. *Il principio di precauzione e la Commissione europea*; 7. *Beni culturali, paesaggio e ambiente: obbligo di tutela e funzione amministrativa*.

1. Premessa

La diffusione di una nozione di bene d'interesse pubblico intitolata ai "beni comuni" in parte della dottrina degli ultimi tempi, oltre che in giurisprudenza, sia pure talvolta in modo acritico, induce a soffermarsi, almeno di scorcio, sul *novum* che la giustificerebbe.

I beni comuni, nelle riflessioni della letteratura rappresentano «il futuro, il nuovo asse di una trasformazione totale che investe lo stile di vita, i rapporti sociali, la struttura economica e le forme giuridiche». Potente è il loro fascino, poiché essi rappresentano «la sintesi di un mondo più umano e vivibile, la bandiera di chi vuole un altro futuro, il linguaggio del cambiamento»¹.

I beni comuni, infatti, sono oggetto di studio ed approfondimento da parte dello scibile delle scienze umanistiche, sociali, economiche e tecniche, che ne ricercano e prospettano nozioni e visioni diverse, non agevolando una ricostruzione univoca, che sia omnicomprensiva delle diverse *istanze*.

Anche per questa circostanza, v'è chi ritiene che quello dei beni comuni sia un "terreno di scontro" che grava di un eccessivo «sovaccarico ideologico ... una nozione la cui sola proposta scientifica reca

¹ A. ALGOSTINO, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2013, p. 2 e 28.

con sé una (almeno implicita) proposta politica, una torsione propositiva, un invito all'azione»².

Questa eterogeneità dei beni comuni, tuttavia, può essere riportata ad unità, secondo le prospettazioni giuridiche più accreditate, individuando il baricentro della categoria – a prescindere dal regime dominicale impresso dall'ordinamento giuridico – nell'attitudine di questi beni ad essere strumenti per la realizzazione dei diritti fondamentali della persona e per il suo libero sviluppo.

In queste notazioni, passando per alcune riflessioni giuridiche sui beni comuni tra regime dominicale e funzionalità del bene, si cercherà di offrire, limitatamente al settore dell'ecosistema e della tutela del patrimonio culturale del nostro Paese, alcuni spunti di riflessione sull'esercizio della funzione amministrativa in questi settori, nella prospettiva di contribuire ad un rinnovato dibattito da parte della dottrina giuridica, a partire dalla definizione generale di bene comune.

Una definizione che non può che essere *inclusiva*, allorché si prenda coscienza della dimensione, potrebbe dirsi, planetaria della questione dei beni comuni, della loro nozione e della possibilità/impossibilità di dettarne una disciplina univoca e *settoriale*, ai fini della loro tutela: la tutela, la cura e la stessa vita dei beni comuni non può che trovare espressione nei vincoli solidaristici che legano le generazioni di esseri umani che transitano o potrebbero transitare “nel mondo”, e che, nel fruire dei beni comuni, intervengono nella loro cura e tutela, talvolta in modo organizzato e sistematico, a prescindere dalla regolamentazione imposta dalle autorità politico-amministrative competenti. Si tratta del principio di sussidiarietà nella sua dimensione orizzontale, accolto da qualche anno nel nostro ordinamento costituzionale, che trova le sue fondamenta nella solidarietà sociale e nel civismo di ciascuno.

2. Eterogeneità dei c.d. beni comuni nelle riflessioni della dottrina

Nella prospettiva giuridica, come si vedrà nel corso di queste notazioni, la premessa maggiore sui beni/risorse comuni poggia sul presupposto che essi siano tali in relazione non al regime dominicale,

² Così M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2016, 375 ss., spec. p. 375.

bensì all'attitudine della risorsa a soddisfare i diritti fondamentali o gli interessi superindividuali³.

Infatti, studiando questa attitudine del bene come base fondante della categoria dei beni comuni, alcuni autori⁴ hanno dato vita alla c.d. corrente *benecomunista*, che pone a fondamento della propria prospettiva la connotazione funzionale dei beni comuni, quella cioè che consente di classificarli in quanto capaci di soddisfare i diritti fondamentali nel rispetto dei principi di coesione economica e sociale, della sostenibilità ambientale, del servizio universale e della giustizia socia-

³ In questa prospettiva, nella categoria dei beni comuni devono essere inclusi, con sicuro fondamento dottrinario, anche i beni immateriali e, per la precisione, i c.d. *new commons*.

In proposito, S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, in *www.federalismi.it*, n. 7/2013, p. 8 definisce la nascita dei *new commons* come «un contromovimento di difesa di risorse minacciate dalla privatizzazione (come è stato nel caso dell'acqua in Italia), o anche, spesso dalla loro appropriazione da parte di poteri pubblici, agevolato dalle immense possibilità di comunicazione e interazione tra gruppi di attivisti offerte dallo sviluppo di internet che ha proiettato a livello globale realtà locali di minaccia a beni comuni che sarebbero altrimenti passate inosservate». Si tratta, in gran parte, secondo l'a., «di una reazione all'affermarsi a livello globale di un movimento economico consistente nel trasferimento di risorse da beni immateriali o da servizi dal dominio collettivo a quello del mercato; (...) un movimento che è stato denominato le "seconde enclosures" (le prime enclosures, come è noto, sono le appropriazioni di terre comuni verificatesi in Inghilterra e nel Galles a partire dalla fine del XV secolo e fino al XVIII secolo che segnarono, secondo Marx, l'effettivo inizio del capitalismo)». Eppure, avverte Nespors, si continua a far rientrare nella categoria dei beni comuni cose estremamente diverse, che hanno senz'altro qualcosa in comune con altri beni certamente ascrivibili alla categoria, «ma non è facile stabilire esattamente che cosa. E non è così chiaro se quel "qualcosa" in comune è sufficiente per organizzare una categoria unitaria di beni comuni. Qui sta il pericolo, ripetutamente segnalato da ALBERT HIRSCHMAN, *Le passioni e gli interessi*, Feltrinelli 2011 (ed. originale *The Passions and the Interests: Political Arguments For Capitalism Before Its Triumph*. Princeton, Princeton University Press 1977) e da STEFANO RODOTÀ: se tutto diventa bene comune, niente può essere davvero giuridicamente protetto dall'aggressione da una parte della proprietà privata e del mercato, dall'altra dall'ambiguo e spesso mortale abbraccio della proprietà pubblica». Sulle prospettive di regolazione dei *new commons* cfr. B.L. BOSCHETTI, *The demand for land: rethinking land use management and regulation*, in *www.federalismi.it*, n. 13/2015.

⁴ Tra i quali v. anzitutto U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015; S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma – Bari 2014; ID., *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Quest. giust.* 2011, p. 237 ss; U. MATTEI, E. ROVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma 2010; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008.

le⁵. Anche nei rapporti di proprietà pubblica⁶ non è il regime domenicale che imprime ai beni la qualificazione di beni comuni, bensì la loro vocazione e conseguente destinazione alla fruizione pubblica, all'uso comune, che può sopportare soltanto quelle limitazioni funzionali alla garanzia effettiva della piena fruibilità di un bene.

Nella dottrina si discorre sempre più di frequente di una nuova e multiforme categoria giuridica di beni comuni, che si aggiungerebbe a quelle ben note di beni pubblici e beni privati. Sebbene da un lato, sia innegabile che i beni considerati di interesse comune, perché aperti all'uso comune, subiscano un processo di individuazione e categorizzazione complesso, poiché oggetto di interesse da parte di molteplici fonti di diversa derivazione, in ragione della irriducibilità ad unum delle cose comuni, nonché della dimensione sovranazionale delle problematiche connesse alla fruizione, dall'altro, va registrata la generale tendenza dell'ordinamento giuridico – peraltro contestata soprattutto dai seguaci della teorica del benicomunismo, che aspirano ad un'amministrazione responsabile affidata a gruppi di cittadini volontari – ad affidare questi beni alla titolarità pubblica, che ne regola gli usi attraverso l'esercizio delle funzioni di regolazione e direzione pubblica dell'economia (basti pensare alle funzioni di polizia esercitate dall'amministrazione sui beni a fruizione collettiva).

In questa prospettiva, un intervento significativo sul 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 rintracciabile nella giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione⁷, ove si «avvia una nuova concezione di 'be-

⁵ Si vedano in proposito le riflessioni offerte da P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2012.

⁶ In questi, infatti, si inseriscono agevolmente i beni immobili e le universalità di beni mobili attribuiti dall'ordinamento a soggetti pubblici, affinché ne garantiscano l'apertura all'uso di tutti, «non soltanto di comunisti o più in generale dei cittadini italiani, ma di tutta l'indeterminabile schiera di possibili utenti». Così P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa. Reti di libertà*, Bari 2015, p. 250.

⁷ Si fa riferimento alla sentenza della suprema Corte di cassazione a sezioni unite civili 14 febbraio 2011, n. 3665 in materia di valli da pesca. Qui, i giudici hanno respinto un ricorso tendente ad ottenere l'accertamento della natura giuridica privata di una valle da pesca rappresentante una laguna viva, cioè in comunicazione periodica con il mare (Adriatico), rivendicata in proprietà attrice dalla società attrice, già soccombente dinanzi al Tribunale e alla Corte d'appello di Venezia in quanto quella era demaniale sin dal 1841 quando un regolamento austriaco, dell'8 ottobre 1841, in vigore dal 20 dicembre 1841 mediante pubbli-

ne pubblico', inteso nel senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali.... da tutelare nell'interesse della collettività *costituita da persone fisiche*»⁸.

E, avverte questa dottrina, al di là della tematica della comunione (art. 110 ss. del codice civile), a volte la stessa proprietà privata – l'esperienza del nostro ordinamento giuridico insegna – è gravata dalla presenza di altri diritti, appartenenti alla comunità (si pensi agli usi civici e ai diritti di uso pubblico). Si prospetta qui una visione del bene comune che investe la materia della proprietà e dei beni, in una *prospettiva collettivistica*, o *comunitaria*, e ne ricava l'esistenza di «diritti collettivi in ordine a molteplici categorie di cose del mondo materiale». Nella decisione sulle valli da pesca è questa prospettiva che viene valorizzata, mentre l'aspetto dominicale della tipologia del bene cede

cazione-notifica, dispose che tutte le zone lagunari erano demaniali, anche in caso di laguna morta, non comunicante con il mare.

