

9 gennaio 2015

Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica

di Alberto Lucarelli

Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Napoli "Federico II"

Abstract Nell'attuale quadro di espansione delle forme di appropriazione privata e dei progressivi processi di privatizzazione dei beni pubblici, che hanno indebolito la storica nozione di demanio, s'intende con il presente studio fornire un contributo al dibattito in corso, intorno alla costruzione della categoria giuridica dei beni comuni materiali. Un'indagine che si fonda sulla categoria del demanio, sulla sua natura e funzione, sulla sua forza di caratterizzare ed influenzare le differenti dimensioni della democrazia e della forma di Stato. In questi nuovi scenari, più che evidenziare il declino della categoria giuridica del demanio, si evidenziano i limiti fisiologici del modello demaniale e della sua fatale, ma forse naturale, attrazione al modello dominicale della proprietà pubblica. La categoria giuridica dei beni comuni materiali, invece, si distacca nettamente dalla nozione di proprietà pubblica, fondandosi più che sul rapporto tra dominus e bene sulla relazione tra beni e diritti da soddisfare; sulla funzione sociale dei beni pubblici. Against the backdrop of the on-going and significant processes of privatization of public goods, which have weakened the notion of state property, this essay aims to contribute to the scholarly debate around the legal notion of material common goods. The essay explores the nature and function of state property, as well as its ability to affect the diverse dimensions of democracy and form of State. The physiological limits of the model state property (and its fatal, but perhaps natural, attraction to the dominus model of public property) will be highlighted. In this respect, I will argue that the legal notion of material common goods is far from being similar to the legal notion of public property, in that it is based on the relationship between goods and fundamental rights (endorsing the social function of public goods), rather than on the relationship between goods and their dominus.

Sommario: 1. *Premessa: piano dell'indagine;* 2. *Beni comuni e modello della proprietà pubblica tra Costituzione e codice civile: dal modello strutturale al modello funzionale;* 3. *I beni comuni e la funzione sociale della proprietà pubblica: il ruolo della comunità (segue);* 4. *I beni comuni tra proprietà e gestione: segue;* 5. *La proprietà collettiva versus i beni comuni;* 6. *Democrazia della rappresentanza e proprietà pubblica: limiti all'insorgere della teoria dei beni comuni. Verso una nuova dimensione dello Stato-Comunità;* 7. *Verso la categoria giuridica dei beni comuni;* 8. *I beni comuni: ancora sulla dicotomia tra rapporto strutturale e rapporto funzionale;* 9. *Beni comuni e*

ruolo del diritto pubblico: segue; 10. Beni comuni e modelli di governance; 11. I beni comuni tra proprietà formale e proprietà sostanziale.

1. Premessa: piano dell'indagine

Nell'attuale quadro di *espansione* delle forme di appropriazione privata, indotte anche da una ideologica e liberista interpretazione del diritto europeo[2], e di progressivi processi di privatizzazione dei beni pubblici[3] che hanno, nella sostanza, snaturato – o comunque messo in discussione[4] - la storica[5] nozione di demanio[6], provocando reazioni negative anche da parte di studiosi dell'analisi economica del diritto[7], s'intende con il presente studio fornire un contributo al dibattito in corso, intorno alla costruzione[8] della categoria giuridica dei beni comuni[9]. A partire dalla definizione data dalla c.d. Commissione Rodotà, ovvero “.....cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona.....devono esser tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future...”[10], ci si propone di evidenziare durante il corso dell'indagine, come la categoria dei beni comuni non sia immediatamente sovrapponibile, ai beni pubblici[11], ma al contrario sia espressione di una sua specificità.

Si tratta di un'indagine che si snoda tra una pluralità di fondamenti giuridici (Costituzione, Codice civile, legislazione speciale), e su alcuni significativi interventi della giurisprudenza più avvertita, che interpretando norme sulla proprietà pubblica ne hanno nella sostanza desunto la categoria dei beni comuni[12]. Un'indagine che, dal punto di vista formale, pur nei limiti dell'economia del lavoro, si fonda sulla categoria del demanio, sulla sua natura e funzione[13], sulla sua forza di caratterizzare ed influenzare le differenti dimensioni della democrazia e della forma di Stato

La riflessione vede impegnati giuristi e movimenti[14] e, a partire dai lavori della c.d. Commissione Rodotà[15], si sta concentrando sulla modifica di parti sostanziali del codice civile[16] (il Capo II del Titolo I del Libro III del Codice civile nonché di altre parti dello stesso libro ad esso collegate), con l'introduzione della *nuova* categoria dei beni comuni, costituendo un ripensamento[17] più complessivo del rapporto tra proprietà privata e proprietà pubblica da una parte e tra Stato (*rectius* statualità[18]) e comunità dall'altra[19], che potenzialmente può determinare, mettendo in discussione la sacralità della forma di governo rappresentativa[20], una nuova dimensione del diritto pubblico ed una *reale* ed effettiva configurazione della sovranità popolare.

La riflessione intorno alla categoria giuridica dei beni comuni consente un ragionamento intorno ad un diritto pubblico (espressione dello Stato apparato e Stato-comunità) che tende a qualificare il ruolo della comunità all'interno dello Stato, quale frutto e garante della statualità[21], allentando i *cordoni* che lo legano tradizionalmente, nell'esercizio delle sue funzioni, a concezioni statalistiche[22], categorie troppo spesso, e

frettolosamente sovrapposte[23]. In sostanza la dimensione partecipativa che alimenta e sorregge la pratica dei beni comuni si muove all'interno dello Stato, quale forma di *statualità, spazio pubblico aperto ed inclusivo*[24]. Tale dimensione del diritto pubblico (Stato) garantisce l'affermazione della *statualità*, la sua naturale adesione alle esigenze della comunità[25], che non esclude – ma anzi alimenta- spazi di autoregolazione e di azione costituente continua[26].

Nel saggio si cercherà inoltre di dimostrare che la qualificazione della dimensione della comunità all'interno dello Stato non determina *tout court* un indebolimento del diritto pubblico, né la trasformazione del *government* in *governance* (ovvero dalla determinazione dell'indirizzo politico alla mera gestione) o del diritto (*law*) in *diritto mite* (*soft law*). Il ragionamento intorno ai beni comuni costituisce l'occasione per ragionare intorno ad una nuova dimensione del diritto pubblico e a nuove declinazioni della democrazia, oltre i meccanismi classici della rappresentanza politica[27].

Nel presente studio si circoscrive la riflessione ai c.d. beni comuni materiali – non facilmente classificabili[28] - ovvero ai beni demaniali che presentano caratteristiche tali da orientare il ragionamento principalmente sulle loro funzioni e sulla capacità di soddisfare i diritti fondamentali della comunità. Si ragiona anche intorno ai motivi che spingono all'affermazione della nuova categoria, su un piano teorico, ma anche tecnico-operativo[29]. Pertanto, si analizzerà il rapporto demaniale sia dal punto di vista strutturale (proprietario-bene), che funzionale (beni-diritti)[30].

2. Beni comuni e modello della proprietà pubblica tra Costituzione e codice civile: dal modello strutturale al modello funzionale

La disciplina costituzionale della proprietà pubblica (art. 42 Cost.), com'è noto, si limita sostanzialmente, ad un mero rinvio alla normativa civilistica, pertanto, è difficile ricondurre, in via diretta, all'art. 42 Cost. altre categorie di beni distinti dalla tipicità dell'istituto proprietario. Un fondamento giuridico diffuso alla categoria giuridica dei beni comuni, piuttosto che da un'interpretazione estensiva dell'art. 42 Cost., è possibile rilevarlo, come ben evidenziato in dottrina, dall'insieme dei principi fondativi presenti nella prima parte della Costituzione.[31]. In particolare in quel complesso di principi ed articoli che orientano beni e servizi, nel rispetto dei principi di solidarietà e giustizia sociale alla tutela dei diritti fondamentali e della dignità umana[32].

Lo statuto della proprietà pubblica, sia in Costituzione che nel codice civile[33], sovrapposto negli anni al modello demaniale[34], ed in senso più ampio ai beni pubblici, configura rapporti *escludenti*[35], riconducibili ai rapporti strutturali e materiali, di ordine soggettivo, che legano il *dominus* al bene, alla funzione che il *dominus* attribuisce al bene[36]. Il rapporto funzionale, di natura oggettiva, beni-diritti fondamentali, è sullo sfondo e comunque subordinato al primo.

La riflessione sul rapporto funzionale, cioè sulle modalità attraverso le quali il *dominus* si rapporta alla natura ed alla portata della funzione dei suoi beni, ai suoi limiti, ma anche alle sue responsabilità può qualificare l'azione dei soggetti pubblici, in merito ai profili gestionali, alle attività di indirizzo, di regolazione e di controllo[37].

Nell'ambito del rapporto funzionale, se la fruizione del bene demaniale, per sua naturale vocazione e/o per una istanza (esigenza) evolutiva della comunità, va al di là del mero godimento del proprietario pubblico, o della funzione (sociale) ad esso attribuita, ma assume nel *processo storico* una destinazione differente e collettiva, il proprietario muta il suo *status*, trasformandosi di fatto da *dominus* ad amministratore per la collettività[38].

Pertanto, come avremo modo di approfondire nel corso del saggio, e come già in maniera estremamente lucida evidenziava Giannini nel 1995, per i beni comuni – cioè per quei beni demaniali per i quali prevale il profilo funzionale - i problemi di ordine giuridico che si pongono non sono di appartenenza, non attengono alla struttura del rapporto (il bene resta nella formale titolarità del proprietario pubblico), ma alla funzione, alle modalità di godimento dei diritti che si rapportano ai beni, che ovviamente si ampliano[39]. Tuttavia, minori poteri del proprietario pubblico e maggiori diritti riconosciuti alle comunità non significa negare il ruolo del diritto pubblico, quanto piuttosto delineare un modello di *governance* nel quale il concetto di *statualità* (o se si preferisce di civilizzazione statale) non risulti assorbito da uno Stato-apparato elefantico e vessatorio. Il concetto di *statualità* nel quale lo Stato non risulti assorbito da uno Stato-apparato elefantico e vessatorio. Il concetto di *statualità* ci aiuta a comprendere che lo Stato non dev'essere inteso quale macchina autonoma e avulsa dal contesto sociale. Si tratta di un concetto che può definirsi anche come spirito delle istituzioni e che si ricollega al senso profondo della cultura civica e alla categoria – nel contempo teorica e pratica – dell'interesse al disinteresse.[40]

La categoria dei beni comuni dunque si distanzia dai beni collettivi o di proprietà collettiva[41], come sottolineava Giannini, evidenziando come i beni collettivi[42], avessero ad oggetto diritti collettivi di natura dominicale, ovvero beni che appartengono ad una circoscritta ed escludente comunità di abitanti[43]. Al contrario, i beni comuni si caratterizzano per un rapporto non strutturale, né strutturato della comunità con i beni, ma fluido e funzionale.

I beni collettivi, come evidenziato in dottrina[44], possono trasformarsi, in un'ottica mercantile e commerciale in diritti individuali, escludenti[45], proprio perché rientranti nella sfera della natura dominicale del rapporto (soggetti-bene). Un rapporto che si esaurisce nella struttura *dominus-bene*, ancorché il proprietario assuma una dimensione collettiva. Il profilo soggettivo prevale sugli aspetti funzionali, mettendo in discussione la stessa dimensione sociale dei beni.

L'esigenza di una nuova e complessiva rilettura dei beni pubblici e del relativo modello di democrazia a essi sotteso, è dunque quella di andare, rispetto ai beni comuni materiali, così come innanzi individuati, oltre i caratteri classici della demanialità, ovvero di un

modello di ordinamento giuridico che riconosce un tipo classico di relazione soggettiva assoluta (la proprietà individuale), nell'ambito del quale lo scopo del demanio è quello di soddisfare obiettivi propri di un'Amministrazione intesa in una dimensione soggettivistica autonoma e solitaria[46]. Un modello che proprio per queste caratteristiche non impedisce la commercializzazione dei c.d. beni comuni materiali, limitandone secondo logiche del profitto accessibilità e fruibilità.

Pertanto, piuttosto che parlare di declino della categoria giuridica del demanio[47], sarebbe più opportuno parlare di limiti fisiologici del modello demaniale[48], fondato sostanzialmente sugli elementi caratterizzanti il rapporto (strutturale) dominicale[49], nell'ambito del quale il binomio sovranità statuale (organizzazione del potere legislativo e potere amministrativo) - proprietà pubblica, senza limitazioni puntuali di ordine costituzionale[50], può discrezionalmente *decidere* di cambiare titolo e destinazione del bene (processi di sdemanializzazione-patrimonializzazione[51] ma anche procedimenti concessori)[52], o semplicemente di conservare nel tempo una funzione sociale del bene distante dalle evolute esigenze delle comunità. In questo senso, la cornice dei principi costituzionali, così come innanzi delineata, ancorché di natura prescrittiva, non ha dimostrato di possedere capacità di resistenza tale da impedire che la tipicità del rapporto proprietario strutturale, ben radicato tra Costituzione e regole *codicistiche*, prevalesse sul rapporto funzionale teso a soddisfare i diritti fondamentali.

Il rapporto che lega l'amministrazione al bene demaniale è nella sostanza un rapporto di natura proprietaria[53], fondato su poteri di godimento, disposizione ed utilizzo del bene[54]. Tale natura del rapporto non ha impedito che proprio i poteri di tutela, puntualmente previsti dal diritto positivo vigente (artt. 823, comma 2 c.c. e 825 c.c.), si ridimensionassero nel diffuso orizzonte delle privatizzazione.

I processi di privatizzazione (ma anche l'abuso del ricorso all'istituto concessorio) hanno determinato la prevalenza della dimensione soggettiva e strutturale del rapporto –fondata su un'accentuata discrezionalità politico-legislativa senza sufficienti argini costituzionali - sulla dimensione oggettivo-funzionale. Secondo parte della dottrina, tali processi avrebbero determinato addirittura la trasformazione della categoria giuridica dei beni pubblici in *beni a destinazione pubblica*[55], con un conseguenziale svilimento dell'originaria funzione sociale dei beni

Nell'ambito di tale rapporto il *dominus*, anche in contrasto con alcuni significativi orientamenti del giudice amministrativo[56], si limita a determinare discrezionalmente l'interesse primario della p.a. , piuttosto che agire quale rappresentante della collettività[57], esercitando poteri sui beni demaniali al solo scopo di consentirle di utilizzare e godere di quei beni nel modo più pieno ed esclusivo[58]. La dimensione strutturale del rapporto ripropone nel tempo la contrapposizione, *stretta* nel rapporto *dominus*-bene, tra tesi collettivistiche- che si spingono come si è visto, ad affermare la proprietà collettiva - e quelle favorevoli alla configurabilità di un diritto di proprietà degli enti sul demanio[59].

I beni comuni, al contrario, svincolati dal modello demaniale dell'appartenenza dei beni ad un soggetto individuale o collettivo, si fonderebbero, al di là del mero titolo giuridico, sull'attuale funzione sociale dei beni (proposte da istanze partecipative “dal basso”) che, in quanto rivali ed esauribili, *devono* essere governati e gestiti in funzione dei diritti fondamentali da soddisfare della comunità, quali beni collocati fuori commercio[60]. La prevalenza del rapporto funzionale su quello di natura strutturale impedirebbe atti di discrezionalità frutto del binomio sovranità-proprietà, attribuendo al soggetto pubblico, attraverso una rivitalizzata dimensione del diritto pubblico, il ruolo fondamentale ed indispensabile di *guardiano* e regolatore, non più della dimensione strutturale, quanto piuttosto di quella funzionale.

I beni comuni, in quanto beni a *fruizione comune*, a differenza dei beni a *fruizione meramente pubblica* (beni pubblici) e/o a *fruizione collettiva* (beni collettivi), che appartengono ad un soggetto, o ad un gruppo ristretto di soggetti individuabili, rappresentano un universo virtuale di soggetti non immediatamente identificabili. Si tratta di comunità non ristrette nei meccanismi della delega, ma piuttosto nella galassia porosa delle regole e procedure espresse dalla democrazia partecipativa[61].

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 la discrezionalità dei poteri del proprietario sui beni stessi, favorendo al contrario processi partecipativi di accessibilità e fruibilità.

L'affermazione della categoria dei beni comuni (materiali) *passerebbe* anche attraverso un ridimensionamento della dimensione *autoritaria* dell'*imperium*[62], declinata, in relazione al governo dei beni demaniali, unicamente nel circuito della rappresentanza, saldando così il nesso tra bene e diritti.

In questo nuovo scenario, nel quale la gestione dei beni demaniali sembra non potersi più declinare soltanto nell'ambito della democrazia rappresentativa, occorre un modello di *communitas* che contribuisca ad informare una diversa dimensione del diritto pubblico[63], nel quale oltre agli istituti classici dei contropoteri e dei *checks and balances* (partecipazione, sussidiarietà, conflitto), “il potere sovrano non deve avere la forza di fare ciò che non deve fare. Nelle celebri parole di Bracton, citate da de Jouvenel: «*Rex debet esse non sub homine sed sub Deo et lege*»[64].

3. I beni comuni e la funzione sociale della proprietà pubblica: il ruolo della comunità (segue)

Fin tanto che lo Stato ha gestito i beni pubblici di sua proprietà, garantendo che tali beni assolvessero alla loro fisiologica funzione sociale (nesso inscindibile tra proprietà e destinazione), non è risultato di immediata necessità – pur con i limiti su evidenziati -

distinguere i beni comuni dai beni pubblici[65].

Pur tuttavia, anche il modello della demanialità mostrava i suoi limiti, in un sostanziale quadro di discrezionalità politico-amministrativa – “nel come e nel *quantum*” determinare la funzione sociale dei beni - con l'esclusione delle comunità dall'identificazione della funzione degli stessi, dalla gestione o anche attraverso gestioni del soggetto pubblico talvolta di *natura privatistica* (si pensi all'abuso del ricorso all'istituto della concessione).

In ogni caso, la funzione sociale, istituzionalmente assegnata alla proprietà pubblica, e gli istituti classici della democrazia della rappresentanza avrebbero dovuto garantire, attraverso il modello classico della demanialità, il nesso strutturale tra bene pubblico (appartenenza del bene) e destinazione.

Tuttavia, anche il modello della c.d. *demanialità*, stretto dai caratteri propri e dai limiti del rapporto dominicale, si è dimostrato inefficace a garantire l'interesse generale e la funzione sociale dei beni. I presupposti fondativi della demanialità - a prescindere da un'eventuale copertura costituzionale, che ne fissi i caratteri della inalienabilità, inusucapibilità ed inespropriabilità, non ne hanno impedito i processi di *sdemanializzazione* ex art. 829 c.c[66].

. Il binomio titolarità-destinazione, incentrato sul rapporto soggetto-bene, non è stato in grado di istituire un nesso di corrispondenza tra beni pubblici e diritti costituzionali. Quello che è assente nella struttura *fondativa* del demanio, e quindi anche nelle elaborazioni teoriche, è proprio il legame tra beni *demaniali* e diritti fondamentali[67]. La funzione sociale legata al demanio è rimasta collegata al potere discrezionale del *dominus* piuttosto che nella relazione con i diritti fondamentali da soddisfare. Legame che invece si cerca di costruire proprio nella elaborazione della categoria giuridica dei beni comuni.

Il potere discrezionale – di carattere legislativo e amministrativo - del proprietario pubblico di rimuovere i vincoli di inalienabilità ed incommerciabilità (capisaldi *formali* della categoria del demanio[68]), senza processi partecipati e/o di affidare in gestione a privati diritti d'accesso, di fruizione, di godimento e di uso dei beni pubblici –secondo logiche di natura commerciale - attraverso il ricorso e soprattutto l'abuso dell'istituto *concessorio*[69], ha indebolito la funzione sociale della proprietà pubblica attribuendole carattere escludente.[70] Il vizio genetico del modello demaniale che, come vedremo, seppur in forma ridotta, si esprime altresì per la c.d. proprietà collettiva, impedisce, in quanto racchiuso nella logica proprietaria[71], di orientare l'azione permanente dei beni pubblici verso gli orizzonti dei diritti fondamentali. In sostanza, con la categoria dei beni comuni l'obiettivo è di recidere la dimensione autarchica della determinazione della funzione sociale dei beni che resta implosa, in quanto non partecipata, nel rapporto strutturale soggetto-beni.

Ad esempio, attraverso il ricorso alle concessioni l'assegnazione escludente di un bene pubblico ad un soggetto privato pregiudica il godimento collettivo e quindi la funzione

sociale del bene. In sostanza, si intende dimostrare, pur non rientrando nell'economia specifica del presente lavoro l'analisi puntuale di tutte le ipotesi normative e amministrative di inizio[72] e cessazione[73] della demanialità (i c.d. statuti della demanialità)[74], come la discrezionalità riconducibile all'istituto proprietario[75], nell'esercizio del potere del *dominus*[76], possa incidere – e abbia inciso - sui beni demaniali in merito alla circolazione (*sdemanializzazione*[77]) ed alla gestione (concessione)[78], riducendo, comprimendo o addirittura negando l'accesso al godimento dei beni da parte delle comunità[79], limitando, o addirittura negando, la tutela dei diritti fondamentali ad essi collegati.

Occorre subito precisare che in adesione alle tesi di Roberto Esposito, ci si riporta ad una nozione di comunità[80], funzionale al governo ed alla gestione dei beni comuni, distinta e distante dal regime proprietario di appartenenza dei beni, ovvero al concetto di comunità legato alla figura del *proprio*, nella quale i suoi membri risultano avere in comune il loro *proprio* ed essere proprietari del loro comune[81].

Il concetto di comunità, legato alla teoria dei beni comuni, al contrario, anziché ad una proprietà o ad un'appartenenza dei suoi membri rimanda ad un'alterità costitutiva che la sottrae ad una connotazione *identitaria*[82]. Una comunità composta da soggetti attraversati da una differenza e legati dalla medesima esigenza di fruire del bene[83]. Pertanto si tratta di un legame all'interno della comunità non strutturale ma funzionale e non necessariamente collegato al territorio[84]. L'idea di comunità non ha nulla a che vedere con le piccole patrie cui guardano vecchi e nuovi comunitarismi[85] (per contrastare da una parte il liberalismo dei diritti dall'altra il liberalismo del mercato), non è una proprietà, un pieno, un territorio da separare e difendere rispetto a coloro che non ne fanno parte, ma un vuoto, un debito un dono[86] (*munus*) nei confronti degli altri[87].

4. I beni comuni tra proprietà e gestione: segue

Il ragionamento intorno alla categoria dei beni comuni prende *naturalmente* le distanze dal titolo di proprietà – dall'appartenenza- e si concentra sulla funzione dei beni, sulla loro accessibilità e fruibilità; sulle fasce di utilità che tali beni riescono a garantire alla comunità. Il tema della funzione sociale della proprietà pubblica, ritenuto superfluo e *superabile in re ipsa*, ed in questo senso neppure specificato nell'art. 42 Cost., in quanto la proprietà pubblica per definizione deve assolvere alla funzione sociale ed al perseguimento degli interessi generali[88], in realtà si pone in tutta la sua intensità e gravità.

Pertanto, al di là del mero titolo formale di proprietà (dell'appartenenza del bene[89]), intorno al modello della proprietà pubblica e/o della demanialità, vanno posti i seguenti interrogativi: 1. chi controlla che la proprietà pubblica sia sempre servente alla funzione sociale?; 2. chi controlla che essa rimanga nel tempo servente alla funzione sociale?

La gestione, in senso a-tecnico, dei beni demaniali, e quindi del concreto orientamento della loro funzione, è condiviso tra potere legislativo e potere amministrativo che, a seconda dei singoli beni demaniali decidono in ordine al perseguimento di finalità di interesse generale. Il proprietario pone in essere comportamenti sulla base di quanto stabilito e determinato dal potere legislativo e dal potere amministrativo.

Più precisamente alle istituzioni pubbliche è attribuito il potere di definire il carattere della demanialità di un bene, ma anche il potere di assoggettarlo ad altro regime giuridico, attraverso i processi di *sdemanializzazione* o anche attraverso il c.d. federalismo demaniale che nella sostanza si realizza quale forma di privatizzazione[90]. I requisiti dell'iuscapiabilità, inalienabilità, inespropriabilità dei beni demaniali non trovano un diretto ed esplicito fondamento in Costituzione (assenza di *copertura* costituzionale), per cui la *concreta* funzione sociale della proprietà pubblica, e più in generale del perseguimento degli interessi generali, resta in capo al potere discrezionale del soggetto pubblico (potere legislativo-potere amministrativo). Anzi come ben evidenziato in dottrina[91], l'art. 42 Cost. incoraggiava[92] la ricostruzione volta a porre la categoria del demanio nell'ambito della proprietà pubblica (c.d. proprietà di diritto speciale dello Stato-persona o più in generale di tutti gli enti pubblici) e lo studio sul demanio diventava studio sui beni pubblici (*rectius* proprietà pubblica[93]), assorbendo tutte le caratteristiche del rapporto dominicale.

La *sdemanializzazione*, ovvero la possibilità di collocare i beni demaniali sul mercato, rendendoli commercializzabili, attraverso un atto legislativo, ridimensiona il principio secondo il quale i beni demaniali sono disciplinati come “cose naturalmente destinate al soddisfacimento di bisogni pubblici, in rapporto alle quali l'interesse pubblico matura immediatamente e con intensità tale da escludere persino la possibilità della nascita di un interesse privato degno di tutela”[94].

Va inoltre evidenziato come nel caso delle procedure (legislativo-amministrative) di *sdemanializzazione* non vi è alcun riferimento costituzionale ai motivi di interesse generale, presenti al contrario per l'espropriazione della proprietà privata (art. 42 Cost.), restando la decisione nella piena discrezionalità del legislatore che procede senza alcun obbligo di indennizzo a favore della collettività per il bene alienato[95].

Il tema delle esigenze della comunità di poter accedere *liberamente* al godimento dei beni comuni si pone all'interno del modello della demanialità, fondato sulla discrezionalità del soggetto pubblico di decidere ed incidere sul rapporto tipicamente proprietario e dominicale *dominus-bene*, con una ricaduta diretta sulla funzione del bene e sul suo orientamento verso la tutela dei diritti fondamentali. Eloquenti in tal senso la calzante analisi di Joseph Stiglitz in merito agli «usi privati dell'interesse pubblico»[96], di un interesse pubblico collegato ad un bene privato ed orientato “innaturalmente” verso l'arena mercantile.

E' evidente che la dimensione proprietaria e strutturale del rapporto *dominus-bene*, *calata*

nel flusso dei processi di privatizzazione, quindi ben al di là di singole e determinate sdemanializzazioni o, come si è visto, di *facili* concessioni, acuisce attività mercantili sui beni comuni, privando definitivamente tali beni dal libero accesso e godimento delle comunità.

Anche nell'ipotesi di inserimento di una norma costituzionale, all'interno del modello demaniale, che prevedesse per determinati beni il carattere dell'inalienabilità, evitando un'immanente onnipotenza del potere legislativo ed amministrativo, in ogni caso si tratterebbe di una disposizione *calata* all'interno del modello demaniale, con le caratteristiche tipiche del rapporto dominicale: escludente, *autoritario* e non partecipato. Quindi anche l'inalienabilità dei beni demaniali non garantisce in sé l'accesso e la fruibilità dei beni in relazione al soddisfacimento dei diritti fondamentali. L'inalienabilità costituisce soltanto il presupposto giuridico e fattuale a che tali beni siano accessibili e fruibili, ma non esclude un governo *autocratico* di tali beni[97]. Da qui come vedremo più diffusamente nei paragrafi che seguono, la necessità di una modifica del codice civile nelle parti relative alla proprietà pubblica (natura, limiti, procedure di accessibilità e fruibilità, tutela)[98]

D'altra parte, va evidenziato come non soltanto il regime giuridico della proprietà pubblica non abbia costituito un freno al flusso dei processi di privatizzazione, ma addirittura, attraverso la vigente disciplina *codicistica*, relativa alla circolazione dei beni pubblici, abbia costituito il fondamento di leggi (legislazione speciale) che, a partire dal 2001, hanno disciplinato la cartolarizzazione di svariati beni pubblici..