La commistione con le acque marine non consente, del resto, di sottoporre la laguna viva ad un regime giuridico diverso da quello della foce del fiume, della spiaggia e dell'arenile, che non sono assimilabili al mare territoriale – *res esclusa* dalla demanialità, ma soggetta alla potestà di regolamentazione, c.d. sovranità, da parte dello Stato –, ma costituiscono demanio marittimo: conseguentemente il codice della navigazione, r.d. 30 marzo 1942, n. 327, sotto il titolo II “Dei beni pubblici destinati alla navigazione”, annovera un capo I dedicato al demanio marittimo.

La norma di cui all'art. 28, primo dei 28 articoli dedicati al demanio marittimo, ricomprende alla lett. b), tra i “beni del demanio marittimo le lagune, le foci dei fiumi che sboccano al mare (se quei fiumi fossero immissari di un lago, le foci farebbero parte del demanio lacustre, oramai da lungo tempo in titolarità regionale), i bacini d'acqua salsa o salmastra che, almeno durante una parte dell'anno, comunicano liberamente col mare”.

Come abitualmente accade in questo genere di controversie, le allegazioni della società pretendente la proprietà della valle salsa, fondate nella realtà di atteggiamenti di assoluto distacco dell'amministrazione marittima competente rispetto alla valle da pesca – talora “venduta” tra privati nei decenni –, a nessun risultato potevano condurre dal momento che nessun procedimento di sdemanializzazione era mai intervenuto, del resto non sarebbe stato in via di principio agevole sclassificare un bene di demanio “necessario” di tipo naturale (a differenza dei porti, dei fari⁷, delle opere destinate alla difesa nazionale, demanio necessario ma artificiale, più facilmente sdemanializzabile).

Ma le sezioni unite civili, investite del ricorso per la cassazione della decisione di appello della Corte veneziana, con la sentenza n. 3665/2011 da un lato, confermano il *decisum* della Corte territoriale e, dall'altro, esprimono anzitutto concetti generali sul *suum* della proprietà, sia pubblica che privata, per vero da tempo elaborati ed accolti dalla dottrina.

⁸ Così V. CERULLI IRELLI, *Beni comuni e diritti collettivi*, in *Dir. e soc.*, n. 3/2016, p. 530.

il passo alla *realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento della personalità*.

D'altro canto, se tra i principi fondamentali della Repubblica democratica fondata sul lavoro è annoverato quello che attiene al riconoscimento dei diritti inviolabili anche nelle formazioni sociali, dove la persona preferisca o comunque si trovi a svolgere la sua personalità, richiedendo, specularmente, l'adempimento dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale (sopportare l'esproprio per p.u., accettare limiti e conformazione d'autorità della proprietà privata, per esempio quello di non poter dominare in alcun caso un bene demaniale, ecc.); se, inoltre, è principio fondamentale che la Repubblica tuteli il paesaggio e il patrimonio storico ed artistico della Nazione (art. 9, co. 2) e che alla proprietà pubblica – di cui all'esordio della norma costituzionale sulla proprietà all'interno dei "rapporti economici" (art. 42) – debba riconoscersi un valore politico interamente funzionale all'interesse pubblico, ne deriva che con questa ultima la Repubblica persegue il soddisfacimento di interessi della collettività «in particolare la tutela dell'umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello stato sociale». Può dirsi che una regola come questa, pesantemente basata su pilastri costituzionali quali i principi fondamentali ed i rapporti economici di rilievo generale per la Nazione, più ancora si giustifica di fronte al demanio naturale e necessario come quello che caratterizza le valli da pesca della laguna veneta, ciò che respinge nell'area della nullità, per impossibilità dell'oggetto, qualsiasi pretesa privata, *ex contractu* oppure originaria (*usucapione*), di acquisto della sua proprietà a titolo privato in mancanza della conclusione della procedura di sdemanializzazione – che, peraltro, quanto ad un immobile di demanio necessario e naturale, si colloca al limite dell'improponibilità, salvo sconvolgimenti intervenuti nella realtà territoriale: la funzionalità "pubblico collettivistica" delle valli da pesca.

3. Uso e fruizione di beni destinati a soddisfare interessi *omnium communes*

Sta di fatto che un enunciato giurisprudenziale – colto ma di certo basato su principi non nuovi alla dottrina ed alla stessa giurisprudenza – pubblicato quasi contemporaneamente alla conclusione dei lavori di una Commissione di esperti nominata dal Governo nel febbraio 2008,

essenzialmente giuristi di diritto civile, con una sola eccezione, che avevano il compito di aggiornare la classificazione dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili, ed anche disponibili, contenuta nel libro III “Della proprietà” del cod. civ., in vigore dal 1941 (artt. 822-830) e nel codice della navigazione, art. 28, nonché nelle altre norme speciali (sulle acque interne, sulle opere destinate alla difesa nazionale – art. 822, co. 1, cod. civ. –, del codice dell’ambiente 2006, sugli acquedotti, sul codice della strada, sul testo unico sui beni culturali, d.lgs. n. 42/2004, le norme sul demanio comunale specifico, cimiteri e mercato, su boschi e foreste, sui beni destinati a pubblici servizi, ecc.) non poteva passare inosservato: e la “categoria” che si potrebbe forse definire in progress dei beni comuni si è andata diffondendo rapidamente fino a configurare – sempre nella tendenza di parte della dottrina – un terzo *genus* di beni non pubblici, non privati ma comuni.

Il lavoro della Commissione – che, in sintesi, ha scomposto e ricomposto le categorie note dei beni pubblici in «beni comuni, beni di appartenenza pubblica necessaria, beni sociali o a destinazione pubblica» – è stato commentato da uno dei suoi componenti non civilisti. Secondo alcuni esponenti della nuova dottrina i beni comuni comprenderebbero anzitutto cose attualmente inquadrare nella categoria della demanialità, aperte all’uso pubblico, come può dirsi per i beni culturali, soggette a godimento generale; ma allo stesso tempo res del tutto eterogenee, tanto da indurre a dubitare anzitutto che si tratti di beni, una varietà di altre realtà oggettive o ipotesi mere, assai diverse, come il diritto al lavoro, in quanto bene primario protetto dalla Costituzione, o i farmaci, in quanto utili alla salute – bene comune – anch’essi beni comuni. Anche l’astensione collettiva dal lavoro, se rispettosa delle norme che la regolano *ab extra*, in altri termini se accuratamente motivata ed attuata pacificamente farebbe parte dei beni comuni.

È evidente che la nuova categoria, tradotta oggi in diritto positivo, riguarderebbe, oltre che i beni tuttora definiti nel codice civile come demaniali (art. 822), di demanio necessario (co. 1, art. 822) ed eventuale (co. 2, art. 822), anche i beni del patrimonio indisponibile e disponibile (artt. 826, 828 e 830 cod. civ.): beni comuni indistinti dopo settantasette anni di chiara differenziazione, anche se talora non proprio soddisfacente in diritto positivo.

Ma la categoria si vuole oggi estesa⁹, come abbiamo accennato, anche a fonti di diritto costituzionale, al lavoro ed alla salute, beni comuni di ciascuno e della società ad un tempo ed ai farmaci, che, in quanto funzionali alla salute, non potrebbero non definirsi beni comuni restando fuori dalla categoria¹⁰.

⁹ Cfr. Cass. civ., ss.uu., sentenza n. 228 del 2004. In Cons. Stato, sez. VI, sentenza 12 febbraio 2015 si legge che «in sede di impugnazione in grado di appello di una autorizzazione paesaggistica da parte di una associazione ambientalista, è inammissibile ogni censura attinente a profili di carattere edilizio, così come ogni censura strettamente di tipo proprietario, potendosi invece far rilevare vizi dell'autorizzazione paesaggistica con riguardo agli interessi dell'ambiente o del paesaggio, intesi quali beni comuni».

¹⁰ In dottrina, si veda *ex multis*, P. CHIRULLI, *Intervento al Seminario su I beni comuni. Discussione tra giuristi ed economisti a partire da un libro di Antonello Ciervo*, Università degli Studi di Roma “La Sapienza”, Dipartimento di Economia e Diritto, 17 dicembre 2013, consultabile su www.apertacontrada.it, che osserva come negli studi dedicati ai beni comuni colpisca in particolare la “dimensione ricostruttiva”, non riferendosi alla “storia dei beni comuni”, bensì alla circostanza che da essa, come dalla filosofia e dal pensiero giuridico, lo studioso senta l'esigenza di attingere, al fine di inquadrare il concetto di bene comune, quasi andando alla ricerca di “qualcosa che è andato perduto”; inoltre cfr. E. BOSCOLO, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in www.pausania.it, 2014, il quale offre una nozione di suolo come bene comune nei seguenti termini: «il medesimo oggetto, ossia la medesima partizione dello spazio fisico terrestre, dà origine a due beni giuridici diversi: il suolo come oggetto della proprietà privata, atta a garantire talune utilità al rispettivo proprietario, e il suolo quale risorsa di natura, atta a garantire utilità ad un novero non circoscrivibile di soggetti, a condizione che se ne mantengano integre talune caratteristiche originarie»; P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014.

Cfr., ancora, sui beni comuni nel diritto amministrativo, E. BOSCOLO, *Le nozioni di paesaggio. La tutela giuridica di un bene comune (in appartenenza diffusa) tra valori culturali e identitari*, in www.giustamm.it, n. 5/2016; F. GUALANDI, *Il recente disegno di legge (n. C 2039) approvato dalla Camera sul contenimento del consumo del suolo: poche idee o poco coraggio?*, in www.lexitalia.it, n. 7/2016; E. BALBONI, S. VACCARI, *L'impatto della città metropolitana sul servizio idrico integrato nell'area milanese*, in www.federalismi.it, n. 3/2016; P. CHIRULLI, *La pianificazione urbanistica tra esigenze di sviluppo e riduzione del consumo di suolo: la riqualificazione dell'esistente*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, II, 614, evidenzia la rilevanza di una gestione partecipata del “bene comune” e della esigenza della previsione «di più incisive modalità di partecipazione dei cittadini alle decisioni»; G. PIPERATA, *Formazione, traiettoria e significato attuale della proprietà pubblica in Italia*, www.giustamm.it, n. 7/2015; U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015; F. MARINELLI, *Beni comuni*, in *Enc. Dir., Annali VII*, Milano, 2014; W. GIULIETTI, *Poteri dispositivi sui beni civici e principi di pubblicità*, in www.giustamm.it, n. 4/2015; F. COSTANTINO, *Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico nell'ultimo lavoro di Paolo Maddalena*, in www.federalismi.it, n.14/2014; N. IRTI, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle “appartenenze”)*, in *Dialoghi sul diritto dell'energia*, Vol. I: *Le concessioni Idroelettriche*, a cura di M. DE FOCATIS E A. MAESTRONI, Torino 2014. Si veda, inoltre S. NESPOR, *L'irresistibile ascesa dei beni comuni*, *cit.*; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi Riflessioni de iure condendo su un dibattito in corso*, in www.giustamm.it, n.