Si pensi, in particolare, a provvedimenti dell'autorità amministrativa per il passaggio di beni demaniali (o del patrimonio indisponibile) al patrimonio collettivo (art. 3 l. n. 410 del 2001 di conversione del d.l. n. 351 del 2001[99]; art. 7.10 della l. n. 112 del 2002 di conversione del d.l. n. 63 del 2002 che rinvia all'art. 3, commi 1 e 17 della l. n. 410 del 2001[100]; d.lgs. n. 85 del 2010; d.l. n. 98 del 2011).

Tali leggi hanno abilitato l'autorità amministrativa, il ministro dell'economia e delle finanze, ad adottare atti amministrativi con valore dichiarativo[101], decretando nel caso del federalismo demaniale una sorta di sdemanializzazione *ex lege* [102].

5. La proprietà collettiva versus i beni comuni

Il modello della proprietà pubblica e/o della demanialità, si rivela dunque non sempre adeguato alla tutela dell'interesse generale, in particolare, come si è visto, per la discrezionalità del legislatore, ma anche della stessa amministrazione, di riconoscere e determinare la cessazione della demanialità dei beni. In questo senso, la volontà del legislatore diventa onnipotente rispetto al regime dei beni che avevano in origine garantito l'orientamento del bene verso finalità di interesse generale.

La sovranità legislativa piuttosto che la sovranità popolare[103] ed il carattere dominicale del modello della demanialità hanno consentito al legislatore di poter orientare i beni verso finalità di ordine mercantile.

Il modello demaniale, all'interno della mistificazione della sovranità popolare, tende ad *appiattirsi* sulla concezione *kantiana* dello Stato in sé (secondo modelli organistici) che già con Feuerbach era stata oggetto di una forte critica, laddove il pensatore di Hainichen insisteva sullo Stato come mezzo per garantire le libertà dei cittadini[104].

Una riflessione a parte merita il regime della proprietà collettiva[105] e se il ricorso a tale categoria possa ritenere superflua l'esigenza di ricorrere alla nuova categoria dei beni comuni, quale categoria tesa a garantire la funzione sociale dei beni, l'accessibilità e reali processi partecipativi delle comunità alla gestione.

In via preliminare, occorre evidenziare che i beni collettivi – la cui principale categoria è costituita dai diritti di uso civico[106] – non appartengono ai pubblici poteri, anche se su di essi questi ultimi esercitano funzioni amministrative previste dalla legge. Essi si trovano nella disponibilità della collettività ed i pubblici poteri si limitano ad esercitare su di essi funzioni di rappresentanza[107].

Tuttavia, anche se l'appartenenza non è attribuita ad un soggetto individuale ma collettivo, permangono le caratteristiche dominicali del modello proprietario, ovvero l'appartenenza di natura escludente, in capo ad un soggetto collettivo, che si manifesta nel rapporto tra *dominus* (collettivo) e *bene*[108]. La relazione *dominus-bene* continua a prevalere sulla relazione bene-diritti-fasce di utilità e l'interesse generale si circoscrive piuttosto in un interesse collettivo circoscritto a determinata comunità e territorio.

Infatti, come evidenziato in dottrina, le proprietà collettive costituiscono una categoria di appartenenza concepita dall'ordinamento come una categoria a carattere permanente; una forma di proprietà pubblica imputata ad una entità soggettiva non individuale ma collettiva[109]. La proprietà collettiva può appartenere ad un soggetto collettivo a titolo privato (proprietà collettiva di diritto comune), ma può appartenere anche al Comune, quale ente rappresentativo della comunità di abitanti (proprietà collettiva di diritto pubblico).

In sostanza il bene collettivo può appartenere sia al Comune quale ente (patrimonio comunale), sia alla popolazione abitante nel territorio comunale[110]. Pertanto la proprietà collettiva è sempre imputata ad una comunità di abitanti organizzata (normalmente *governance* mista comune-comunità di abitanti); una comunità di residenti in un certo luogo spazialmente individuato, che in ogni caso non è soggetto giuridico. Infatti, i poteri amministrativi concernenti la gestione del bene collettivo sono sempre imputati all'autorità amministrativa fissata dalla legge[111], all'ente pubblico restano tutti i poteri di regolamentazione dell'uso stesso.

Inoltre, va osservato che il regime dell'inalienabilità ed incommerciabilità della proprietà collettiva, può essere derogato[112], nei casi concreti, con espressa autorizzazione dell'autorità competente per scopi di interesse pubblico, con forza *ex lege* di estinguere il diritto collettivo e di rendere commerciabile il bene. Si tratta infatti di un provvedimento autorizzativo all'alienazione dei beni collettivi con effetti di natura costitutiva[113].

In sostanza, al di là degli effetti perduranti propri del rapporto dominicale, l'imputazione del bene ad una determinata collettività non impedisce processi di commercializzazione del bene, questo perché l'istituto, come si è detto, è comunque riconducibile alle logiche escludenti della proprietà, restando inglobato nelle dinamiche strutturali del rapporto tra dominus (ancorché in dimensione collettiva) e bene.

Rispetto ai beni comuni, si tratta pertanto di una categoria giuridica ben distante. In particolare va evidenziato, che per i beni comuni, in una prospettiva *de jure condendo* (anche attraverso un adeguato riconoscimento costituzionale che impedisca l'alienabilità), prevale la funzione sulla struttura che, spostando l'attenzione sulla funzione e gli obiettivi del bene in relazione ai diritti fondamentali, determina una serie di limiti al proprietario pubblico ed alle comunità di riferimento.

In particolare, la proprietà collettiva tratteggia una idea di comunità escludente, base di fenomeni propri di un certo tipo di comunitarismo egoista che non si pone quale obiettivo la realizzazione del *munus* (il dono), che in termini giuridici si traduce in azioni che garantiscano l'equa accessibilità, la tutela dei diritti delle generazioni future[114], ponendo altresì, i presupposti per un ampio accesso alla giustizia ambientale, fortemente legata alla giustizia distributiva ed all'equo accesso alle risorse[115].

Inoltre, in merito alla proprietà collettiva, a differenza dei beni comuni, l'ente pubblico resta ente esponenziale della collettività[116], fondandosi sul meccanismo della rappresentanza classica piuttosto che sui modelli partecipativi delle comunità. Il *dominus*, dal punto di vista politico-amministrativo, resta l'ente pubblico che appunto può decidere di rendere indisponibili i diritti collettivi alla comunità stessa[117].

L'aspetto *autoritario* della proprietà collettiva, comunque invero nel rapporto *imperium-dominus* (sovranità-proprietà) è ancora più chiaro nelle parole di Giannini: “Però la legge, come, in ragione della loro natura fisica, li assegna in modo necessario a certe collettività, così può assegnarli ad altre collettività, regolando i relativi procedimenti di attribuzione patrimoniale”[118]. E' evidente che siamo di fronte a decisioni *calate dall'alto* che secondo criteri, non sempre ed immediatamente riconducibili all'interesse generale, possono privilegiare oggi una collettività domani un'altra. In ogni caso i beni rientranti nella c.d. proprietà collettiva si inquadrano comunque nella cornice della rappresentanza, assolutamente distanti dunque dal binomio democrazia partecipativa-beni comuni, ma ancorati piuttosto nel binomio *imperium* (democrazia della rappresentanza-decisione amministrativa) *dominium* (proprietà).

E' evidente che il governo e la gestione dei beni pubblici, anche nella espressione più *democratica* dei beni collettivi – o proprietà collettiva – si muove in una mistificata logica del principio di sovranità popolare[119], né è pensabile che la presenza del referendum abrogativo (art. 75 Cost.) possa rappresentare da solo l'elemento fondativo della democrazia contemporanea. E proprio in questa apparente dimensione della sovranità popolare – voluta e non attuata dalla Costituzione - “ la sovranità trae dal popolo, una legittimazione puramente ideologica, sulla cui base si costituisce nella dimensione del *dominium*, quale godimento individuale della “cosa privata” e non della *res publica*”[120].

6. Democrazia della rappresentanza e proprietà pubblica: limiti all'insorgere della teoria dei beni comuni. Verso una nuova dimensione dello Stato-Comunità.

L'insorgere della categoria dei beni comuni, attraverso gli istituti giuridico-processuali della democrazia partecipativa[121] può avere tra i suoi obiettivi concreti[122] anche quello di contribuire all'attuazione della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost., attraverso una rifondazione non statalistica del diritto pubblico[123], ma in senso più ampio della democrazia[124] può avere quale risultato quello di mettere in discussione il primato del legislatore quale organo politico detentore della sovranità, che determina l'identificazione Diritto/Stato, inteso quest'ultimo nella sua dimensione prevalentemente burocratica.

Nelle pagine precedenti, si è cercato di dimostrare che la funzione sociale dei beni pubblici e l'interesse generale, non sono garantiti *tout court* dal modello demaniale, neppure nella forme più avanzate della proprietà collettiva e degli usi civici, in quanto l'*imperium* del legislatore ed il *dominium* del proprietario, dispongono, *in ogni momento*, del potere discrezionale di sottrarre il bene al godimento della collettività ed alla piena accessibilità agli stessi[125]. E anche laddove ciò fosse impedito da principi costituzionali, in ogni caso la peculiarità della natura del demanio e del rapporto dominicale escluderebbero (anche nell'ipotesi più partecipata della proprietà collettiva), in un quadro di *fictio juris* della sovranità popolare, processi partecipati e ascendenti delle comunità in un nesso inscindibile tra beni e diritti fondamentali (costituzionali secondo la felice espressione di Gaudemet[126]).

Questo fenomeno, restando all'interno della struttura dell'istituto proprietario, si spiega anche nei confronti dei beni comuni, cioè di quei beni che naturalmente siano funzionali alla tutela dei diritti fondamentali, con tutte le difficoltà legate ad uno schematico processo classificatorio[127].

Ciò che nell'immediatezza ci si tiene ad evidenziare è che nel nostro sistema costituzionale, l'interesse generale, ma più propriamente la possibilità delle comunità di accedere *liberamente e gratuitamente* al godimento dei beni comuni, risulta *stretto* tra rappresentanza politica (scelte del legislatore) e decisione (amministrativa) del *dominus* che, secondo parte della dottrina, genererebbe una sorta di *miscela esplosiva* tra assolutismo giuridico e liberismo economico, con una forte compressione del ruolo della società civile.

E' la criticità genetica del demanio, già ben evidenziata all'inizio del secolo scorso da autori quali Otto Mayer, Santi Romano e Donato Donati[128], che sottolineano come, in merito ai beni demaniali, la dimensione proprietaria vada ridotta al solo aspetto della intestazione del bene al soggetto pubblico - sminuendo il profilo funzionale dell'appartenenza – assegnando allo stesso unicamente poteri di cura e manutenzione per il soddisfacimento di fini pubblici rispetto ai quali il demanio è indispensabile[129].

Proprio per uscire dalla mistificazione della sovranità popolare[130], perlomeno come si presenta nell'attuazione della formulazione di cui all'art. 1 Cost.[131], dove la dimensione della statualità, con una visione monista dello Stato-apparato[132], impedisce un reale processo di democratizzazione dello Stato e dove il modello della demanialità ne è un esempio evidente, Paolo Grossi afferma che sia tempo per la società civile di partecipare alla *res publica*, di cessare di essere depositaria della produzione giuridica soltanto nella favola-finzione della democrazia indiretta sbandierata dalla apologetica filo-parlamentare, ma nell'effettività ne restava espropriata[133]. L'assolutismo giuridico si configura quale modello di compressione dei diritti, proprio laddove la sovranità legislativa si pone di fatto al di sopra del diritto. Soltanto l'effettiva affermazione della sovranità popolare può essere in grado di reagire alla supremazia della legge scollegata dalla nozione di comunità[134].

E' tempo dunque di ragionare criticamente intorno alla concezione individualistica proprietaria, supportata dalla democrazia della rappresentanza, nonché dal decisionismo e dalla discrezionalità amministrativa, il cui binomio determina il *dominio* del proprietario sul bene, lasciando sostanzialmente privi di strumenti di difesa i cittadini.

In relazione ai beni comuni, occorre aprire nuovi scenari dell'appartenenza comune, giammai collettiva, così come intesa nei paragrafi precedenti, che prescindono dal titolo di proprietà (che formalmente resta pubblico nella differenza tra titolarità e proprietà) e piuttosto incidere sugli aspetti strutturali (*imperium-dominus-bene*), valorizzando le responsabilità funzionali del soggetto pubblico (procedure di equa accessibilità e fruibilità del bene, godimento dei diritti fondamentali, monitoraggio sui processi ascensionali delle comunità, contrasto all'insorgere di fenomeni di neo-comunitarismo), la cui azione deve restare vincolata e finalizzata al raggiungimento di determinati obiettivi di natura sociale, in una nuova dimensione e prospettiva del diritto pubblico.

La costruzione della categoria giuridica dei beni comuni può contribuire all'affermazione

di poteri pubblici che agiscono più nella dimensione di Stato-comunità che di Stato-apparato[135], riservandosi pervicaci azioni di regolazione e controllo, conservando la titolarità del bene – ma non l’effettiva appartenenza - ma garantendo l’accessibilità dello stesso, attraverso efficaci forme di democrazia partecipativa. Il principio di cui all’art. 1 Cost., secondo il quale “*la sovranità appartiene al popolo*”, per assumere i caratteri dell’effettività, deve continuare ad essere il risultato di un processo che al di là delle norme costituzionali (artt. 1, 2, 3, 5, 17, 18, 21, 48, 49, 50, 75, 138 Cost.) conduca ad un radicale mutamento del rapporto fra Stato e società[136], mettendo in condizione le comunità a partecipare e determinare effettivamente le decisioni di indirizzo politico-generale del Paese[137].

7. Verso la categoria giuridica dei beni comuni

I processi di privatizzazione dei beni comuni materiali (*rectius* dei beni demaniali) sono la naturale conseguenza del potere discrezionale del proprietario di disporre dei propri beni. Azioni che, dal punto di vista politico-normativo, sono state possibili dimostrando la fragilità dell’attuale categoria del demanio a perseguire, da una parte lo *status* dell’inalienabilità, dall’altra la funzione sociale legata ai beni stessi.

In questo contesto, per l’appunto, di intreccio tra assolutismo giuridico e liberismo economico, è interessante evidenziare, oltre alla rilevante attività di alcuni comuni, come la Corte di Cassazione a sezioni unite, con sentenza n. 3665 del 2011[138], abbia fatto riferimento alla nozione giuridica dei beni comuni, sostanzialmente rifacendosi ai lavori della Commissione Rodotà[139], dimostrando la necessità più complessiva di un ripensamento intorno alla categoria del demanio e soprattutto del modello di governo e gestione ad esso sotteso.

La fisiologica debolezza del demanio e della proprietà pubblica (categorie come si è visto nella sostanza sovrapposte) a garantire, secondo parametri di solidarietà ed eguaglianza, la tutela dei diritti fondamentali, e in senso più ampio la sua stessa funzione sociale - il cui dinamismo funzionale contenuto nell’art. 42 Cost., sembra esaurirsi nella proprietà privata, prevalendo per la proprietà pubblica la pesante, rigida e strutturata eredità del demanio - spinge alla *costruzione* della nuova categoria giuridica dei beni comuni.

Essa tende ad allontanarsi dalla categoria giuridica di demanio[140], e soprattutto dal modello ad esso sotteso, che oggi si presenta poroso, e la sua affermazione ha come primario obiettivo di evitare che tali beni siano commercializzati, fondandosi su una partecipazione collettiva in termini di produzione, accesso, gestione, controllo e tutela patrimoniale.

Con l’introduzione giuridica della categoria dei beni comuni, e soprattutto con le tecniche e regole procedurali della democrazia partecipativa, s’inclinano alcune rigidità tipiche

dello Stato-autorità e della sovranità statale[141], estranee –se non profondamente in contrasto – con i principi fondativi della sovranità popolare (rappresentanza, partecipazione, comunità intermedie[142]) di cui all'art 1 Cost.[143] quali ad esempio il concetto statalistico di demanialità.

In questo senso, i beni comuni non possono prescindere dal rafforzamento di istituti propri della democrazia partecipativa e di prossimità, sia a livello statale che locale[144], e gli stessi, piuttosto che alla posizione giuridica soggettiva attiva del *dominus*, intesi quali processi di continua integrazione[145], vanno ricondotti ai diritti fondamentali delle comunità di riferimento, e le loro utilità devono essere fruite, salvaguardando i diritti delle generazioni future, nel rispetto di principi quali la coesione economico-sociale, la sostenibilità ambientale, il servizio universale, la solidarietà, la giustizia sociale.

Si sono dunque fin qui evidenziate le difficoltà *fisiologiche* del modello demaniale soprattutto a garantire l'inalienabilità dei beni ed il perseguimento della funzione sociale degli stessi, in quanto beni *ingabbiati* nella cultura della rappresentanza e nel rapporto strutturale ed escludente *dominus*-bene. I beni comuni invece, così come definiti dalla Commissione Rodotà, assolvono per vocazione naturale all'interesse sociale, al soddisfacimento dei diritti fondamentali; servono immediatamente non l'amministrazione pubblica (il *dominus*) ma la collettività in persona dei suoi componenti. In questo senso i beni comuni, ma soprattutto la loro funzione, va riconosciuta nell'ordinamento giuridico, con la previsione di una categoria specifica, ma altresì tutelata, attraverso una adeguata copertura costituzionale. In particolare, al fine di evitare che gli stessi siano ostaggio della mutevolezza della volontà parlamentare (riproduzione di fenomeni propri dell'assolutismo giuridico) sarebbe opportuno in Costituzione, salvo poi definire caratteri e regole con norme di rango primario, affermare che i beni comuni sono inalienabili, inusucapibili ed inespropriabili e collocati fuori commercio.

La dimensione economica, ma non mercantile di tali beni, la loro esauribilità e rivalità, la centralità del rapporto funzionale beni-diritti, piuttosto che il rapporto *dominus*-beni amplia le responsabilità delle istituzioni pubbliche, in una visione di Stato-comunità. In sostanza si attua una *torsione* nella qualità dell'azione pubblica, da modello repressivo ed autoritario a modello collaborativo ed includente.

In questo senso, le istituzioni pubbliche, oltre a dover garantire l'equa e sostenibile accessibilità ai beni, attraverso puntuali ed adeguate attività amministrative di regolazione e controllo, in particolare legate all'accessibilità e fruibilità dei beni, possono gestire direttamente i beni, attraverso forme di partecipazione o in assenza di comunità che ne rivendichino la gestione darli in concessione a privati senza scopo di lucro per una durata limitata e senza possibilità di proroghe[146].

Ma si presenta anche una terza ipotesi, ovvero che comunità richiedano il governo e la gestione diretta dei beni comuni, o rivendicando la conservazione della tradizionale vocazione del bene contro progetti speculativi che ne mutino la natura, snaturandone la

funzione sociale, o rivendicando l'incoerenza dell'uso pubblico con i principi costituzionali, promuovendone la fruizione collettiva.

In tutte e tre le ipotesi evidenziate, le istituzioni pubbliche, pur con differenti e graduali poteri dispositivi sui beni, conservano la titolarità degli stessi, ma agiscono soprattutto quali tutori e garanti degli interessi generali e dei valori etico-sociali, riconducibili alla protezione del bene e dei diritti ad esso riconducibili e quindi, in quanto soggetti responsabili verso le generazioni future[147].

In particolare, le istituzioni pubbliche, soprattutto nelle ipotesi di governo e gestione diretta da parte delle comunità, devono controllare e garantire che l'accesso e la gestione dei beni comuni avvenga nel rispetto dei principi costituzionali di inclusività, democraticità, ecologia e trasparenza.

8. I beni comuni: ancora sulla dicotomia tra rapporto strutturale e rapporto funzionale

Come si è evidenziato, alcuni beni demaniali possono essere intesi e classificati quali beni comuni che, al di là del titolo di proprietà – che resta formalmente pubblico - devono assolvere, per vocazione naturale, all'interesse sociale, alla funzione sociale, servendo immediatamente non l'amministrazione pubblica, ma la collettività in persona dei suoi componenti[148].

In linea di principio, si è in presenza di beni destinati ad un uso comune, cui sono ammessi tutti indistintamente, senza bisogno di un particolare atto amministrativo[149]; anzi, sono beni (si pensi in particolare al demanio naturale) che non sarebbero, per loro natura, oggetto né di processi di *sdemianializzazione*, né di concessioni, né di gare per la gestione.

Più che il titolo di proprietà (che si ripete resta formalmente pubblico) rileva la funzione e l'individuazione dei diritti, la situazione di fatto, piuttosto che il titolo formale; risulta più importante, appunto, per la tutela effettiva dei diritti delle comunità, come innanzi intese, la fase gestionale (accessibilità e fruibilità), piuttosto che il titolo di proprietà del bene[150].

Si arriva all'identificazione del bene comune “dal basso” ovvero attraverso le pratiche ed i conflitti sociali[151]. Non si tratta, così come per i beni collettivi, o anche per i beni di proprietà collettiva, di una categoria merceologica definibile astrattamente “dall'alto”; così come la funzione sociale di tali beni non è pre-determinata dall'alto dal proprietario, ma dalle comunità di riferimento ad esso collegate che possono o chiedere il mutamento della destinazione d'uso in forza di una manifestazione di interesse sovra-individuale avente natura non patrimoniale e non escludente o rivendicare la conservazione della tradizionale vocazione del bene contro progetti speculativi che ne mutano o addirittura annullano la sua funzione sociale.

Il *dominus*, da proprietario sostanziale, tipico del rapporto demaniale, ed in senso più ampio dei rapporti di dominio, diventa progressivamente proprietario formale, anche se su di lui, come si è visto, continuano a gravare compiti rilevanti.

L'esigenza dell'affermazione della categoria giuridica dei beni comuni nasce anche dalla circostanza che dopo l'art. 42 Cost., si è dato passivamente per scontato che la proprietà pubblica esercitasse funzione pubblica in quanto tale, quasi per definizione implicita ed autocratica, poiché vincolata alla soddisfazione dell'interesse pubblico che ingloba interesse e funzione sociale. L'utilizzo privatistico degli ultimi anni del modello demaniale hanno dimostrato la debolezza normativo-istituzionale, nonché fattuale, di tale teorema.

Si avverte l'esigenza di una rilettura di affermazioni assertive quali la proprietà privata è diritto soggettivo e libertà, mentre la proprietà pubblica è funzione e vincolo[152]. Al contrario, proprio la debolezza del rapporto funzionale della proprietà pubblica e la prevalenza del rapporto strutturale e di dominio (*dominus* – bene) ha contribuito a determinare la crisi del demanio e soprattutto l'acquisizione sempre più forte in esso dei caratteri della proprietà privata, quali il diritto soggettivo e la libertà e sempre meno della funzione e del vincolo.

9. Beni comuni e ruolo del diritto pubblico: segue

L'obiettivo è contribuire alla costruzione di modelli e categorie che siano in grado di garantire oggi (convivenza) e domani (sopravvivenza) il diritto delle comunità all'accessibilità e godimento dei beni comuni, impedendo che sugli stessi si incardinino rapporti di natura estrattiva ed escludenti.

Al di là della necessaria, secondo chi scrive, copertura costituzionale (fondamento-riconoscimento), che impedirebbe facili processi di *sdemanzializzazione*, non impediti neppure da letture estensive degli artt. 9[153] 42 e 43 Cost[154], occorre una *interpositio legislatoris*, un fondamento giuridico di rango normativo che innovi profondamente la disciplina *codicistica* relativa alla proprietà pubblica, a partire, come si è visto nei paragrafi precedenti, dalle definizioni giuridiche di cui ai lavori della Commissione Rodotà. Una norma di rango primario che, al di là di difficili classificazioni ed enumerazioni statiche dei beni, e tale da non impedire discrezionalità dei governi locali, fissi natura, procedure di accessibilità e fruibilità, poteri e limiti.

Non sembra sufficiente, quale fondamento giuridico della categoria dei beni comuni, la *sola* interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli relativi alla proprietà

pubblica di cui al codice civile del '42, né come innanzi si è detto, il fondamento giuridico diffuso in vari principi costituzionali che non si è dimostrato sufficientemente resistente rispetto ai processi di *sdemanializzazione* o rispetto a comportamenti tesi a rinchiudere la proprietà pubblica unicamente nel rapporto dominicale *dominus-bene*. [155]. Sulla base del suddetto duplice fondamento giuridico, non “calato dall’alto”, secondo una visione illuministica dell’agire politico, ma al contrario frutto di un’azione continua, anche antagonista di una pluralità di soggetti politici non strutturati, l’azione amministrativa, si pensi in particolare al ruolo rilevante che possono svolgere i Comuni, può configurare, attraverso specifiche delibere consiliari, modelli di gestione partecipata [156] dei beni comuni [157]. Ciò contribuisce, da una parte alla destrutturazione del modello demaniale dello Stato liberale, e dall’altra all’affermazione di un diritto di partecipazione delle comunità, che consenta alle istituzioni locali di svolgere un ruolo da protagonista, vista la loro posizione centrale nell’ambito della democrazia locale e di prossimità, e di rifarsi a convenzioni internazionali ed a contesti propri del diritto europeo [158].

E’ evidente che in senso più ampio il diritto di partecipazione trova i suoi riferimenti naturali nel contesto costituzionale. Oltre ovviamente il riferimento all’art. 1 Cost., che costituisce ovviamente il nucleo centrale dell’impianto strutturale della partecipazione, si fa riferimento al secondo comma dell’art. 3 Cost., all’art. 43 Cost. laddove si prevede la possibilità che comunità di lavoratori gestiscano imprese che erogano servizi pubblici essenziali, all’art. 46 Cost., che riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende, all’art. 49 Cost. che sancisce per tutti cittadini il diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale; l’art. 50 Cost. che prevede il diritto di petizione; l’art. 75 Cost. sul referendum popolare; l’art. 118 Cost. sul principio di sussidiarietà nazionale.

E’ chiaro che ragionando in termini di politica del diritto, al di là di frammentati e occasionali interventi, ora giurisprudenziali, ora provenienti da isolati Comuni, il suddetto quadro di riferimento normativo, necessita di un diritto pubblico *forte* [159], dell’individuazione di responsabilità chiare e nette, affidate e riconosciute a soggettività di diritto pubblico che escludono o comunque alternative ai fenomeni di neo-comunitarismo, nei quali i processi gestionali si muovono al di fuori della dimensione del pubblico. Un diritto pubblico, ovviamente, fortemente vincolato nella funzione e nelle finalità, ma ampiamente *discrezionale* nella determinazione di tutti quegli atti che siano funzionali al raggiungimento degli obiettivi, ovvero a garantire che i beni siano accessibili e fruibili, e soprattutto funzionali, attraverso modalità partecipative a garantire i diritti fondamentali delle comunità [160].

Per cui, quando si parla di poteri di comando e controllo del soggetto pubblico, significa anche partecipazione ai processi gestionali; si è in presenza, dunque, di decisioni complesse, frutto soprattutto dell’azione dello Stato-comunità, nell’accezione innanzi resa, ovvero quale dimensione più sinceramente in armonia con la nozione di sovranità popolare.

Tale lettura della sovranità popolare, del ruolo della comunità, soprattutto in relazione al rapporto con le istituzioni nella dimensione partecipativa, necessitano di un diritto pubblico che, nell'ambito del rapporto beni-diritti e diritti-beni, garantisca la tutela dei diritti fondamentali, secondo i principi della giustizia sociale, destrutturando la dimensione autoritaria della sovranità, desoggettivizzandola verso la comunità.

10. Beni comuni e modelli di governance

I beni comuni sono beni né escludibili, né sottraibili[161], in quanto, in una logica di coesione economico-sociale, sono orientati al soddisfacimento di diritti fondamentali. Le ricerche empiriche condotte da Ostrom[162], fondate sul principio della collaborazione e partecipazione della comunità di riferimento, hanno dimostrato che in molti casi i diretti utilizzatori delle risorse sono autonomamente in grado di elaborare istituzioni di gestione efficienti in grado di garantire la sostenibilità d'uso nel tempo[163]. Tuttavia, le istituzioni, attraverso regole di diritto pubblico, di natura non autoritativa, devono evitare, anche in considerazione delle preoccupazioni espresse da Nigro nel celebre saggio del 1980[164], l'insorgere di fenomeni corporativi di *lobbismo* o di confusionismo sociale e che un'accezione privatistica del principio di sussidiarietà orizzontale spinga verso un disarmo funzionale e di responsabilità delle istituzioni pubbliche[165].