Su questa nozione “inclusiva” di beni comuni sono intervenute in vario modo la giurisprudenza e la dottrina degli ultimi anni: cfr. in giurisprudenza Corte cost., sentenza 25 giugno 2015, n.119, che, nel dichiarare l’illegittimità della disciplina del servizio civile nazionale nella parte in cui prevede il requisito della cittadinanza italiana ai fini dell’ammissione allo svolgimento del servizio, con esclusione dei cittadini stranieri, ha ricordato che l’attività di impegno sociale che la persona è chiamata a svolgere nell’ambito del servizio civile «deve essere ricompresa tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (in termini Corte cost., sentenza n. 309 del 2013) ed ha richiamato la giurisprudenza delle ss.uu. della Corte di cassazione per le quali «il servizio civile costituisce un istituto di integrazione, di inclusione e di coesione sociale, volto a favorire la costruzione di una più matura coscienza civile delle giovani generazioni. Esso rappresenta, inoltre, una forma di salvaguardia e di tutela del patrimonio comune, sia esso ambientale, paesaggistico o monumentale, attraverso attività finalizzate alla promozione di un senso di responsabilità e di rispetto nell’uso e nella valorizzazione dei beni comuni».

Le valli da pesca, ad esempio, svolgono un ruolo nell’ampio contesto territoriale non limitato alla loro localizzazione storica, ma esteso ad utilità talora assai rilevanti per tutta una popolazione – pur delimitata – che tuttora vive di un’economia incentrata sulle attività principali e marginali che esse consentono¹¹.

8/2013; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari 2011; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013; E. BOSCOLO, *Beni pubblici, beni privati e beni comuni*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, 362; P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *www.giustamm.it*, 2012, n. 5; P. MADDALENA, *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi odierni*, *ivi*, n. 14/2012; L. LONGHI, *Le reti idriche: beni patrimoniali, beni demaniali o ... beni comuni? Note minime su C. cost., sent. n. 320/2011*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2012; A. TURCHIANO, *I beni comuni ed il servizio idrico integrato*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2012, 214 ss.; L. MERCATI, *Beni pubblici*, in *Treccani on line*, 2012; A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. SCOCA, Torino 2011, 621 e ss.; F. CORTESE, *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1170 ss.; G. PASTORI, *Tutela e gestione delle acque*, in *Scritti scelti*, II, Napoli, 2010, 583 ss.

¹¹ A. PORPORATO, *La tutela della fauna, della flora e della biodiversità*, in *Trattato di diritto dell’ambiente*, *cit.*, 737 ss., spec. 803 ss.

Nei rapporti di proprietà pubblica¹² i beni comuni ricevono questa classificazione non in forza del regime dominicale o di un altro esplicito regime giuridico speciale impresso dall'ordinamento, bensì in ragione della loro vocazione e conseguente destinazione alla fruizione pubblica, all'uso comune «che non ammette limitazioni, se non dettate da motivi di tutela oggettivamente necessaria al bene»¹³; sicché è la stessa natura giuridica del bene, insieme alla funzione che esso assolve nella società civile, ad imprimere la caratteristica sua propria di suscitare necessariamente l'interesse di tutti.

Potrebbe affermarsi che la proprietà pubblica sia riconosciuta dall'ordinamento giuridico come uno stigma perché si tratta di una proprietà destinata all'uso generale, all'uso comune, diverso da quello eccezionale di sandulliana memoria, ove si restringono i casi in cui il bene può essere utilizzato secondo la sua struttura naturale – si pensi proprio al litorale marino – ; eppure, sempre di uso si tratta, non esistendo la proprietà pubblica di cui all'art. 42 Cost. in quanto tale, perché essa si risolve in un'attribuzione *quoad usum* e non *quoad proprietatem*: la proprietà senza la funzione, senza la ragione per la quale venga riconosciuta o attribuita, non produce utilità e non ha ragione d'essere.

Se, in altri termini, si prendono le mosse dalla premessa per la quale non esiste titolarità pubblica che non ricada su beni che sono destinati all'uso della collettività o, comunque, a diretto vantaggio di questa, ci si avvede agevolmente di come tutti i beni aperti alla fruizione collettiva sono il teatro di un incontro tra i cittadini e lo Stato, titolare formale, onerato di doveri ben più che dotato di diritti sui beni pubblici, anche quelli del patrimonio indisponibile, con particolare riguardo

¹² In questi, infatti, si inseriscono agevolmente i beni immobili e le universalità di beni mobili attribuiti dall'ordinamento a soggetti pubblici, affinché ne garantiscano l'apertura all'uso di tutti, «non soltanto di comunisti o più in generale dei cittadini italiani, ma di tutta l'indeterminabile schiera di possibili utenti». Così P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa*, cit., p. 250.

¹³ In termini, cfr. P. OTRANTO, *op. ult. cit.*, seguendo la nota impostazione dommatica di V. CAPUTI JAMBRENGHI, elaborata anzitutto in *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, cit. Su alcune conseguenze rilevanti della teorizzazione del regime dominicale del bene, individuato *quoad usum* piuttosto che *quoad proprietatem*, sia consentito il rinvio anche al MIO, *La tutela dei centri storici tra usi compatibili e lacune legislative*, in *La tutela dei centri storici - Discipline giuridiche*, Torino 1997.

ai beni aperti all'uso comune; sicché l'uso del bene si caratterizza per la generale paritarietà e gratuità sostanziale¹⁴.

Tuttavia, usando le tradizionali categorie (certamente meritevoli di nuova considerazione) offerte dal codice civile, la Costituzione, il primo t.u. sulle acque pubbliche e sugli impianti elettrici del 1933, il codice dell'ambiente del 2006, il codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004, il codice della navigazione del 1942, il codice della strada 1992, le leggi speciali sugli acquedotti, l'ordinamento militare, le norme su cimiteri e mercati, entrambi di demanio specifico del comune, ecc., si ricavano una serie di connessioni tra regole sul regime dei beni e del regime del diritto sui beni, che consentono di affermare che tutta la proprietà pubblica è intensamente utilizzata in concreto e sempre più utilizzabile in teoria come proprietà-dovere, essendo costituita da beni a disposizione delle comunità¹⁵, che pesano sul bilancio

¹⁴ Oltre agli autori citati nelle note precedenti, sui beni a fruizione collettiva e su alcuni aspetti di quest'ultima cfr. almeno G. DELLA CANANEA, *I beni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 2012, 234 ss. e V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA* 2003, Milano 2004, 3 ss.; C. IANNELLO, *Il diritto all'acqua. L'appartenenza collettiva della risorsa idrica*, Napoli 2012; A. GIANNELLI, *Beni sfruttabili o consumabili. Demanio marittimo e porti*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2016.

¹⁵ Operano una opportuna distinzione, in tema di costruzione delle *smart cities*, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *www.federalismi.it*, n. 22/2015, tra l'uso comune dei beni pubblici e la «messa a disposizione di beni pubblici il cui uso ha carattere di rivalità, spesso necessari per realizzare iniziative *smarts*», chiarendo che occorre «scongiurare il rischio insito in una considerazione superficiale della materia che pretendesse di identificare il diritto “delle” (o “alla”) città come il risultato della somma di una serie di diritti connessi alla città medesima (quali, ad esempio, il diritto all'elettorato attivo dei cittadini, il diritto all'uso dei beni pubblici nell'ambito urbano, il diritto alla mobilità, i diritti alla fruizione di servizi economici e non, e così via). Mediante il riferimento a un elemento aggiuntivo (la *smart city* appunto, che incarna le utilità generate dalle interconnessioni delle parti) pare possibile attribuire un'autonoma e specifica consistenza giuridica al diritto che di quell'oggetto sistemico si occupa e che non può essere ridotto all'insieme di norme che si volgono a regolarne le parti». D'altronde, continuano gli AA., «non è un caso che il messaggio che “passa” allorché si parla di città *smart* sia quello di un contesto che offre possibilità innumerevoli alle persone che siano esse stesse *smart*, generando – e abilmente sfruttando – un significativo slittamento verso il fruitore del carattere intelligente inizialmente riferito alla comunità. Questo è un ulteriore obiettivo comune che consente di aggregare prestazioni, pubbliche e private, diverse, unificate dall'uso dello strumento informativo e dalla messa in comune di fattori e risorse e dall'iniziativa dal basso». Cfr. sul tema anche A. PENSI, *L'inquadramento giuridico delle “città intelligenti”*, in *www.giustamm.it*, n.9/2015; R. FERRARA, *The Smart City and the Green Economy in Europe: a Critical Approach*, in *Energies*, n. 8/2015, 4724 ss.; E. FERREIRO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm.*, n. 4/2015, 1267 ss.

dello Stato per le frequenti opere di onerosa manutenzione ordinaria e straordinaria, quando non anche per la costruzione stessa del bene¹⁶.

Proprio questa circostanza ha indotto alcuni studiosi¹⁷ ad interrogarsi sulla distinzione, per inquadrare la categoria dei beni comuni, tra *uti e frui*, tra uso e godimento, fruizione della proprietà pubblica, rilevando come nella prima categoria, quella dell'uso, è il solo contatto con il bene a produrre l'utilità in favore del suo utilizzatore; mentre nella seconda, che necessariamente presuppone la prima – non potendovi essere godimento o utile fruizione senza l'uso del bene –, il concessionario della cosa pubblica non si limita soltanto ad usarla per ricavarne utilità, bensì la amministra legittimamente, ricavando e cedendo attraverso lo svolgimento di questa attività, le tipiche utilità che il bene è capace di sprigionare.

Com'è stato opportunamente rilevato «una rinnovata effervescenza del concetto di *communitas* ed in senso più ampio della democrazia partecipativa, la costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, modelli di *governance* e di *soft law* inducono progressivamente ad un ripensamento del modello panproprietary 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»¹⁸.