In questo senso le regole di diritto pubblico, come tratteggiate nelle suddette delibere comunali, dovranno evitare la nascita di microsistemi di *governance* dei beni comuni escludenti, tali da mettere in crisi il principio di eguaglianza, solidarietà e coesione sociale e territoriale. Occorre evitare i processi degenerativi di forme di neo-comunitarismo, ovvero di politiche centrate su reti plurali di gruppi di interesse[166] che sembrano favorire lo sviluppo di veri e propri ordini intorno ai quali si ri-organizzano le società politiche[167]; politiche pubbliche dall'alto contenuto politico che determinano la c.d. disseminazione degli interessi corporati[168].

Dalla responsabilità politica si passerebbe alla responsabilità di risultato, cioè a processi che fondano la propria legittimità non su meccanismi elettivi e rappresentativi, e neppure partecipativi, ma su una legittimità orientata all'esito (*output legitimacy*), un modello di tipo funzionale legato ai momenti della formulazione ed attuazione delle *policies*, che lega il suo successo principalmente alla capacità degli attori coinvolti, a procedure autoregolatrici e alla libera negoziazione tra gli interessi (*minimal State*).

I modelli di gestione dei beni comuni (istituzione-comunità), od anche di gestione *tout court* delle comunità, nel caso in cui la stessa rivendichi e dimostri l'incoerenza dell'originaria destinazione del bene, con i principi costituzionali, e laddove esistente, con il fondamento giuridico di rango primario, e ne promuova l'azione e la fruizione

comune[169], possono costituire un valore aggiunto rispetto alla tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia, per evitare le possibili criticità summenzionate, ciò deve avvenire nell'ambito di politiche pubbliche determinate e definite da istituzioni rappresentative di livello nazionale e locale (*government*) e le soggettività di diritto pubblico, attraverso un' interazione continua ed integrativa con la comunità e le forme di democrazia diretta e partecipativa[170], devono conservare un ruolo autorevole, sia nel concreto funzionamento dei modelli di democrazia partecipativa, che nella gestione stessa.

In tal senso, occorre evitare che la *governance* dei beni comuni rappresenti il tentativo di gestire i mutamenti ed i conflitti in atto, attraverso percorsi di mediazione tra interessi che, nei fatti, depotenziano la sfera della politica a favore di una *policy* articolata prevalentemente come *problem-solving*, regolazione e negoziazione. Essa non può assumere carattere sostitutivo rispetto ai soggetti legittimati *democraticamente* alla determinazione di politiche pubbliche, ma neppure al ruolo delle comunità come innanzi inteso.

L'azione di *governance* delle comunità, dunque, in particolare per quanto attiene al governo ed alla gestione dei beni comuni, può essere di stimolo e di controllo, può contribuire, attraverso la partecipazione, a migliorare la qualità delle politiche pubbliche e *le gestioni*, ma non potrà mai sostituirsi ai processi decisionali[171].

Dunque, il governo dei beni comuni, attraverso il coinvolgimento della cittadinanza attiva[172], deve svolgersi con l'adozione di responsabili politiche pubbliche, che le istituzioni pongono in essere, non sull'ancestrale titolo proprietario, ma in quanto tutori del più ampio concetto di interesse generale che ingloba la funzione sociale cui sono rivolti i beni comuni.

11. I beni comuni tra proprietà formale e proprietà sostanziale

Nelle dinamiche di governo dei beni comuni si configura una *fictio juris*, nella quale il soggetto pubblico, nei vari modelli di gestione conserva un ruolo di garante in quanto proprietario formale di un bene che sostanzialmente appartiene (proprietà sostanziale) al godimento delle comunità. In questa prospettiva, l'analisi sui beni comuni si sradica dal classico rapporto che lega il *dominus* al bene e si sviluppa secondo un'ottica funzionale, in base alla quale, il soggetto titolare del diritto di fruire dei beni comuni è l'umanità nel suo intero, concepita come un insieme di individui eguali.

Le istituzioni pubbliche gestiscono, attraverso il pieno coinvolgimento delle comunità, i beni comuni, in quanto tutori di interessi generali, non in quanto proprietari e sono titolari di un potere dispositivo limitato sul bene che, anche sulla base, come si è visto, di norme

di ordine costituzionale e di rango primario, non consentirebbe di orientarlo al mercato, attraverso gestioni di natura privatistica.

Lo sradicamento sostanziale dall'istituto della proprietà pubblica, i limiti posti al potere discrezionale del *dominus*, rafforzerebbero, dal punto di vista funzionale, la dimensione pubblicistica nel governo dei beni comuni, sempre in una prospettiva Stato-comunità.

Occorre, dunque, attraverso opportune modifiche della legislazione *codicistica*, ma anche, come si è detto, con un'adeguata copertura costituzionale, disincagliarsi, per quanto attiene ai beni comuni materiali, dalla nozione di proprietà pubblica (il c.d. modello demaniale), dal dominio solitario del rapporto giuridico puro[173]; dalla proprietà come *facultas moralis*, che conferisce, secondo logiche non inclusive, e attraverso la sua natura individuale, la supremazia morale e politica sul bene[174].

Alla base dei beni comuni vi è dunque il primato della funzione sulla struttura, della gestione sul titolo, questo è il punto cruciale intorno al quale si deve interrogare il diritto pubblico, per avviare una seria riflessione sulla crisi del modello demaniale. Una crisi risolta attraverso processi di *sdemanzializzazione* e affrettate privatizzazione, con il risultato di sottrarre definitivamente il bene alla disponibilità della collettività.

Ripensare il modello demaniale significa anche attribuire alle istituzioni pubbliche il compito di servire i beni comuni, in quanto beni propri dei cittadini (proprietà sostanziale), co-responsabili del governo dei beni comuni, in proporzione del loro potere, che rappresenta la fondazione perpetua dello Stato sociale[175].

La scissione dell'appartenenza del bene (appartenenza universale) dal titolo di proprietà (proprietà pubblica), ovvero tra proprietà formale e proprietà sostanziale, eviterebbe quel fenomeno che in dottrina è stato definito dell' "abuso del diritto"; la conversione del diritto soggettivo (diritto di proprietà) in funzione (socio-economica) del bene apre la strada del controllo sull'esercizio del diritto e sull'eventuale abuso[176].

In questo senso, come si è detto, e per spostarsi sul piano dell'effettività, occorre dunque ragionare intorno ad un' ipotesi di modifica della Costituzione (segnatamente dell'art. 42 Cost.), tale da riconoscere e garantire i beni comuni, così come identificati da una normativa di rango primario, quali beni inalienabili, inusucapibili, inespropriabili, al di là del vincolo posto dalla disciplina sottostante al rapporto proprietario. La copertura costituzionale, quale fondamento-riconoscimento dei beni comuni, e quale norma di carattere prescrittivo garante della inderogabile funzione sociale dei beni, costituisce anche un modo per evitare che la maggioranza parlamentare abbia la totale disponibilità, anche mutevole e contingente, sulla definizione del regime[177].

Ripensare il modello demaniale, dunque, la sua inadeguatezza a rispondere alle mutevoli istanze sociali sia rispetto all'evoluzione della forma di Stato, sia alla incapacità di regolare i rapporti al di fuori della logica dominicale e del rapporto soggetto-beni.

In questo senso, la costruzione giuridica della categoria dei beni comuni può, altresì, contribuire a dare effettività al concetto di funzione sociale della proprietà pubblica, non soltanto in una logica di tutela, ma soprattutto di fruibilità e accessibilità[178].

Come già evidenziato nella nostra Costituzione, in merito alla proprietà pubblica, e segnatamente l'art. 42 Cost., il rapporto funzionale bene-diritti fondamentali non è stato sufficientemente affrontato, o comunque ritenuto marginale rispetto al tema della funzione sociale e dell'accessibilità della proprietà privata. L'impressione è che oggi sia necessario ripensare tale rapporto, con la consapevolezza che la protezione dei diritti fondamentali è strettamente connessa al governo ed alla gestione dei beni comuni.

La costruzione della categoria giuridica dei beni comuni potrebbe svolgere la funzione di arginare gli *abusi* (individuazione della funzione, vendita, scelta autocratica del modello di gestione) del soggetto pubblico sui beni di appartenenza collettiva, strettamente funzionali al soddisfacimento di diritti fondamentali, non orientati al mercato e al profitto, attribuendo allo stesso le opportune responsabilità gestionali, laddove necessarie, e di controllo[179].

In questo scenario, è assolutamente necessario un diritto pubblico che sappia governare e gestire le nuove categorie partecipative, le nuove istanze della società, che vanno al di là delle categorie racchiuse sostanzialmente in partiti, sindacati o associazioni, segnate da un neo-corporativismo o da un solidarismo comunitarista ed autocratico tendenzialmente egoista ed escludente[180].

Tali comunità intermedie sono necessarie, ed è innegabile che, come evidenziava Leibholz, soprattutto i partiti di massa, sono stati nel secondo dopoguerra i protagonisti di una stagione politica che ha consentito sviluppo economico e sociale ed una partecipazione molto più ampia dei lavoratori e dei ceti medi ai benefici del *welfare State*[181], ma è necessario altresì una loro rifondazione che sappia coniugare dimensione della rappresentanza con quella partecipativa, anche in una prospettiva europea[182], struttura organizzativa con procedure di reale inclusività. Un ripensamento del ruolo dei partiti politici, per alcuni versi anche più consono allo spirito originario di cui all'art. 49 Cost., che contribuisca a coniugare più dimensioni della democrazia, con l'introduzione di regole interne inclusive[183] che vadano ben oltre "il mito delle primarie"[184].

Si prospetta, dunque, un modello che rappresenti un *mix* tra prescrittività del diritto pubblico[185], nei suoi differenti livelli (costituzionale, statale, locale), limitazioni normative in capo al *dominus* pubblico (garante e responsabile della funzione sociale, anche nelle differenti fasi della tutela) e riconoscimento di un ruolo da protagonista da assegnare alle comunità di riferimento nelle differenti fasi di governo e gestione dei beni comuni.

In questo scenario, l'affermazione della categoria giuridica dei beni comuni, in relazione al modello demaniale, può contribuire, associata ad una effettiva affermazione della

democrazia partecipativa[186], ad avviare una seria riflessione su un sistema in crisi, sulla *debole* e mutevole funzione sociale dei beni pubblici, stretta tra le politiche liberiste europee e gli indirizzi politici delle contingenti maggioranze parlamentari; un modello che continua ancora oggi a trovare, nonostante la *resistenza* dei principi costituzionali, le sue radici teoriche nel c.d. *diritto privato romano borghese*, intreccio tra produzione capitalistica e forme giuridiche antiche[187].

[2] Le politiche liberiste europee, pur non potendo incidere direttamente sulla proprietà (si veda art. 345,TFUE) hanno, a più riprese, sempre con l'obiettivo di ridurre il debito pubblico, indotto gli ordinamenti giuridici dei singoli Stati a processi di privatizzazione. In merito all'impatto del diritto europeo sulla forma di Stato italiana, sia consentito rinviare a A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013, *passim*. La stessa *Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, approvata a Nizza il 7-9 dicembre 2000, all'art. 17, che si occupa appunto del diritto di proprietà, sembra ricondurre lo stesso ad una dimensione esclusivamente di natura individualistica, caratterizzata da una stretta relazione tra individuo, diritto di godimento e bene, comprimendo il nesso funzionale tra soddisfazione dei bisogni individuali e bisogni collettivi. Per un commento puntuale all'art. 17 si veda A. Lucarelli, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, pp.142-143. Per un'analisi che evidenzia i caratteri regressivi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rispetto all'evoluzione del costituzionalismo moderno si veda G. Azzariti, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel "processo costituente"*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, nn. 1-2, 2002, pp. 9 ss.

[3] Tra i tanti interventi di privatizzazione si consideri tra i più significativi il d.l. n. 351 del 2001, l'art. 7 del d.l. n. 63 del 2002, l'art. 84 della l. n. 289 del 2002, il titolo II, Capo I del d.l. n. 269 del 2003, la l. n. 311 del 2004, art. 1, commi 433-437 e comma 450, l'art. 4 del d.l. n. 168 del 2004, l'art. 1, commi 313-319 della l. n. 244 del 2007, il d.l. n. 112 del 2008, il d.lgs. n. 85 del 2010 (attuativo dell'art. 19 della l. n. 42 del 2009), così come modificato dall'art. 40 del d.l. n. 83 del 2012, convertito in l. n. 134 del 2012 (*Misure urgenti per la crescita del Paese*) e dall'art. 23, comma 2 del d.l. n. 95 del 2012 convertito in legge n. 135 del 2012 (c.d. *Spending review*); il d.l. n. 98 del 2011, il d.l. n. 69 del 2013.

[4] Come vedremo nel corso del lavoro sembra quanto meno affrettata e discutibile la tesi che ritiene che i processi di privatizzazione dei beni demaniali abbiano previsto l'appartenenza privata senza determinare la perdita della loro pubblicità sostanziale e della loro destinazione pubblica. Così nell'introduzione M. Renna, *La regolazione amministrativa dei beni e destinazione pubblica*, Milano, 2004, p. XI.

[5] Nel diritto romano la destinazione ad uso pubblico di determinati beni, rende quest'ultimi simili ai beni demaniali in senso tecnico. "In una ricostruzione della prima fase del diritto romano, cioè fino al principato, si può individuare la qualità pubblica del titolare dei beni nel principio di appartenenza al popolo romano di tutti i territori acquisiti originariamente per conquista militare (*ager publicus*); principio generico che avrebbe coinvolto all'inizio l'intero territorio dello Stato. Il popolo in epoca antica non doveva essere visto come una entità astratta, ma come la comunità di tutti i cittadini che esercitavano quindi una proprietà sull'*ager*; più tardi però probabilmente si iniziò a concepirlo come persona-giuridica astratta che esercitava un potere unitario sull'*ager publicus*. il godimento ampio delle terre, prolungato attraverso le varie generazioni, rese la proprietà dello Stato solo nominale; e si affermò la tendenza a trasformare gran parte dell'*ager publicus* in *agri divisi et adsignati*, di proprietà dei singoli. con l'avvento del Principato lentamente l'amministrazione delle varie specie di beni pubblici subì un processo unificatore nelle mani dell'Imperatore, che ne divenne titolare, in quanto sostanzialmente unico erede del *populus Romanus*.". Così M. G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, pp. 8 ss. Al di là dunque della prima fase, in cui risalta il concetto di *communitas*, i beni pubblici, orientati ai servizi pubblici risultano nella piena ed assoluta disponibilità del principe.