¹⁶ Si vedano le riflessioni sul tema generale di M.A. SANDULLI, *La proprietà nel diritto pubblico*, in *Trattato dei diritti reali* (a cura di A. GAMBARO e U. MORELLO), Milano 2012.

¹⁷ La distinzione fra *uti* e *frui* ha origini assai lontane; è rintracciabile in Aristotele e in Cicerone ed ha ricevuto una prima classificazione in termini giuridici nella trattazione più rilevante di Tommaso d'Aquino, il quale ha come fonte principale della sua analisi i testi di AGOSTINO, venerati e studiati intensamente. Cfr., di quest'ultimo, *La Dottrina cristiana*, *La Città nuova*, ristampa Ed. Roma 1992, I, 3.3; ID., *De diversis quaestionibus octogintatribus*; trad. it. *Ottantatré questioni varie, Questione XXX*. La definizione della dimensione morale virtù-vizio mediante i concetti economico-giuridici è contenuta anche nel X Libro del *De Trinitate*, Capitolo X: «La vita corrotta e colpevole non è nient'altro che una vita che male usa e male fruisce».

¹⁸ A. LUCARELLI, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici*, in *Dir. e soc.* n.3/2016, p.454 ss. Ed è proprio questa prevalenza del rapporto funzionale su quello strutturale, prosegue la dottrina in commento, che «impedirebbe atti di discrezionalità frutto del binomio sovranità-proprietà, attribuendo al soggetto pubblico, attraverso una rivita-

4. La concezione economica dell'uso e gli interrogativi sull'appartenenza giuridica del bene comune

Nella prospettazione di una nota scuola economista che si è dedicata allo studio dei beni comuni¹⁹ si distinguono 4 categorie di beni, sulla base della presenza di due fondamentali caratteristiche, capaci di connotare il rapporto tra il bene e il suo utilizzatore/fruitore: la possibilità di escludere un soggetto dall'uso del bene (esclusività) e la circostanza per la quale l'uso da parte di un soggetto, compromette, fino ad impedirlo, l'uso da parte di altri (rivalità). Quest'ultima caratteristica assume, per vero, nelle riflessioni di altri autori, accezioni differenti, capaci di spostare la sistemazione del bene da una categoria all'altra.

Le quattro categorie di beni elaborate da questa dottrina sono quelle dei beni privati, senz'altro escludibili e rivali, dei beni di *club*, caratterizzati da elementi di accesso o consumo congiunto – tanto che non presentano il carattere della rivalità, ma soltanto quello dell'esclusività –, dei beni (o delle risorse) comuni, non escludibili ma rivali a causa della loro esauribilità; infine dei beni pubblici che, nella suddivisione proposta – che esula da ogni riferimento alle categorie dommatiche in precedenza note al giurista –, non sono escludibili, né rivali, nei quali si fanno rientrare la pace, la sicurezza, la difesa nazionale, la protezio-

lizzazione dimensionale del diritto pubblico, il ruolo fondamentale ed indispensabile di *guardiano* e regolatore, non più nella 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 necessario 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. Si tratta di un ripensamento categoriale che passa per 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 diritto».

¹⁹ Si fa riferimento, in particolare, agli studi di ELIONOR OSTROM la quale ha incentrato la sua attività di ricerca scientifica per lo più sul tema dei beni comuni, riconosciuta a livello mondiale, anche dall'attribuzione nell'anno 2009 del premio Nobel per l'economia. Cfr. almeno, dell'A., *Governare i beni collettivi*, Venezia 2006 e, in collaborazione con R. GARDNER E J. WALKER, *Rules, Games and Public Choices*, in E.S. SAVAS (a cura di), *Alternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performance*, Boulder 1977, 7 ss.

ne dagli incendi, i servizi di previsioni metereologiche, nonché l'inestimabile valore della conoscenza, che nella navigazione sul *web*, trova oggi il terreno elettivo migliore per la sua acquisizione a vantaggio di chiunque.

Sicché, nella riferita quadripartizione, la premessa maggiore sui beni/risorse comuni è che essi sono tali in relazione alla naturale tendenza ad essere oggetto di un uso rivale, ma non escludibile, non invece in relazione al regime dominicale, né alla attitudine della risorsa a soddisfare i diritti fondamentali o gli interessi superindividuali.

Al contrario, è proprio quest'ultima attitudine, nelle tesi di alcuni autori²⁰, fautori della corrente *benecomunista*, che assume una rilevanza centrale nella connotazione funzionale dei beni comuni che consente, come si è già rilevato, di classificarli in quanto capaci di soddisfare i diritti fondamentali; sicché «l'astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza soprattutto collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione»²¹.

Si deve subito osservare, tuttavia, che sulla astrattezza della proprietà pubblica, che nel codice civile viene classificata "appartenenza" ed esclusa dal titolo II del libro III rubricato *Della proprietà*, gli studi giuspubblicistici hanno fatto luce da decenni: al termine di questo processo è stata formulata la teoria della proprietà pubblica non come diritto ma come proprietà-dovere.

Senonché, la definizione di bene comune che offrono i giuristi non coincide punto con quella proposta dagli economisti, che guardano alla realtà con le categorie della scienza economica, indagando sul valore dal punto di vista economico che il bene può offrire e sulle implicazioni nei rapporti sociali ed economici che il suo inserimento nella categoria dei beni comuni produce.

²⁰ Tra i quali v. anzitutto U. MATTEI, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino 2015; S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali diritti, quali vincoli*, Roma – Bari 2014; ID., *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Quest. giust.* 2011, 237 ss; U. MATTEI, E. ROVIGLIO, S. RODOTÀ' (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma 2010; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2008.

²¹ Così S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna 2013, 464. Sulla inscindibile connessione dei beni comuni alla funzione che svolgono, v. anche A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, Bari 2013, 66 ss.

Diversamente da quanto avviene nella letteratura economica, ove rilevano le caratteristiche della escludibilità/non escludibilità dell'uso del bene e della rivalità del suo consumo, in quella giuridica l'elemento che assume una rilevanza pregnante per la tipizzazione dei beni comuni è la funzionalità che essi sprigionano, ossia l'idoneità a soddisfare i bisogni legati alla realizzazione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Le diverse prospettazioni della dottrina riconducono la definizione di bene comune al criterio fondamentale della sua funzionalità, modulando in base alle differenti classificazioni di beni comuni che si ritengono preferibili; ma, per tutti, il tratto distintivo di questi beni è nella capacità che essi hanno di soddisfare, attraverso la fruizione collettiva, le esigenze legate ai diritti fondamentali dei soggetti dell'ordinamento giuridico.

Anche la fruizione collettiva viene diversamente "modulata" nelle analisi della dottrina, nel senso che v'è chi ritiene che essa sia assoggettata ad alcuni e chi ad altri limiti; limiti che vengono giustificati in base al sistema ordinamentale o a singole disposizioni di legge, differenti a seconda dei beni che vengono considerati comuni, legati quindi alla soddisfazione di differenti diritti inviolabili.

La capacità del bene di essere qualificato come bene comune dipende, insomma, nella prospettiva giuridica, dalla sua strumentalità rispetto al soddisfacimento dei diritti della persona, cioè dalla sua "utilità"²² alla persona per la realizzazione dei suoi diritti fondamentali; per questo, l'accesso al bene comune deve essere garantito a tutti, quindi assoggettato ad un regime speciale²³. Un regime basato non sulla caratterizzazione dominicale del bene, bensì sull'assoggettamento di quest'ultimo alla garanzia della salvaguardia e della fruizione collettiva del bene, attribuito in titolarità, per così dire, "diffusa" e assoggettato ad un «regime di utilizzo e di gestione partecipata, così

²² Non troppo distante potrebbe apparire, qui, l'impostazione della dottrina economista, allorché il termine *utilità* rimanda a valutazioni legate al *ritorno economico*, se non fosse per lo stretto legame di strumentalità alla realizzazione dei diritti della persona e della personalità, non suscettibili di alcuna valutazione economica.

²³ Questa la sintesi proposta da A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 62.

infrangendo lo schema proprietario»²⁴ che si «scioglie nella concretezza dei bisogni»²⁵ degli individui.

Sembra di poter affermare che in questo contesto, ove si discorre di beni non escludibili e non sottraibili, il ruolo che possono assumere i pubblici poteri in uno Stato democratico debba essere quello di garantire l'imparzialità e l'inclusività dei processi e dei soggetti, nonché l'unitarietà del livello di tutela istituzionale di godimento dei diritti, a garanzia del *preliminare* principio di uguaglianza²⁶.

Alcune prospettazioni si soffermano in modo critico sulle impostazioni della dottrina di scuola *benecomunista*, ove si propone una impostazione solidaristica a sfondo morale della funzione che il bene comune è chiamato ad assolvere, rilevando una certa indifferenza rispetto alla promozione di una gestione diretta e cooperativa dei beni comuni da parte della collettività e, comunque, di soggetti giuridici indipendenti dallo Stato e dalle imprese, inducendo ad una confusione tra beni comuni e beni ad accesso aperto, «in ragione di quella tensione al soddisfacimento dei diritti fondamentali che impone una loro disponibilità diffusa»; sicché «i beni comuni che, nella prospettiva degli economisti, erano intesi come risorse condivise» in quella giuridica divengono beni *universali*²⁷.

Il minimo comune denominatore delle impostazioni sulla materia dei beni comuni sembra, in realtà, la reazione alla tutela ed alla gestione dello Stato e degli altri enti pubblici, che istituzionalmente si esercita in via esclusiva sui beni aperti all'interesse oltre che all'uso e/o godimento pubblico, anche con l'apporto dei concessionari di bene, i quali non farebbero che aggravare una situazione di monotematica o monopolistica chiusura del bene al vero e proprio uso di tutta la comunità.

La gestione diretta di gruppi di cittadini in quanto volontari custodi ed amministratori della generalità dell'interesse e dell'uso del bene

²⁴ Così P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa*, cit., 265, ma, ancor prima P. CHIRULLI, *I beni comuni tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, cit.

²⁵ Torna, ancora una volta, utile l'espressione di S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, cit., 464.

²⁶ In questo senso A. LUCARELLI, *La democrazia dei beni comuni*, cit., 67 ss.

²⁷ La riflessione è di P. OTRANTO, *Internet nell'organizzazione amministrativa*, cit., 266, ispirato dagli spunti critici di E. GRAZZINI, *Beni comuni e diritti di proprietà. Per una critica alla concezione giuridica*, in *Micromega online*, ottobre 2012. Sulla necessità di una gestione partecipata dei beni comuni, più diffusamente P. CHIRULLI, *I beni comuni*, cit.

meglio e più legittimamente gestirebbe i beni che interessano tutti, dunque *comuni*, rispetto a quanto non possa fare l'organizzazione della persona pubblica: non resterebbe, pertanto, che modificare *ab imis* la costruzione dei beni pubblici per far nascere la categoria dei beni comuni anche avvalendosi degli studi – per così dire di avvicinamento – che alcuni anni fa una Commissione di studio governativa che, com'è noto, ebbe ad esprimere in ordine ad una nuova e diversa classificazione dei beni demaniali e patrimoniali disponibili ed indisponibili, nonché delle *res omnium communes* (l'atmosfera, il clima, le miniere, le spiagge marine e le rive delle acque interne, ecc.).

Se, tuttavia, uno sciopero che dura anni e che blocca un'attività d'interesse generale, come quella di un teatro, essendo ispirato da giuste ragioni e rivendicazioni, sia da classificare tra i beni comuni, come vuole parte della dottrina, s'intendono chiaramente le difficoltà che una teoria nuova, contenente indubbiamente aspetti critici di interesse contemporaneo, non riesce – e forse a lungo non riuscirà – ad ottenere il desiderato riconoscimento nell'ordinamento giuridico.

5. Aspetti, suggestioni e necessari approfondimenti in materia ambientale

Per offrire alcuni spunti di riflessione sulla funzione attribuita all'amministrazione di cura di alcuni *commons* v'è anzitutto da rilevare che le norme che direttamente riguardano l'ambiente e la sua protezione, tutte naturalmente lontanissime dalla concezione dell'ambiente come bene rivendicabile da qualcuno presso qualche altro, sembra che intendano raggiungere quale “obiettivo primario” dell'ordinamento la promozione dei livelli di qualità della vita umana, da realizzare attraverso la salvaguardia ed il miglioramento dell'*environnement* con l'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali (cfr. art. 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n.152 Norme in materia ambientale).

Questo della salvaguardia e del miglioramento dell'ecosistema sembra doversi interpretare come un dovere nei confronti di un'entità ad un tempo concreta, perché si trova intorno a ciascuno di noi, ed astratta, perché sono inconoscibili – o almeno assai difficilmente conoscibili – i riflessi che ogni modificazione dell'ambiente provoca in mi-

sura diversa nella qualità della vita di qualsiasi abitante stanziato in una città o nella foresta amazzonica.

Fra le tendenze comuni nella civiltà postindustriale c'è quella di trasformare un luogo neutrale, qual è l'ambiente, nel teatro delle idee: come sversare in un fiume o nel sottosuolo l'inquinamento prodotto dalla fabbrica, come nascondere le esalazioni di diossina o come risparmiare sui costosi filtri da applicare alle ciminiere conduttrici di fumi particolarmente nocivi, equivale a studiare il modo per trasformare un luogo neutrale e prezioso, indispensabile per la vita di tutte le creature della terra, qual è l'ecosistema, nel proprio immondezzaio privato, con il frequente alibi della produzione da realizzare nell'interesse anche generale e dell'occupazione operaia da conservare ad ogni costo.

Si spiega perciò che qualsiasi stagione, anche breve, di crisi economica rappresenti fatalmente un rischio per l'innocentissimo ambiente²⁸: infatti, è – troppo spesso ormai – a suo carico che verranno conseguiti i risparmi dell'imprenditore pubblico o privato.

Le buone ma costose pratiche dello smaltimento secondo legge e regolamento del rifiuto industriale vengono ben presto trascurate fino alla loro completa obliterazione: lo stato di necessità economica impone infatti rinunce e sacrifici, molti dei quali, tuttavia, da trasferire sostanzialmente per intero a carico della collettività.

Bad practices, usi di questo genere non sono esclusivi della nostra società economica, ma, proprio al contrario, assai diffusi ovunque nel mondo.

Ad esempio, a costo di affermarlo apoditticamente, va riconosciuto che un organismo composto da una pluralità crescente di Stati costituito per unificare e rendere in tal guisa più produttiva di ricchezze la realtà dei mercati nazionali, con moneta propria e regole di tutela della concorrenza molto articolate, non naturalmente può ritenersi rivolto

²⁸ Più specificamente riferita alla tutela che offre la giustizia amministrativa, si riferisce proprio alle conseguenze spesso devastanti che una crisi economica può portare in materie centrali per la tutela e la vita delle persone, M.A. SANDULLI, *Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana*, il Mulino 2016. Vero è che ogni danno ambientale implica l'origine dell'obbligo di ripristino a carico dell'operatore, come evidenzia M.A. SANDULLI, *La tutela coercitiva dell'ambiente: sanzione pecuniarie e ripristino*, in *Av.Vv. Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, in *Atti del convegno AIDU svoltosi a Teramo il 29-30 aprile 2005*, Milano, Giuffrè 2006.

per vocazione verso la cura dell'ambiente, al di là del limite che risulti indispensabile adottare, onde evitare danni diretti alla produzione e sanzioni penali.

Com'è accaduto nella tristemente definita "terra dei fuochi", il terreno invaso dalla diossina degli scarichi industriali estesi era quello dei pascoli dei bufali campani e la crisi economica della mozzarella di bufala non ha tardato a manifestarsi sul mercato quale conseguenza diretta dell'inquinamento ambientale, reso noto anche nei dettagli dai *mass media*.

Con l'entrata in funzione dell'Agenzia per l'ambiente di Copenaghen è fatalmente mutato l'indirizzo generale della politica economia europea, che ormai comprende costantemente protezioni direttamente o indirettamente rivolte verso la salubrità del bene comune ambiente.

Tuttavia, un arretramento rispetto al piano normativo, che è ormai sufficientemente ricco, anche per il contributo italiano attuato con il codice dell'ambiente nel 2006, ancor di recente modificato mediante il recepimento della normativa europea sull'autorizzazione integrata ambientale – AIA – recata dalla direttiva 2010/75/UE, trasferita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 4 aprile 2014 n. 46 per modificare conseguentemente il codice, si registra sul piano dell'attuazione delle norme di tutela sull'ecosistema: nonostante non manchino previsioni astratte di intervento di istituzioni o organi comunitari a tutela dell'ambiente nei singoli Stati membri, sta di fatto che la regola dell'amministrazione europea, soltanto indiretta, torna a proiettare il problema dell'osservanza in concreto delle prescrizioni di tutela ambientale tra le pieghe delle discipline economiche, in crisi come le economie, in quasi tutti gli Stati membri; e la neutralità della serie di vantaggi che l'ambiente salubre potrebbe assicurare anche al "mondo industriale" resta costantemente sommersa dall'inadempimento dell'operatore e dall'assenza di effettivo controllo pubblico o privato del territorio a fini di protezione dell'ecosistema.

Si afferma il diritto del rischio nelle varie sue accezioni²⁹ ed in realtà si certifica la presenza di un interesse forte e radicato, nettamente

²⁹ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in M. RENNA E F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, Milano 2012, 718 ss. Da ultimo ID., *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. ROMANO, *L'azione amministrativa*, Torino 2016, spec. sezione VI, "I principi del diritto europeo", VI.5, *Il principio di precauzione*, 90-95; M.G. PULVIRENTI, *La riconversione dei siti produttivi inquinati*, in P. STELLA RICHTER (a cura di), *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Milano 2016, 93 ss. con ampi

contrario alla sopportazione dei costi connessi alla tutela dell'ecosistema, che sia esso bene comune o che non lo sia.

Infatti, si fronteggiano ormai da tempo in dottrina ed in giurisprudenza due linee di pensiero: secondo la prima, un'attività industriale, agricola o commerciale che potrebbe indurre (emissioni nocive in atmosfera oppure uso di fertilizzanti, ecc.) un danno ambientale, non essendo stata provata la sua natura innocua, ma neanche un danno provocato o imminente, dev'essere, tuttavia, temporaneamente vietata; la seconda per la quale, viceversa, fin quando non risulti provato il pericolo concreto di danno ambientale imminente nessun impedimento è lecito opporre alle gestioni economiche.

La radicalità delle differenze tanto dommatiche quanto pratiche tra le due linee di pensiero postula il ricorso ad un rimedio di sapore transattivo che non trascura il fondamentale principio di precauzione, scolpito nella parte VI del codice italiano dell'ambiente, ma che ne attenua, anche in misura notevole, gli effetti applicativi mediante il ricorso ad un cooperante principio, quello di proporzionalità; in tal guisa, si ritiene di riuscire ad evitare il rischio dell'eccesso di cautela allorché chi deve arbitrare la *res dubia* si faccia a comparare e ponderare, da un lato, la gravità e l'eventuale irreversibilità del danno e del tipo di danno temuto³⁰, e, dall'altro lato, la verifica di una proporzione

riferimenti alla dottrina più recente e con particolare attenzione al caso ILVA di Taranto. In una prospettiva internazionale, da ultimo, T. FORTUNA, *Il connubio tra sostenibilità e precauzione nel diritto di tutela delle risorse alieutiche nella dimensione internazionale e nell'UE*, in www.federalismi.it, n. 8/2016; A. ALEMANNI, *The Precautionary Principle*, in *The Handbook of EEA Law*. Springer International Publishing, 2016, 839-851.

³⁰ Si tenga presente, in proposito, che il danno alla salute, lungi dal non esser preso in debita considerazione dal nostro ordinamento, non può tuttavia primeggiare rispetto al pregiudizio eventualmente inferto ad altri valori del pari riconosciuti nella Carta costituzionale: ad es., la libertà personale, la dignità, la difesa nazionale, il diritto all'istruzione, il diritto allo sviluppo libero della personalità, all'eguaglianza dinanzi alla legge, ecc.