[6] Così F. Cammeo, voce *Demanio*, in *Dig. It.*, parte I, Torino, 1881-1889, vol. IX, p. 843: «...poiché il demanio è una proprietà collettiva tenuta e amministrata dallo Stato, il tratteggiarne la storia è tratteggiarne la storia dello Stato stesso e della proprietà». Così F. Guicciardi, *Il demanio*, 1934, rist. 1989, Padova, p. 258, il quale in merito all'indagine sul regime giuridico della proprietà pubblica afferma: «...si presenta tanto ardua quanto piena di interesse, come quella che rende necessario il riesame di una serie di questioni, che si ricollegano direttamente a molti dei principi e dei problemi fondamentali di tutto il diritto

pubblico, e sulle quali la dottrina è ancora lungi dall'aver trovato accordo». Un'attenta e ragionata ricostruzione storica sulla categoria del demanio la si trova in M. Esposito, *Beni Proprietà e Diritti reali*, T. I.2 *I Beni pubblici*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. VII, Torino, 2008, pp. 1 ss.

[7] In questo senso G. Napolitano, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, Intervento al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, Venezia, 28-29 settembre 2006 (testo provvisorio), G. Napolitano, *I beni pubblici e le tragedie dell'interesse comune*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, Bologna, Il Mulino, 2007, pag. 142 il quale evidenzia come «...le privatizzazioni possono produrre una situazione peggiore rispetto a quella di partenza. Ciò accade tutte le volte in cui le dimissioni e le allocazioni dei beni rimangono vittima di interessi particolari, ai quali sono attribuiti diritti e prerogative prima concentrati in capo alla mano pubblica. Vi sono innanzitutto, le pressioni degli apparati burocratici, prima chiamati a gestire direttamente il bene e poi in cerca di nuove forme di regolazione dei suoi usi, al fine di salvaguardare il loro ruolo istituzionale. A ciò si aggiungono le varie categorie di *stakeholders*, che reclamano protezione e inclusione. I problemi redistributivi sollevati dai processi di privatizzazione sono così risolti cooptando i beneficiari dei beni nei processi allocativi. Ma ciò conduce a una moltiplicazione dei poteri di veto e dei diritti di interferenza che impedisce uno sfruttamento razionale delle risorse».

[8] La costruzione della categoria giuridica delle *res communes omnium* ha storicamente sofferto delle interpretazioni tese ad assimilare le stesse alle *res publicae*. Tuttavia le *res communes omnium* sono vincolate, a differenza delle *res publicae*, *ex iure gentium* all'uso comune, categoria riconducibile a Marciano. Si veda M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., p. 36. Sul punto si veda altresì J.M. Alburquerque, *La proteccion o defensa del uso colectivo de las cosas e dominio publico*, Madrid, 2002, passim. La categoria giuridica delle *res publicae* comunque sottoposte al *dominium* del potere pubblico, che destina o riconosce la destinazione e la funzione del bene.

[9] Così P. Rescigno, *Prefazione*, in U. Mattei, U. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010, p. 16, in merito ai beni comuni, come declinati dalla Commissione Rodotà «...i beni comuni (i *commons*) una categoria che ammirevolmente arricchisce la nostra esperienza dei fatti e l'ordinamento positivo che si annuncia....i beni comuni superano il profilo dell'appartenenza, in virtù della stretta connessione dei *commons* con l'esplicarsi della persona, che è finalità dalla Costituzione assegnata alle formazioni della società pluralista e alla proclamazione dell'eguaglianza. Perciò la riflessione sui beni comuni evoca antiche modalità di possedere e di godere le cose, in particolare nella forma di collettive utilità ricavate dalla terra o dalle acque».

[10] Si veda infra la nota n. 14).

[11] Nel diritto romano l'uso delle *res communes omnium* è per natura libero e aperto a tutti, di contro l'uso delle *res publicae*, consentito dal popolo romano (Stato) su cosa propria deriva dalla destinazione che ne fa lo Stato stesso. In merito si rinvia a M.G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, cit., p. 184 e a J.D. Terrazas Ponce, *El concepto de "res publicae", I: La nocion de "Res" en el eguaje de los juristas romanos*, in *Revista de Estudios Historico-Juridicos*, XXXII, pp. 127.

[12] Si veda TAR Campania del 12 maggio 2014 e SS.UU. Cass. 3665/2011.

[13] Da un punto di vista storico fu nel corso del Trecento che s'impose la tendenza a considerare il demanio come inalienabile e imprescrittibile. L'ordinanza di *Moulins* (1566) fissò con precisione diritti e doveri del re. Venivano classificati due demani: il demanio fisso (quello che il re trovava all'inizio del suo regno) inalienabile salvo deroga concessa dagli Stati generali; e il demanio casuale, cioè l'acquisizione fatta dal re a partire dall'inizio del suo regno. Queste ultime potevano essere alienate. In realtà le difficoltà finanziarie determinarono spesso la violazione di queste regole. Sul punto cfr. D. Richet, *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, a cura di F. Di Donato, Roma-Bari, 1998, p. 50.

[14] Si fa riferimento ai lavori svolti dalla c.d. Costituente dei beni comuni che vede insieme giuristi e comunità con l'obiettivo di scrivere un testo legislativo all'avanguardia internazionale che limiti gli spazi della proprietà privata e di quella pubblica e favorisca la nascita dei beni comuni. Ma, in senso più ampio si guarda alla sfida di pensare e praticare nuove istituzioni negli spazi pubblici non statuali, contro la falsa dicotomia privato-mercato vs pubblico-statale, sperimentando nuove forme di autogoverno, che valorizzino i beni comuni, oltre il costituzionalismo *statualista*. Sul punto si veda G. Allegri, *Prefazione*, in A. Negri, *Dentro/contro il diritto sovrano. Dallo stato dei partiti ai movimenti della governance*, Verona, 2009, pp. 24 ss.

[15] La Commissione sui Beni pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, è stata istituita presso il Ministero della Giustizia, con Decreto del Ministro, il 21 giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. Il testo, approvato dalla Commissione ha seguito le sorti del Governo Prodi, alla caduta del quale ha cessato il proprio iter di discussione; nel 2009, a seguito di una proposta di legge delega formulata ai sensi dell'art. 121.2 dal Consiglio regionale del Piemonte, il testo della commissione è stato recuperato integralmente e presentato in Senato, discusso in alcune commissioni ma mai liberato per le aule parlamentari. Il testo è stato presentato nuovamente al senato (atto n. 398), per iniziativa parlamentare, in data 9 aprile 2013. Il 29 aprile 2014 risulta in corso di esame in commissione al Senato.

[16] M. Esposito, *Beni*, cit., p. 2, nota 4 osserva come, pur restando formalmente intatta la disciplina *codicistica*, essa a seguito dell'alluvione della legislazione speciale, si pone sotto diversi e decisivi punti di vista, in rapporto di incompatibilità con quest'ultima. Ciò legittima per Esposito il dubbio che vi sia stata una sua abrogazione, almeno parziale.

[17] Art. 1, comma 3, lett. c) e d) della proposta di articolato elaborata dalla Commissione Rodotà disponibile al sito www.giustizia.it

[18] Intesa quale intreccio dei rapporti autorità-libertà.

[19] Eloquentemente è il dubbio posto all'inizio del secolo scorso, da L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, V ed., Torino, 1905, p. 321 laddove pone il seguente interrogativo: chi è il vero soggetto della proprietà pubblica? E' lo Stato gerarchico? E' il popolo o collettività? Sono i singoli?

[20] Così T. Frosini, *Sovranità popolare e costituzionalismo*, Milano, 1997, p. 285: «Ma il principio della sovranità popolare non può essere realizzato e soddisfatto unicamente per il *medium* del congegno rappresentativo – cioè di quella forma di esercizio della sovranità popolare che si traduce nella funzione elettorale – anche nel caso in cui, come abbiamo visto, si finisce col privilegiare proprio la sovranità popolare allorché si struttura sulla base del principio maggioritario».

[21] *Statualità* intesa innanzitutto come capacità di costruire uno spazio pubblico inclusivo regolato da un diritto pubblico che sia proprio la sapiente sintesi tra esigenze dell'organizzazione e bisogni delle comunità, una sorta di processo di formazione della sovranità dal basso e proprio per questo armonico con il principio della sovranità popolare.

[22] In merito alla profonda diversità tra *statualità* o *civilizzazione statuale* dalla potenza dello Stato o dalle concezioni statalistiche si rinvia al saggio di F. Di Donato, *Ceto dei giuristi e statualità dei cittadini. Il diritto tra istituzioni e psicologia delle rappresentazioni sociali*, in L. Tedoldi (a cura di), *Alla ricerca della statualità. Un confronto storico-politico su Stato, federalismo e democrazia in Italia e in Europa*, p. 31: «La statualità realizza insomma, allargandolo agli orizzonti aperti della psicologia individuale e sociale, il concetto *spinoziano* (*Trattato teologico-politico* (1670) di Stato, inteso come entità deputata a garantire in primo luogo la libertà di espressione e di manifestazione del pensiero e la realizzazione della personalità di ciascuno degli individui di cui lo Stato stesso si compone».

[23] Si veda in merito F. Di Donato, *Il paradosso di un'arte impossibile. Dal governo dei labirinti umani*, in M. Senellart, *Le arti di governare. Dal regimene medievale al moderno concetto di governo*, Napoli, 2013, p. XIX.

[24] *Contra* si veda G. Allegri, *Dallo "Stato dei partiti" ai movimenti della governance*, in A. Negri, *Dentro/contro il diritto sovrano. Dallo Stato dei partiti ai movimenti della*

governance, Verona, 2009, p. 24, il quale sembra sovrapporre *statalismo* con *statualità*.

[25] In questo senso molto eloquenti e suggestive sono le riflessioni di P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani*, Roma, 2014, pp. 69 ss. in particolare nel capitolo in cui riporta la categoria della proprietà nell'alveo della sovranità popolare.

[26] Sul punto si veda G. Deleuze, *Controle et devenir*, in Idem, *Pourparlers*, Paris, 1990, p. 229.

[27] Cfr. A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, 2013.

[28] In merito alla classificazione, non esaustiva, di alcuni beni comuni materiali è possibile rifarsi al disegno di legge delega della Commissione Rodotà che aveva individuato i seguenti beni: fiumi, torrenti e loro sorgenti; laghi ed altre acque; aria; parchi, foreste e zone boschive; zone montane di alta quota, ghiacciai e nevi perenni; lidi e tratti di costa dichiarati riserva ambientale; fauna selvatica e flora tutelata; beni archeologici, culturali, ambientali e altre zone paesaggistiche tutelate. Tuttavia, va precisato che l'elenco non è tassativo, come tra l'altro specificato dalla Corte Suprema di Cassazione SS.UU. 3665/2011 p. 13: «indipendentemente da una preventiva individuazione del legislatore».

[29] In relazione alla nozione di diritto positivo vigente dei beni demaniali, i c.d. beni comuni materiali si snodano tra 1. demanio statale, nell'ambito del quale risiede il demanio necessario (demanio marittimo, demanio idrico, demanio militare), il demanio accidentale (demanio stradale, demanio ferroviario, demanio aeronautico, demanio acquedottistico, demanio storico, archeologico, artistico, culturale); 2. Demanio regionale ; 3. Demanio locale. Va precisato inoltre che anche nell'ambito del patrimonio indisponibile è possibile individuare c.d. beni comuni. Si tratta di beni che, come ben evidenziato da M. Esposito, *Beni proprietà e diritti reali*, cit., pp. 4 ss. a seguito dei frammentati e continui processi di privatizzazione non sono più, a vario titolo, caratterizzati dal requisito dell'inalienabilità.

[30] In questo senso pertinente ed interessante appare la sentenza del TAR Campania del 12 maggio 2014 (giudice estensore dott. Alessandro Pagano) che nel contenzioso proposto dal Comune di Napoli contro la Direzione regionale BBCCPP della Campania per Napoli e Provincia e Ministero per i beni e le attività avente ad oggetto l'annullamento del decreto n. 1737 ex art 45 e ss. Del d.lgs. n. 42 del 2004 emesso dal direttore regionale per i BBCCPP della Campania che in estrema sintesi aveva negato l'uso di Piazza del Plebiscito per un grande evento, in forza di norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro. In merito il giudice del TAR Campania, annullando il suddetto decreto della Direzione regionale, sottolinea come i beni culturali, anche ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004, siano direttamente funzionali alla comunità, contribuendo attraverso l'utilizzo alla crescita delle formazioni sociali, alla

consapevolezza della propria coscienza storico-culturale sia come *singoli cives*, che come aggregato socio-culturale in sinergia con gli interessi delle generazioni future. Si tratta di beni, secondo il suddetto giudice TAR, che appaiono senz'altro anche "comuni", prescindendo dal titolo di proprietà, risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene rispetto ad interessi della collettività. Interessante è inoltre il richiamo alla Convenzione di *Aarhus* e quindi al ruolo della partecipazione per il godimento ma anche per la gestione dei beni comuni.

[31] S. Rodotà, *Art. 42*, in F. Galgano e S. Rodotà, *Rapporti economici*, II, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 172. Per l'Autore, con il riferimento agli enti nell'articolo 42 Cost., potrebbe ritenersi individuata una terza dimensione dell'appropriazione e della gestione dei beni, svincolata dal riferimento obbligato alla proprietà solitaria, e riferibile tanto alla proprietà pubblica quanto a quella privata. Si potrebbe dunque configurare una dimensione dell'appropriazione non riducibile alla proprietà privata individuale ma aperta alle più diverse forme di proprietà pubblica. Si aprirebbe la strada alla possibilità di distinguere concettualmente due rapporti fondamentali tra soggetti giuridici e beni: quello generico d'appartenenza e quello specifico di proprietà. In sostanza, il rapporto di appartenenza sposterebbe il baricentro più sul rapporto tra bene e fasce d'utilità (*rectius* diritti fondamentali), che tra *dominus* e bene. Tuttavia, come ben evidenzia A. Algostino, *Riflessioni sui beni comuni tra il "pubblico" e la Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3-2013, p. 24, «Non è tuttavia nella lettera dei singoli articoli della Costituzione che si trova il maggior sostegno ai beni comuni, quanto nel suo progetto unitario, dai primi articoli, con il riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo, del "pieno sviluppo della persona", dell'eguaglianza sostanziale, alle precisazioni sulla "funzione sociale" e sull' "interesse generale" a proposito della persona».