Questa essendo la nota posizione attuale della Corte costituzionale: «*I diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre "sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro"* (sentenza n. 264 del 2012). *Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona.*

Per le ragioni esposte, non si può condividere l'assunto del rimettente giudice per le indagini preliminari, secondo cui l'aggettivo 'fondamentale', contenuto nell'art. 32 Cost., sarebbe rive-

tra la pesantezza dei rischi e la gravità dei danni, che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, si prospettano come probabili conseguenze della misura ambientalista adottata nei confronti delle attività e delle libertà che devono sopportarla³¹.

latore di un 'carattere preminente' del diritto alla salute rispetto a tutti i diritti della persona. Né la definizione data da questa Corte dell'ambiente e della salute come 'valori primari' (sentenza n. 365 del 1993, citata dal rimettente) implica una 'rigida' gerarchia tra diritti fondamentali. La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come 'primari' dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale». Cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, così superando la precedente sentenza 12 luglio 1979 n. 88, secondo cui la salute, in quanto «diritto fondamentale dell'individuo», doveva ritenersi «diritto primario ed assoluto». Sul tema cfr. le riflessioni di F. BILANCIA, *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali. Osservazioni conclusive*, in P. BONETTI, A. CARDONE, A. CASSATELLA, F. CORTESE, A. DEFFENU, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Roma 2014, p. 1197 ss.; ID., *I diritti sociali ed il diritto alla salute nell'ordinamento dell'Unione europea. Un'introduzione*, in F. BILANCIA, S.R. MARTINI, *O Direito à Saúde na União Europeia e no Mercosul*, Porto Alegre (Brasil) 2014; ID., *Diritti sociali e governance economica dell'Eurozona*, in *Revista de Derecho de la Union Europea*, 30-31/2016, p. 245 ss.

³¹ Cfr. soprattutto M. RENNA, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 283 ss.; C.E. GALLO, *La sanità tra solidarietà e sussidiarietà*, in *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, *Quaderni di Sanità Pubblica*, Maggioli 2012, p. 67 ss.; A. BARONE, *Le fonti di energia tra gestione precauzionale e diritto giurisprudenziale*, in www.federalismi.it, n. 16/2013.

Si pensi, per tutti, al caso dell'abbattimento di oltre 20.000 capi di bestiame contaminato dalle emissioni dell'Ilva e alle migliaia di alberi d'ulivo che nella zona del Salento sono stati abbattuti perché infestati dalla Xylella (su cui v., di recente, la sentenza della Corte di giustizia, I sez., 9 giugno 2016, nelle cause riunite C-78/16 e C-79/16).

Sulle misure adottate per la gestione dei rischi conseguenti all'inquinamento prodotto dall'ILVA e sopportate dagli operatori dell'agricoltura e del mercato, oltre al contributo di M.G. PULVIRENTI, *La riconversione dei siti produttivi*, cit., si veda M. MELI, *Ambiente, salute e lavoro: il caso ILVA*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2013; A. TURTURRO, *Tornare alla sentenza n. 457/1999: la Corte, sul caso ILVA, trascura le conseguenze pratiche della chiusura al conflitto su atti legislativi*, in *Giur. it.*, 2013, 2466 ss.; R. RANIERI, *La vicenda di ILVA e i rischi per il sistema industriale italiano*, in *Ec. e pol. ind.* 2013, 117 ss.; C.E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in *Salute e Sanità – Trattato di Biodiritto*, Milano 2010, p. 381 ss.

Chi è responsabile del funzionamento dei meccanismi per produrre ricchezza nella società post-industriale non può, almeno non contemporaneamente, espletare compiti di responsabilità ambientale, almeno quando ad essi si connota una serie di limitazioni per l'operatività di un'azienda, identificate soltanto negli aspetti negativi dell'aumento notevole del costo di produzione.

Identificare l'Unione europea nell'Agenzia di Copenaghen è errato e fonte di malintesi, finché la neutralità della cura del bene comune ambiente non sarà parsa chiara ed utile – indispensabile – a tutta l'umanità.

6. Il principio di precauzione e la Commissione europea

Nell'ambito, ad esempio, del noto principio di precauzione si riscontrano vere e proprie delusioni e preoccupante trascuratezza in non rari momenti dell'amministrazione della politica agricola comune – PAC – da parte della Commissione³².

Infatti, una pagina a sé è da dedicare alla produzione dell'ormai celebre glifosato, erbicida e pesticida di ultima generazione, il cui uso è da anni richiesto come necessario per il successo nel mercato dei prodotti agricoli.

Con un decreto entrato in vigore il 22 agosto 2016, il ministro italiano della salute ha finalmente assunto qualche cautela, a conclusione di studi ed esperimenti eseguiti su scala internazionale e nella consueta tendenza alla posizione pilatesca della scienza dell'alimentazione ufficiale europea identificata nell'Agenzia della sicurezza alimentare europea (EFSA) che, nel novembre 2015, aveva qualificato “improbabile” la natura cancerogena dell'erbicida.

Era stata l'Agenzia internazionale per la ricerca sul cancro (IARC) a classificarla tra i prodotti «probabilmente cancerogeni per l'uomo».

Tale classificazione non è stata, tuttavia, ritenuta rilevante da parte della Commissione europea, che, con la disinvoltura ormai ben nota in materia, applica – per analogia – a casi di assai pericolosa natura can-

³² Si veda L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente come common concern*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 93 ss., spec. 135-151; S. STICCHI DAMIANI, *La prevenzione degli incidenti rilevanti*, *ivi*, 785 ss.

cerogena del prodotto, tutt'altro che il principio di precauzione – che è invero frutto principale del diritto dell'Unione in materia di ambiente – allorché proroga, nel caso concreto a fine giugno 2016, l'autorizzazione alla messa in commercio tuttavia «solo fino al 31 dicembre 2017», dovendosi far riferimento, per risolvere l'ormai *vexata quaestio*, ad un “parere definitivo” dell'Agenzia chimica europea sui rischi per la salute.

Della proroga indubbiamente di ampia portata beneficia la multinazionale Monsanto, titolare del brevetto del glifosato dal 1974.

Bisogna riconoscere che la FAO e l'Organizzazione mondiale per la sanità (OMS) hanno anch'esse sposato la tesi *in dubio pro reo*, che non può ammettersi nella materia alimentare, come chiunque dovrebbe convenire alla luce dei principi di precauzione e prevenzione: ad esempio, sospendendo l'autorizzazione alla commercializzazione o negandone il rinnovo fino all'espressione neutrale del parere più autorevole in una materia come questa.

Non resta che convenire sull'evidente opportunità della coraggiosa iniziativa ministeriale italiana, spesso all'avanguardia nella tutela del *food*, che, mediante il decreto augustale in commento, ha vietato l'uso dell'erbicida in alcune aree, come giardinetti pubblici, parchi e viali alberati, frequentate dall'umanità più esposta al rischio di contaminazione, bambini ed anziani; soprattutto, mai più nel periodo di preraccolta di qualsiasi prodotto agricolo, compreso il grano e le graminacee; infine, con revoca della serie di autorizzazioni all'immissione in commercio di tutti i prodotti fitosanitari contenenti il glifosato.

Si tratta, evidentemente, di una scelta del tutto condivisibile: anzi, va osservato, trattasi dell'applicazione ormai indilazionabile di un principio di precauzione che, restando nel caso concreto assai probabilmente condizionato dall'espressione del parere sulla composizione chimica della molecola del glifosato, potrebbe probabilmente consentire un nuovo orientamento nel regime autorizzatorio all'esito di una valutazione tecnica, finalmente richiesta dalla Commissione, all'organo interno e neutrale oggettivamente più competente nella materia particolare.

Ma il fatto che FAO e OMS abbiano difeso la multinazionale è grave ed assai più lo sarebbe qualora la prassi internazionale di queste istituzioni e di ogni iniziativa della Commissione, di fronteggiare – ma a prezzo troppo caro – la “fame nel mondo”, abbandonasse ogni caute-

la nell'esercizio della sua funzione di controllo e proposta istituzionale continua, per dedicarsi unicamente alle produzioni intensive, comunque conseguite.

L'interesse sociale connesso all'efficienza piena del controllo alimentare nel nostro Paese più di prima rileva da quando la Corte costituzionale si è espressa ritenendo che il diritto alla salute e la sua tutela, debbano essere oggetto di bilanciamento con gli altri diritti fondamentali, modificando il suo ormai traluzio orientamento che considerava la salute, in quanto «diritto fondamentale dell'individuo», come «diritto primario ed assoluto», un diritto *duro* (cfr. la sent. 12 luglio 1979, n. 88). Nella decisione del 9 maggio 2013, n. 85, la Consulta si è, infatti, espressa nel senso che «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve sempre essere sistematica (...) La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi (...) Il punto di equilibrio, dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

7. Beni culturali, paesaggio e ambiente: obbligo di tutela e funzione amministrativa

Se, a questo punto, si vogliono verificare le linee di collegamento tra i compiti gravanti sulla salvaguardia dell'ecosistema e quelli aventi ad oggetto i beni culturali ci si imbatte ben presto in un'unicità concettuale di tutela obbligatoria, declinata dal legislatore in forme diverse, ma con un oggetto in definitiva comune.

Del resto, del patrimonio culturale – che, non si dimentichi, è costituito anche dai beni immateriali dei quali all'art. 7-*bis* del codice – si occupa con evidente imbarazzo il legislatore del secondo decreto correttivo (d.lgs. 62 del 26 marzo 2008), ciò che consente di superare ogni perplessità nell'avvicinare le due tutele: bene culturale e paesaggio ricevono dall'ordinamento protezione intensa per la loro conservazio-

ne in favore delle future generazioni; l'ecosistema, dal canto suo, è protetto allo scopo di impedire peggioramenti della qualità della vita.

Può constatarsi a questo punto la convivenza nell'ordinamento di norme sulla protezione di beni culturali, complete nella loro struttura rivolta alle testimonianze materiali, ma ormai – beninteso, con leggi speciali – anche immateriali, di civiltà, una volta entrata in vigore la duplice Convenzione UNESCO di Parigi, quella del 3 novembre 2003 per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e quella del 30 ottobre 2005 per la protezione e la promozione delle diversità culturali soprattutto nello stesso popolo.

Anche il paesaggio può vantare nel nostro ordinamento una protezione se non perfetta, per via della presenza di incrostazioni di interessi forti – spesso politicamente assistiti – nell'uso del territorio, almeno estesa ad ogni forma territoriale individuata nell'apposita copianificazione paesaggistica regionale-statale come meritevole di indicazioni e/o limitazioni, anche drastiche per le iniziative di trasformazione del suolo, salve le trasformazioni minime o comunque modeste, come tali individuate in un recentissimo testo regolamentare. Il regime dell'autorizzazione – esclusivamente preventiva – per una, pur controllata, deroga rispetto al vincolo paesaggistico, dovrebbe garantire ciò che qualsiasi cittadino non può non pretendere, cioè che la gestione del vincolo paesaggistico resti sempre neutrale, riesca, in altri termini, a sottrarsi all'influenza degli interessi forti come del resto presumono norme di legge che assicurano anche la tutela penale per la violazione del vincolo.

Il d.l. 31 maggio 2014, n. 83, conv. con l. n. 106/2014 s.m.i., prevedeva all'art. 14 che con regolamento governativo dovesse modificarsi e integrarsi la disciplina prevista dall'art. 146, comma 9, 4° periodo del codice dei bb.cc. e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, (a) «al fine di ampliare e precisare le ipotesi di interventi di lieve entità»; inoltre le tipologie di interventi di lieve entità realizzabili senza autorizzazione, come già previsto dall'art. 149 del codice e dal regolamento, nonché «mediante definizione di *ulteriori interventi* minori privi di rilevanza paesaggistica»; ancora (b) le tipologie di intervento di lieve entità che possano essere regolate anche tramite accordi di collaborazione tra il ministero, le regioni e gli enti locali *ex art.* 15 l. 7 agosto 1990, n. 241 s.m.i. con specifico riguardo alle materie che coinvolgono competenze proprie delle autonomie territoriali.

L'iniziativa è stata giustificata oltre che per la semplificazione, soprattutto per dimezzare il carico di lavoro delle soprintendenze e degli uffici governativi centrali, consentendo loro di concentrare le proprie risorse «nell'esame approfondito e serio (quindi anche tempestivo) degli interventi capaci di un effettivo impatto negativo sui beni tutelati».

Può schematizzarsi la situazione di semplificazione del procedimento autorizzatorio (Capo II del regolamento): I) interventi non soggetti ad autorizzazione paesaggistica (art. 149) cioè di lieve entità o del tutto irrilevanti, secondo, comunque, un elenco preciso di cui all'allegato A; II) nell'allegato B sono individuati tutti gli interventi di lieve entità sottoposti alla procedura semplificata *ex art.* 11 dello stesso decreto; III) gli allegati C e D recano il modello unificato dell'istanza di autorizzazione e della relazione paesaggistica da allegare di cui al punto II) che precede.

Il testo regolamentare n.1824/2016 è stato predisposto dal Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo con l'ausilio di una commissione speciale, apposito gruppo di lavoro costituito dal Mibact l'8 gennaio 2015 e composto da rappresentanti delle regioni, dell'ANCI e da «autorevoli esponenti dell'Accademia e da funzionari della presidenza del Consiglio, Dipartimento per la semplificazione amministrativa»; infine, è intervenuta, prima del parere del Consiglio di Stato, la conferenza unificata che, insieme all'ANCI, con un'intesa del 7 luglio 2016, previe talune modifiche, ha ottenuto il parere favorevole del Consiglio di Stato, sezione consultiva Atti normativi del Settembre 2016, con non pochi inviti a modificazioni e chiarimenti nel testo proposto.

Si può forse ritenere che non sussistano in realtà seri pericoli di ricorso strumentale alle categorie facilitate: si può, in particolare, escludere che le norme regolamentari permissive – il cui rilievo nell'ordinamento giuridico è di per sé evidente in quanto queste finiscono per influenzare in sede applicativa ed esegetica, l'intera categoria di rapporti tra gli interessi speculativi alla trasformazione del territorio vincolato paesaggisticamente, dunque il più pregiato e prezioso sul mercato immobiliare del lusso e quelli dell'intera nazione – possano in concreto attivare la speculazione in misura significativa. Le maglie della normazione semplificante sembrano abbastanza strette per consentire l'affermarsi di una prassi applicativa che, in realtà, riesca

ad avvicinarsi alla sfera dell'amministrazione neutrale nell'applicazione delle norme di salvaguardia del paesaggio.

In conclusione, la ragion pratica della protezione accordata dall'ordinamento ai beni culturali, al paesaggio e all'ambiente è radicata nella stessa presenza delle vite umane nei tre sistemi giuridici oggettivi che le vedono impegnate a conservare e restaurare testimonianze di bellezza, storia, archeologia e demotologia in nome dell'affermazione della personalità di ognuno, a sorvegliare l'integrità di ciascun sistema per la sopravvivenza attuale delle bellezze paesaggistiche riconosciute dall'ordinamento, ed a curare con la dovuta attenzione l'adozione di comportamenti comuni a tutte le popolazioni caratterizzati dal rispetto delle condizioni dell'ambiente, non rileva se sia connesso o meno con i valori paesaggistici, allo scopo di garantire – ciò che soltanto un consenso generale può ottenere – la migliore e più rilevante condizione di sviluppo della persona umana e di tutte le vite che, nel succedersi delle generazioni, ne accompagnano e ne condizionano il percorso.

Per quel che può valere, sono forse ormai possibili riflessioni sul differente peso riconosciuto nell'ordinamento alle presenze dei beni che possono/devono essere considerati meritevoli della qualificazione di culturali e paesaggistici e ai c.d. beni comuni che non conoscono la tutela pubblica perché dovrebbero essere protetti nel regime del diritto comune da cittadini interessati volontariamente alla loro *cura*.

Beni culturali, paesaggio e ambiente pongono analoghi problemi alla comunità politica: se il regime giuridico del bene è, nell'essenza, uniforme dunque efficace per tutti quelli culturali e per il paesaggio, non si può dire altrettanto per i c.d. beni comuni³³. Quanto all'ambiente, la produzione incontrollata di materiali – ad es. plastici – corrispondenti all'interesse esclusivo dell'impresa, è assai dannoso per l'ecosistema: gli oceani presentano vaste distese di plastica, i pesci – persino i cetacei – ne hanno la pancia piena, ma le scelte politiche non hanno ancora registrato un divieto o almeno una limitazione rilevante della produzione della plastica in alcuno Stato conosciuto.

L'esempio è assai significativo, ma non è certamente limitato ad un caso isolato.

³³ Cfr. R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva di indagine sui beni comuni*, cit., 67 ss.

Nell'ambiente sono i rifiuti a rendere spesso vano l'impegno civile dei cittadini e degli Stati³⁴: persino le buste di plastica potrebbero essere "governate" con successo negli inceneritori o in altri meccanismi se si riuscisse a controllarle veramente quando diventano – devono diventare – rifiuti; ma con norme positive che ne impongano la raccolta differenziata a categorie di soggetti come i pescatori, gli imballatori, i venditori e gli acquirenti, nonché la presenza continua di idonei contenitori del rifiuto plastico.

È questo genere di iniziative che, tuttavia, potrebbe vedere l'intervento di associazioni di cittadini nell'esercizio di un servizio di assoluto interesse generale ai sensi del comma quarto dell'art. 118 Cost. Alla legge probabilmente si chiede troppo in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio e di tutela dell'ambiente.

Soltanto un impegno costante tanto dei pubblici poteri a tutti i livelli quanto, su piani non meno rilevanti, dei cittadini potrebbe rappresentare la svolta necessaria per un progresso generale che consenta di evidenziare gli aspetti di grande ricchezza che il patrimonio culturale e in generale il territorio e l'intero ecosistema offrono e di rendere consapevoli tutti i singoli cittadini. Un compito, per così dire, *naturale* che grava sull'intera comunità, già espletato nelle precedenti generazioni con successo, se è vero che il patrimonio culturale, il paesaggio e l'ambiente nel territorio nazionale sono stati preservati e consegnati alla generazione del secondo dopoguerra dal Medioevo fino al Novecento, a prescindere dall'esistenza di norme generali o consuetudini poste a presidio della tutela dell'ambiente.

È vero che la funzione pubblica di tutela, valorizzazione e garanzia di fruizione generale e quella privata di conservazione dei beni culturali, del paesaggio e dell'ambiente esprimono una finalità insita nell'azione della Repubblica: ma la vastità nel tempo e nello spazio degli effetti di siffatta tutela, così come accade in particolare per gran parte della tutela dell'ambiente salubre, la molteplicità infinita del patrimonio culturale e dei paesaggi, permea la funzione di tutela – che lo Stato si è del tutto coerentemente e significativamente riservato quanto al livello di normazione primaria nella Costituzione agli artt. 9 e

³⁴ In particolare, sulla disciplina dei rifiuti nel codice dell'ambiente, cfr. A. BORZI, *La gestione di rifiuti*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, cit., 605 ss. Per uno sguardo più generale che analizzi l'impatto dei rifiuti sulle politiche del mercato in Italia e nell'UE, si vedano anche i contributi di O. PORCHIA, *Le politiche dell'Unione europea in materia ambientale*, *ivi*, 153 ss., spec. 210; R. AGNOLETTI, *I settori delle discipline ambientali*, *ivi*, 433 ss.

117 – di una tensione normalmente appagante proiettata tra preistoria e civiltà della rete delle reti; perché l'uomo bionico, l'uomo automa andrà alla ricerca, fuori di un laboratorio, delle origini dell'etnia di appartenenza e del suo spirito all'origine del suo essere. Come può rilevarsi, si tratta di amministrazione attiva, ma allo stesso tempo di un'attività che si disperde nell'infinito verso i valori che tende a proteggere a vantaggio di tutta l'umanità, dunque dei beneficiari di siffatte tutele, queste ultime da intendersi come servizio economicamente indivisibile.

Ciò ha consentito l'emergere di obblighi repubblicani come di obblighi civici nella salvaguardia reale del bene comune culturale, paesaggistico e ambientale al fine di trasferire in favore delle successive generazioni gli stessi beni nelle migliori condizioni di conservazione: dunque i connotati della neutralità di un'azione dotata del massimo raggio di incidenza nella realtà del territorio e della sua storia anche artistica si rendono manifesti ben presto con il maggior rilievo che l'attività di un ente pubblico possa esprimere per la comunità nel prendersi cura dei suoi beni comuni.

La sussidiarietà, soprattutto orizzontale, concepita nel 2001 con il nuovo testo dell'art. 118, comma quarto, norma emergente che spicca come la più significativa e meritevole di conservazione nell'intera riforma costituzionale, realizzata con la legge costituzionale n. 3/2001, rappresenta la conferma che la tendenza al bene comune (da raggiungere per vie molteplici) è finalmente tradotta spesso in norme di legge e questa volta costituzionali.