[32] A. Algostino, *Riflessioni sui beni comuni*, cit, pp. 24 ss.

[33] Va sottolineato che i beni pubblici nel codice civile, segnatamente nell'artt. 822 c.c. rappresentano una categoria meramente descrittiva priva di un richiamo espresso del regime giuridico. Per un'analisi del legame fra regime codicistico della proprietà pubblica, interesse generale e rappresentanza politica si v. D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano*, in corso di pubblicazione su A. Lucarelli (a cura di), *Le nuove frontiere della democrazia partecipativa*, in *RDPE*, 2/2014.

[34] Lo stesso Cassese, *i beni pubblici*, cit., passim, come ad un certo punto nella storia si giunse a concepire Stato e comuni come proprietari dei beni gravati da servitù di uso da parte della collettività. L'inversione di rotta di Giannini evidenziata da Cassese, ovvero di ricondurre il demanio ed i beni pubblici all'autentico e genuino significato di beni appartenenti alla comunità dei cittadini e aperti alla libera fruizione collettiva, evidentemente non è stata sufficiente ad impedire che i beni fossero utilizzati e gestiti dal *dominus* secondo le logiche escludenti del regime proprietario.

[35] Sul punto molto incisive le pagine di F. Galgano, *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, II edizione, Bologna, 1983, p. 155, nelle quali a partire dal modello proprietario (sia pubblico che privato) quale modello escludente, si mette in discussione la più intima essenza del concetto borghese della proprietà quale unica forma giuridica di dominio sulle cose. Il terreno di riflessione secondo Galgano è il ragionamento intorno ad una categoria di possesso “diffuso” che sappia coordinare tra loro uso delle risorse, gli interessi dei proprietari e quelli dei non proprietari, gli interessi dei privati e quelli della collettività. Si trovano evidenti radici della categoria giuridica dei beni comuni.

[36] Il demanio resta sempre un istituto giuridico creato dalla sola volontà dell’ente pubblico territoriale che ai presupposti forniti dalla natura o dall’opera dell’uomo, aggiunge, in considerazione di alcune finalità pubbliche degli elementi giuridici. Sul punto si veda G. Salemi, *Natura giuridica dell’uso comune dei beni demaniali*, Sassari, 1923, p. 13.

[37] Per V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 127, si tratterebbe di poteri amministrativi autonomi dalla disciplina dominicale volta per volta fissati dalla legge.

[38] M.S. Giannini, *Diritto Pubblico dell’Economia*, Bologna (ed. 1977), p. 88.

[39] Ibidem, *Diritto Pubblico dell’Economia*, Bologna (ed. 1995), p. 106.

[40] G.A. Almond, *Cultura civica e sviluppo politico*, Bologna, 2005, *passim*. Secondo Pierre Bourdieu, *Sur l’Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, 2012, *ad indicem*; Idem, *Spiriti di Stato. Genesi e struttura del campo burocratico*, trad. it., in Id., *ragioni pratiche*, Bologna, 1995, pp. 89-119, la cultura civica e statuale si fonda appunto sull’emersione dell’“interesse al disinteresse” come struttura qualificativa e fondativa della dimensione statuale.

[41] Per i beni comuni, a differenza dei beni collettivi, non è necessario affermare la proprietà. Si veda S. Cassese, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969, cit., p.80

[42] Ibidem, p. 102 evidenzia come l’importanza dei beni comuni, rispetto ai beni collettivi, sia crescente, divenendo gli stessi sempre più beni *rivali* ed *esauribili*.

[43] V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 376.

[44] Ibidem, p. 383.

[45] M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell’economia*, cit., p. 103 sottolinea come i beni in proprietà collettiva appartengono ad una determinata categoria la quale unicamente, ed in via escludente, è titolare di un diritto di fruizione di tali beni, a prescindere dal diritto

delle generazioni future. In sostanza, il modello demaniale, ma anche la c.d. proprietà collettiva, proprio perché racchiusi nel rapporto strutturale *dominus-bene*, esprimono una soglia più bassa di adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, rispetto al modello dei beni comuni materiali, caratterizzato da regole e procedure proprie della democrazia partecipativa, centrato sul ruolo della comunità che secondo logiche inclusive impedisce destinazioni commerciali del bene, anche in una logica di dovere inderogabile (art. 2 Cost.) a conservare e trasferire tale bene al godimento ed alla fruibilità delle generazioni future (applicazione del principio solidarista).

[46] In questo senso appare l'aderenza con il modello di democrazia di Weimar, ovvero quel modello di democrazia collettiva, nel quale sono le collettività ad avere uno speciale rilievo all'interno della macro collettività statale, con una prevalenza dell'interesse collettivo su quello dei singoli individui. Infatti è proprio con Weimar che si marca il distacco dall'assolutismo giuridico e dall'individualismo *benedetti* dalla Rivoluzione francese e dalle costruzioni borghesi dell'Ottocento. Come evidenzia P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, IV ed.

, 2009, p. 235 è proprio con Weimar che si cerca di andare oltre il dualismo tra governanti e governati. Dualismo che l'artificiosa rappresentanza popolare di invenzione liberale lasciava nella sostanza irrisolto.

[47] Così si esprime M. Renna, voce *Beni pubblici*, cit., p. 723: "Non è difficile capire, a questo punto, come l'evoluzione legislativa in materia di beni pubblici stia guidando verso il declino la categoria del demanio".

[48] Gli aspetti patologici della proprietà (sia pubblica che privata) si ritrovano nella circostanza che" la proprietà sia iniziata con una forma di possesso illegittimo. Non è sorprendente che il primo proprietario debba essere stato l'uomo forte armato che difendeva i suoi beni". Così H. Sumner Maine, *Diritto antico* (1861), Milano, 1998, p. 193 che sottolinea come il possesso fisico del bene sia sempre unito all'intenzione di considerare la cosa posseduta come propria (p.218). In tal senso, D. Mone, *La categoria*, cit.: « [...] il regime pubblicistico della proprietà si è rivelato inidoneo alla tutela dell'interesse generale. Al tempo stesso ha mostrato i suoi limiti, l'istituto della rappresentanza politica. Proprietà e rappresentanza politica, del resto, sono istituti indissolubilmente legati [...]».

[49] *Contra* si veda l'ampio saggio di C. Iannello, in *Forum dei quaderni costituzionali* (24 settembre 2013), p. 5, laddove osserva che il demanio è divenuto impropriamente sinonimo di proprietà individuale dell'ente pubblico, quando è al contrario chiaro che l'appartenenza demaniale rappresenta un fenomeno strutturalmente alternativo a quello della proprietà individuale e configura un'ipotesi di appartenenza collettiva di beni su cui l'ente pubblico si limita a svolgere un mero ruolo di amministratore di una cosa altrui.

[50] S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., pp. 70-71, afferma come la

Costituzione non ponga limiti quantitativi quanto ai beni che si possono sottrarre alla libera appropriazione, potenziando la posizione dei privati e negando un ruolo assorbente dello Stato.

[51] M. Renna, *La regolazione amministrativa*, cit., p. XII, evidenzia come i processi di patrimonializzazione siano facilitati attraverso discipline che *desoggettivizzano* e *despecializzano* i beni demaniali. Sulle sdemanializzazioni e sulla discrezionalità del Legislatore nel determinare il passaggio di un bene dal regime demaniale al regime patrimoniale v. D. Mone, *La categoria*, cit.

[52] M. Esposito, *Beni proprietà*, cit., p. 15.

[53] Contra C. Iannello, *Beni pubblici*, cit., p.5 il quale fa risalire la confusione tra il concetto di demanio e di beni pubblici da un lato e quello di proprietà privata dall'altro alla dogmatica della proprietà pubblica, inopportuna importata in Italia dall'ordinamento tedesco verso gli anni venti. In realtà, non è così, perché come si è visto sin dall'epoca del Principato (si veda nota 4) il concetto di funzione pubblica è comprensivo di tutti i beni demaniali, mentre l'uso pubblico è elemento prevalente ma non essenziale della demanialità. L'istituto della demanialità, nel processo storico del suo svolgimento, ha trasportato il titolare dei beni dalla collettività allo Stato e agli altri enti pubblici, facendo sì che il demanio non abbia sostanzialmente contenuto diverso dal diritto di proprietà. Lo stesso concetto di inalienabilità del demanio è storicamente collegato all'esigenza del Re di difendere i suoi beni dagli sconfinamenti dei baroni. Sul punto si veda E. Conte, *Demanio feudale*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2005, p. 1 ss.

[54] S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., p. 267 osserva come la c.d. proprietà demaniale sia nella sostanza una proprietà privata dei pubblici poteri, per la quale interviene un atto che può privare i privati della legittimazione alla titolarità di proprietà su quei beni. Molto eloquente anche P. Perlingieri, *La gestione del patrimonio pubblico: dalla logica dominicale alla destinazione funzionale*, in U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee percorsi riforme della proprietà pubblica*, Bologna, 2007 p. 90 che afferma come i beni pubblici non possano essere affrontati soltanto in una logica dominicale. E' necessario affermare la superiorità dei valori normativi anche rispetto a beni intesi come punto di riferimento oggettivo di situazioni proprietarie e di forme di utilizzazione meramente mercantili.

[55] M. Renna, *La regolazione amministrativa*, cit., p. XIV.

[56] V. TAR Puglia, Lecce, sez. I, 5 maggio 2005, n. 2650, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale si afferma "che il tratto saliente della disciplina del demanio è l'*utilitas* che la collettività può trarne giungendo, per questa ragione, a connotare la relazione che si instaura tra i relativi membri ed i beni demaniali addirittura in termini di "diritto assoluto", spettante non già "*uti cives* sibbene *uti nomine*": ciò allo scopo di evidenziare lo spessore e l'immediatezza di quel legame".

L'analisi si incentra piuttosto che sull'interesse pubblico inteso come interesse primario da riferire ad un'amministrazione-soggetto sul rapporto collettività-bene demaniale. La relazione con il bene secondo il giudice amministrativo è con la *communitas hominum*. Non più solo i cittadini ma tutti gli uomini hanno il diritto di godimento del bene e non solo la collettività che risiede in prossimità di quei beni. Per una efficace analisi della sentenza si rinvia a O. M. Calsolaro, *Amministrazione ed uso del demanio: alla ricerca dell'interesse pubblico*, in *Il foro amministrativo C.d. S.*, 2007, 2, pp. 1036 ss.

[57] La tesi tradizionale di matrice *romanistica* che individuava il fondamento della demanialità nell'uso diretto ed immediato dei beni da parte della collettività si scontrò con le tesi autorevoli, e rigorosamente fondate sul piano giuridico, di quanto evidenziavano di come determinati beni demaniali non potessero sfuggire alla dimensione proprietaria per loro natura. In merito si veda F. Cammeo, voce *Demanio*, in *Dig. It.*, vol. IX, Torino, 1887-1889, pp. 859 ss.; O. Ranelletti, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico, teoria*, in *Riv.it. sc. giur.*, XXV, 1898, pp. 7 ss.

[58] In questo senso si vedano Cass., sez. II, 19 luglio 1974, n. 2183; Id. 9 maggio 1987 n. 4284; Id., 26 febbraio 1994 n. 1956; Id., sez. III, 3 ottobre 1996, n. 8653.

[59] M. Renna, *La regolazione amministrativa*, cit., p. 18.

[60] Questa è la formulazione contenuta nell'art. 1 comma 3 del testo della Commissione Rodotà. In tal senso v. D. Mone, *Servizi di interesse economico generale e beni comuni tra diritto comunitario e Costituzione*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1, 2012.

[61] M. Renna, *La regolazione amministrativa*, cit., p. 106.

[62] Come osserva B. de Jouvenel, *La sovranità*, (trad. it.), 1955, Milano, 1971, p. 248 partendo la sua analisi da Hobbes e attraversando anche Locke, Pufendorf e persino Rousseau, l'idea di un ente assolutamente padrone di regolare tutti i comportamenti ha determinato le grandi linee della scienza politica. “*E' la sovranità in sé*, di cui nessuno oserà più negare l'esistenza, e che si cercherà solo di dividere, o di conferire a che ne potrà fare l'uso meno pericoloso. Ma è l'idea stessa ad essere pericolosa”.

[63] A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, cit., passim.

[64] Ibidem, p. 253. Molto eloquente questo passaggio di de Jouvenel pp. 263-264): “ Il perfetto sovrano è quindi, se lecito esprimersi in questo modo, perfettamente non libero. In ogni istante, egli è tenuto a fare ciò che “massimizza” il Bene comune.

[65] S. Rodotà, *Linee guida per un nuovo codice dei beni pubblici*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, *Invertire la rotta*, cit., p. 365, in merito ai processi di privatizzazione, esprime l'esigenza della pubblicizzazione dei beni pubblici; dell'utilizzazione pubblica dei beni pubblici, che prescinde dal ricorso al modello demaniale.

[66] «La *sdemanializzazione* consiste nel procedimento di passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato. L'art. 829 c.c. prevede che tale passaggio debba essere dichiarato dall'autorità amministrativa. Tale dichiarazione può avvenire in modo espresso o tacito. La *sdemanializzazione* espressa è posta in essere con apposito provvedimento che sancisca la cessazione della demanialità (tramite classificazione o cessazione degli elenchi); tale atto produce effetti meramente dichiarativi con riguardo ai beni del demanio naturale, atteso che, per tale categoria di beni, l'acquisto o la perdita della demanialità deriva da un fatto naturale. Per i beni del demanio artificiale, parte della dottrina ritiene che tale provvedimento produca, invece effetti costitutivi, essendo necessaria, ai fini della classificazione del bene, la destinazione dello stesso a una specifica destinazione d'uso. Discussa è la categoria della c.d. *sdemanializzazione* tacita, consistente nell'adozione, da parte della pubblica amministrazione, di atti o comportamenti concludenti che siano incompatibili con la volontà di utilizzare il bene al fine di conseguire un pubblico interesse. La dottrina ritiene pacificamente ammissibile tale procedura per i beni del demanio naturale, mentre controversa è l'ammissibilità della stessa per i beni del demanio artificiale», così R. Garofoli. G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, p. 422. Si rinvia sul punto a D. Mone, *La categoria*, cit.