La sussidiarietà trova radice nell'organizzazione internazionale, dunque anzitutto nell'organizzazione missionaria della Chiesa cattolica: preesiste la persona con le sue formazioni sociali spontanee che godono di una sorta di protezione dalle interferenze dei pubblici poteri nelle loro attività che possa ostacolare l'autonomia, valore essenziale per chiunque nell'ambito di un quadro di pieno rispetto nell'ordinamento³⁵. Qualora le persone singole o le minori comunità

³⁵ Ricordando 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», M. LUCIANI, *Una discussione sui beni comuni*, cit. si chiede se questo principio debba essere «esportato anche nel dominio dei rapporti sociali» (379). A tal proposito i diversi contributi del numero monotelico di *Dir. e soc.*, n. 3/2016, cit. appaiono assai esplicativi, orientandosi tutti in questo senso: cfr. F. VIOLA, *Beni comuni e bene comune*, *ivi*, 381 ss. per il quale «la cooperazione

non siano in grado di provvedere adeguatamente in via esclusiva, si afferma la sussidiarietà verticale mediante un coordinamento della loro azione e di sostegno in caso di necessità, cioè tenendo presenti i canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità³⁶.

presuppone che ci si consideri l'un l'altro come agenti internazionali e liberi di agire e, pertanto, capaci di accordarsi per un fine condiviso e di impegnarsi reciprocamente» (392); L. D'ANDREA, *I beni comuni tra pubblico e privato*, *ivi*, 433 ss. ritiene che «senza cooperazione sociale, senza l'assunzione delle conseguenti responsabilità, senza il diffuso e generoso adempimento dei 'doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale', solennemente richiamati dall'art. 2 Cost.....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» (455); Q. CAMERLENGO, *La controversa nozione di bene comune*, *ivi*, 557 ss. opera un collegamento tra tutela dei beni comuni e adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, ritenendo tuttavia che «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 parola» (571).

³⁶ Oltre alla leale collaborazione tra istituzioni e tra cittadini e al principio di solidarietà che regge la società civile, intorno a quella dei beni comuni, come a tutte le altre tematiche che impingono sui rapporti tra pubblici poteri e cittadini, viene evidenziata da tutti gli autori che si sono occupati del tema l'importanza della garanzia dei processi partecipativi in uno Stato democratico. Così L. VIOLINI, *Il bene comune acqua nella prospettiva multilivello*, *ivi*, 535 ss., con particolare riferimento al bene *acqua*, dopo aver analizzato ogni questione riguardante la sua gestione nei tre livelli territoriali della nostra Repubblica, evidenzia che «esso 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». L'a. nel richiamare il lavoro di associazioni che operano per far sì che il "genoma umano" dell'acqua sia quanto più possibile "circolare", nonché l'opera delle grandi reti di università italiane nella creazione di *data base* gestiti nella logica dell'*open access*, ritiene che «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» (543). Per A. LUCARELLI, *Crisi della democrazia e funzione sociale dei beni pubblici nella prospettiva costituzionale. Verso i beni comuni*, *ivi*, 483 ss. v'è una profonda connessione fra democrazia partecipativa e determinazione delle formule di conservazione, gestione e godimento dei beni comuni; I. CIOLLI, *Sulla natura giuridica dei beni comuni*, *ivi*, 457 ss. ritiene che il successo «della teoria dei beni comuni (...) sia la risposta alla richiesta di una partecipazione più attiva da parte della cittadinanza»; nelle direzioni della *democrazia partecipativa* per la gestione dei beni comuni si muove anche E. ROSSI, *Le finalità e gli strumenti della democrazia partecipativa nell'ordinamento giuridico italiano*, *ivi*, 493 ss. il quale evidenzia tuttavia che una democrazia partecipativa mal gestita possa portare al rischio che «alla rappresentanza politica si sostituisca la rappresentanza di interessi» (380).

Sicché, conclude M. LUCIANI, *Una discussione, cit.*, la solidarietà «tende a essere trasformata nella soggettiva obbligazione a tenere comportamenti cooperativi, che anche in

Secondo una dottrina, il principio è stato enunciato ed inteso, nell'art. 118 Cost., «non tanto nel senso del riconoscimento di spazi di libertà privata e di un corrispondente dovere di arretramento dell'amministrazione dallo svolgimento di compiti cui gli individui e le formazioni sociali possono adeguatamente provvedere, ma piuttosto come esigenza di perseguire le finalità istituzionali dei pubblici poteri anche attraverso le iniziative autonome dei privati, singoli o associati, la cui azione deve essere riconosciuta, favorita e valorizzata, attribuendo alla stessa una rilevanza di interesse generale»³⁷.

Come non vedere nell'associazione culturale che scopre, dopo anni di ricerche infinite tra terreni arati, la “grotta del peccato originale” nella campagna di Matera, dotata di affreschi del periodo dell'occupazione longobarda di Benevento e della Lucania, con l'affresco di Adamo ed Eva e quello di tutti i Santi del paradiso allora conosciuti, un momento di verifica della spinta per l'universalità, ignara di luogo e di tempo, dell'interesse al proprio passato artistico, storico, archeologico che ogni norma consente di avvertire di fronte alla prospettiva di godere della scoperta di antichità, o di bellezze artistiche, o vestigia storiche, solenni testimonianze della sua civiltà.

Nonostante l'inquinamento dell'atmosfera, lo sviluppo incontrollato di alcuni processi industriali pubblici e privati, la pressione degli interessi economici più forti e meno accettabili per il godimento del paesaggio e della – iniziale – salubrità ambientale, perché il nostro divenga mio o, peggio ancora, mio e tuo nelle forme di più pesante e gravemente dannosa corruzione propria, il compito di ogni generazione nelle sue espressioni istituzionali pubbliche e private, cioè nei singoli componenti la generazione, si svolge ancora come funzione amministrativa neutrale a favore di future persone non nate e non presenti sul piano dei rapporti intersoggettivi.

Ed è proprio la caratteristica neutralità della funzione a legittimare ogni pretesa di limitazione alla circolazione del bene culturale, all'uso

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» (380).

³⁷ Così N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino 2002, 21 ss. ma si veda anche M. INTERLANDI, *Ambiente, beni di interesse comune e “diritti collettivi”*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 217 ss.

spregiudicato del territorio per violentarne il bene-paesaggio o per industrializzarlo nel senso di inquinamento inevitabile, di imposizione di attività conservativa, sostitutiva e complementare dopo un danno ambientale, di ripristino dello *status quo ante* nella tutela del paesaggio.

Infatti, l'agire non per un interesse proprio, ma, almeno in netta prevalenza, alieno, costituisce la precondizione della neutralità dell'azione: essa si fa funzione quando l'ordinamento giuridico richiede quell'azione – esercizio in concreto delle competenze e delle attribuzioni – nell'interesse generale, nella specie anche futuro. E la richiede, di necessità, nella stessa misura, tanto all'ente pubblico del quale potrà orientare e talora guidare le scelte in sede di vigilanza, quanto al singolo titolare di libertà, ma vincolato a comportamenti doverosi per la conservazione di ogni bene culturale, di ogni angolo dell'ecosistema. In un'attività di questo genere non può negarsi che tutti – pubblico e privato, collettivo e singoli – agiscano, debbano agire, nell'interesse generale soprattutto a vantaggio delle future generazioni: neutralità piena, pertanto, rispetto ad interessi propri o di altri soggetti presenti in una relazione giuridica “effettiva”, neutralità ispirata alla bellezza dei beni e dei paesaggi in funzione della qualità della vita in un caso, all'incontaminazione nel secondo, nei luoghi di svolgimento della vita, cioè dovunque.

Funzioni amministrative connesse alle posizioni imposte dal regime dei beni principali – più necessari – presenti nella vita di ogni comunità politica, ma prima ancora di ogni individuo, sotto forma di cose d'arte o di reperti archeologici, storici, di beni che rivelano costumi, economia, storie antiche dell'uomo nel suo popolo, di musiche di tutti i tempi che superano la barriera ancestrale della diversità linguistica, una delle fonti principali della difficoltà di dialogo – per la cura consapevole di tutti i loro rispettivi interessi, resi compatibili in conseguenza del dialogo, cioè della sopraggiunta conoscenza di interessi nuovi, del *know-how* necessario per meglio garantirne la promozione e difesa – tra le persone che abitano il pianeta (la perdita di occasioni di crescita di ogni tipo, causata dalla difficoltà di incontro e di scambio di ciascuno con tutti gli altri viventi è circostanza di portata dannosa incommensurabile). Inoltre, paesaggi di struggente bellezza e salubrità dell'ambiente che tutto ciò che precede contiene.

Tutto si conserva ancora oggi, certamente per merito di singoli e delle associazioni, comitati o semplicemente gruppi di cittadini anima-

ti dal senso civico e dalla solidarietà, ma soprattutto, come emerge da queste brevi notazioni, per merito dell'esercizio generale da parte del potere pubblico a qualsiasi livello, da quello comunale a quello statale, europeo, internazionale, di funzioni neutrali mediante l'emanazione di leggi di tutela e valorizzazione e mediante un capillare esercizio di funzione amministrativa che, prescindendo dalla sua attuale qualità e quantità, se venisse meno interamente provocherebbe la perdita irreversibile delle fondamenta della società politica, delle ragioni stesse del consenso reciproco sulle quali fonda il vincolo del cittadino con le forme di Governo che lo riguardano e legittimamente lo raggiungono nella sfera dei suoi interessi.

Un'attività cosmica, insomma, di funzioni neutrali consente ad ogni generazione di trasmettere oltre se stessa beni e valori che altrimenti sarebbero utilizzati attivamente ed esauriti fatalmente nell'interesse contingente, con la prevaricazione da parte dell'interesse "attuale" sulle ragioni stesse del bene comune. Scomparebbe l'altruismo, l'opera nell'interesse alieno della funzione amministrativa che, con l'"arma" di pace sociale della sua neutralità, deve, viceversa, continuare a tessere al di sotto di tutte le azioni positive e dotate di singole *mission*: quelle attività di ogni giorno che tuttavia mai dovranno negare l'interesse di chiunque componga la comunità a guadagnarsi, senza eccessivo onere, anzi profittando dell'esercizio di funzioni amministrative neutrali e mediante ognuna di esse, il proprio futuro.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)