[67] Si veda in merito Y. Gaudemet, *Libertés publiques et domaine public*, in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, Paris, 1998, pp. 125 ss.

[68] In realtà S. Cassese, *I Beni pubblici*, cit., p. 7 osservava come fosse estrema l'opinione che i beni demaniali fossero beni assolutamente incommerciabili. Una tesi per l'Autore insostenibile, anche perché la stessa Costituzione non pone limiti quantitativi quanto ai beni che possono sottrarsi alla libera appropriazione (p. 70), in quanto intende potenziare la posizione dei privati negando un ruolo assorbente dello Stato.

[69] M. D'Alberti, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta*, cit., pp. 284 ss. evidenzia una serie di criticità relative alla concessione di beni pubblici che riguardano essenzialmente i beni demaniali, quindi riservati ai pubblici poteri, centrali e locali, quali la spiaggia, i fiumi, le risorse naturali. Per l'Autore innanzitutto la scelta del concessionario dovrebbe essere trasparente e basata su criteri di massima obiettività, mentre nella realtà la decisione è affidata all'ampia discrezionalità dell'amministrazione concedente. In pochissimi casi si fanno le gare e la vigilanza sui concessionari non è né continuativa né specialistica. Inoltre il tema della determinazione e riscossione dei canoni: occorre che norme statali stabiliscano il criterio di fondo che correla il canone alla remuneratività dell'impresa concessionaria e potrebbero affidare ad un'unica struttura amministrativa le funzioni di fissarne i parametri più specifici in relazione ai diversi tipi di concessione, di beni, servizi ed opere.

[70] In merito si veda G. Napolitano, *I beni pubblici e le "tragedie dell'interesse comune"*, in Atti del Convegno Analisi economica e diritto amministrativo, pubblicati in Annuario 2006, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano,

Giuffrè, 2007, p. 125 ss. (anche in *Invertire la rotta*, a cura di U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 129 ss.), che ben evidenzia come dietro ogni regime di accesso vi è potenzialmente un effetto di privazione. Le dazioni amministrative dei beni e dei relativi diritti d'uso possono risultare particolarmente pericolose perché soltanto apparentemente producono beneficiari senza che vi siano danneggiati.

[71] Per D. Barbero, *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953, *passim*, la proprietà la si esercita fin quando si gode della cosa ed in questo senso non correrebbe grande differenza tra proprietà pubblica e proprietà privata. La proprietà pubblica conserva struttura propria del diritto soggettivo di proprietà.

[72] Nulla è codificato in merito all'inizio della demanialità dei beni, lasciando intendere ad una *forte* discrezionalità politico-legislativa ed amministrativa in materia.

[73] Il codice civile (art. 829) in tema di cessazione della demanialità si limita a disporre che il passaggio dal demanio al patrimonio deve essere dichiarato dall'autorità amministrativa e come evidenziato in dottrina (M. Renna, *La regolazione*, cit., pp. 51 ss.) l'atto di *sdemanializzazione* previsto dal codice civile assume una pluralità di valenze, articolandosi tra riserve di legge e discrezionalità dell'atto amministrativo.

[74] In merito si rinvia al puntuale e rigoroso lavoro di M. Renna, *La regolazione*, cit., *passim*.

[75] A. Lolli, *Proprietà e potere della gestione dei beni pubblici*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 75-76, afferma nitidamente come anche per la proprietà pubblica debba applicarsi lo schema dominicale di diritto comune.

[76] Eloquenti sul punto la riflessione di E. Cannada Bartoli, *In tema di alienabilità dei beni patrimoniali indisponibili*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, p. 818, laddove si afferma che la primaria facoltà di disposizione di un bene spettante al suo proprietario sia proprio rappresentata dal potere di alienarlo.

[77] La *sdemanializzazione* dei beni è nella disponibilità dell'organo legislativo, risultando espressamente di natura dichiarativa l'atto amministrativo previsto dall'art. 829 c.c. Analogamente la rimozione del vincolo di indisponibilità, ai sensi dell'art. 828 c.c. spetta al legislatore. In merito si veda A.M. Sandulli, *Beni pubblici*(voce), cit., pp.295-296.

[78] Come è noto, con il ricorso all'istituto *concessorio* il bene rimane nella proprietà pubblica, ma la gestione dello stesso è affidata a soggetti privati; ciò determina una scissione fra proprietà formale e sostanziale del bene, ossia una dicotomia fra proprietà e gestione e delle immediate conseguenze in termini di fruibilità dello stesso da parte della collettività.

[79] Quello che sembrava pacifico quando scriveva G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al*

potere, Padova, 1989, p. 361, oggi non lo è più. Infatti Azzariti affermava che il diffondersi delle politiche sociali ha reso impossibile una ricostruzione dei rapporti tra Stato e cittadini in chiave di contrapposizione tra momento autoritativo e esigenze di tutela della sfera individuale di libertà; accanto allo Stato autorità si va sempre più affermando lo Stato erogatore di servizi. Oggi i processi di privatizzazione e la discrezionalità dell'autorità di procedere in tal senso riproduce la frattura e la contrapposizione tra autorità e cittadini; i poteri pubblici hanno sempre più l'ambizione ad essere sempre meno enti erogatori di servizi. Vi è una oggettiva amplificazione del conflitto.

[80] Una prima elaborazione sistematica del concetto di comunità la si trova nell'opera del sociologo F. Tonnies, *Comunità e società* (1887), trad. it. , Milano, 1963, passim. Per Tonnies la comunità è ogni convivenza confidenziale, intima, esclusiva fondata sulla comprensione (*consensus*), ovvero su un modo di sentire comune e reciproco che tiene insieme gli uomini come membri di un tutto organico. Per Weber, *Economia e Società* (1922), trad. it., Milano, 1955, vol. I, p. 38 la comunità è un tipo ideale di relazione in cui la disposizione dell'agire sociale poggia su una comune appartenenza soggettivamente sentita (affettiva o tradizionale) degli individui che vi partecipano. G. Gurvitch, *Sociologia del diritto* (1953), trad. it., Milano, 1957, pp. 248-251, invece utilizza il termine comunità per designare una forma di socialità, spontanea, non organizzata. Questa è la nozione che più si avvicina alle tesi di Esposito, anche se rimane il contatto ancestrale con il territorio quale elemento fondativo della nozione di comunità.

[81] R. Esposito, *Comunità, Immunità, biopolitica. Origine e destino della comunità*, Torino, 2006, p. 1

[82] Ibidem.

[83] Ibidem.

[84] In questo senso l'idea di comunità sfugge alla piega impolitica e recupera pregnanza politica, funzionale ad un progetto non necessariamente collegato al territorio.

[85] V. Pazè, *Il comunitarismo*, Roma-Bari, 2004, p.7 definisce come comunitarismo qualsiasi teoria normativa o ideologia che applichi la metafora della famiglia e/o del gruppo di amici allo Stato, alla nazione, alla classe sociale e che pensi il legame sociale sul modello delle relazioni esistenti nei piccoli gruppi. "O ancor fuor di metafora, che concepisca lo Stato e altri enti collettivi complessi come aggregazione di più famiglie o gruppi ad esse assimilabili.

[86] In questi passaggi appare chiara la distinzione della teoria di Esposito da quella di M. Mauss, *Saggio sul dono* (1924), trad. it. In *Teoria generale della magia e altri saggi*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 153-292, il quale istituisce un rapporto di contrapposizione netta tra la "comunità del dono" che sarebbe tendenzialmente aperta e rispettosa delle differenze, e la comunità (un territorio, una lingua un'etnia), per definizione chiusa e ostile

nei confronti degli estranei. In merito si veda V. Pazè, *Il comunitarismo*, cit., p. 5.

[87] R. Esposito, *Comunità*, cit., passim. Interessante circa la nozione di comunità sono le tesi di A. Gorz, *Metamorfosi del lavoro. Critica della ragione economica* (1988), trad. it., Torino, 1992, passim, il quale evidenzia il rapporto tra comunità e difesa degli spazi. Le comunità non si ereditano, si partecipa per libera scelta. Per Gorz la comunità è una risposta alla privatizzazione della politica ed un tentativo di riallacciarsi alla tradizione dell'associazionismo operaio, del mutualismo, del cooperativismo necessari per la partecipazione politica.

[88] D. Mone, *La categoria*, cit.

[89] In merito alla distinzione tra appartenenza del bene e destinazione ed usi si veda S. Cassese, *Linee guida per un nuovo codice dei beni pubblici*, in U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà (a cura di), *Invertire*, cit., p. 26

[90] In tal senso si veda art. 2, d.lgs. n. 85 del 2010 (c.d. decreto sul federalismo demaniale) che prevede l'individuazione di beni statali da attribuire a comuni, province, città metropolitane e regioni che, previa valorizzazione, potranno alienarli e dismetterli.

[91] M. Renna, *La regolazione*, cit., p. 18.

[92] Si veda M. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in Idem, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 145 ss.

[93] A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, cit., pp. 277 ss.

[94] S. Pugliatti, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 7-8. M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 54, criticando in particolare la proprietà pubblica *codicistica*, riconduce la categoria dei beni demaniali alla categoria della proprietà collettiva «affidati in gestione ad enti territoriali» che li gestiscono senza trarre dagli stessi alcune utilità in quanto “le utilità che essi rendono si esauriscono totalmente nelle utilità della collettività».

[95] U. Mattei, *Beni comuni*, cit.,

[96] J. Stiglitz, *The Private Use of Public Interest: Incentives and Institutions*, in *Journal of Economic Perspective*, 1998, pp. 12 ss.

[97] Sulla rilevanza del momento partecipativo ed in particolare della sua strutturazione nella delibera n. 258 del 24 aprile del 2014 approvata dalla Giunta del Comune di Napoli, v. D. Mone, *Le rôle des collectivités locales dans la gestion des biens publics considérés comme biens communs*, *Colloque international: “Etat social, propriété publique et biens communs”* 27-28 mai 2014, in corso di pubblicazione.

[98] Ovviamente norme di natura *codicistica* che lascino comunque spazio di discrezionalità ai governi locali.

[99] Il decreto legislativo 351 del 25 settembre 2001, convertito nella legge 410 del 23 novembre 2001 («Disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare»), ha previsto che con decreti del ministro dell'Economia, oltre a istituire una società di gestione, si provveda alla «cartolarizzazione» dei proventi derivanti dalla «dismissione» del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici non territoriali (artt. 1 e 2), precisando, all'articolo 3, comma 1, che «l'inclusione nei decreti produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile» (P. Maddalena, *Per una teoria dei beni comuni* in *MicroMega* 9/2013).

[100] Fortemente lesiva degli interessi della generalità dei cittadini è stata poi la legge 112 del 15 giugno 2002 («Disposizioni in materia di [...] cartolarizzazioni, valorizzazione del patrimonio e finanziamento delle infrastrutture»), la quale ha istituito la Patrimonio Stato S.p.A., poi soppressa con la legge 266 del 23 dicembre 2005, con il conseguente trasferimento delle sue funzioni alla Cassa depositi e prestiti, sancendo la «cartolarizzazione» dei proventi derivanti dalle alienazioni degli immobili facenti parte del patrimonio disponibile o indisponibile dello Stato, o facenti parte del demanio (*Ibidem*).

[101] In tale tendenza si inserisce anche il decreto legislativo sul federalismo demaniale n. 85 del 2010 che determina la possibilità di vendita di beni in precedenza demaniali o appartenenti al patrimonio indisponibile, sancendone il passaggio nell'ambito del patrimonio disponibile. Il fine che può raggiungersi attraverso il decreto legislativo n. 85 del 2010 consiste nella possibilità di vendere a privati beni precedentemente demaniali. Il decreto è stato successivamente modificato dalla legge n. 106 del 2011, n. 111 del 2011 e dalla l. n. 135 del 2011 e dalla l. n. 134 del 2012. Quanto ai beni del demanio naturale, a testimonianza di quanto dico circa la vera “demanialità” dei soli beni demaniali naturali, si sottolinei che all'art. 4 del d. n. 85 del 2010 è previsto che le miniere che non comprendono i giacimenti petroliferi e di gas e le relative pertinenze nonché i siti di stoccaggio di gas naturale e le relative pertinenze, i beni appartenenti al demanio marittimo, idrico e aeroportuale non entrano, in seguito al trasferimento agli enti territoriali, a far parte del loro patrimonio disponibile ma restano assoggettati al regime stabilito dal codice civile.

[102] D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano*, cit.

[103] Dicotomia che racchiude anche la contrapposizione tra statalismo e democrazia. Nell'ambito del processo di affermazione della sovranità popolare il ruolo dello Stato – inteso come organizzazione politico-amministrativa - titolare del potere legislativo ed amministrativo, subisce una torsione radicale che si traduce in una limitazione che

consiste, semplicemente nel porre in essere e garantire il funzionamento delle insieme delle regole costruttive, o tecniche.

[104] In merito alle differenti dottrine dello Stato di Kant e Feuerbach si veda W. Naucke, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Hamburg, 1962, pp. 68-74.

[105] Sul punto di grande interesse appaiono le riflessioni di P. Bonfante, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1986, pp. 151 ss., in particolare laddove osserva che dalla proprietà collettiva alla proprietà individuale si sarebbe passati attraverso la forza, la conquista, l'usurpazione, per motivi economici. E Lo Stato avrebbe agito per disgregare la proprietà collettiva in quanto pericolosa dal punto di vista politico ed economico. La proprietà individuale pubblica e/ privata sarebbero nate da un'usurpazione, in quanto la terra non può essere intesa quale *res nullius* ma piuttosto quale bene appartenente alla comunità a titolo originario. Da ultimo diffusamente, ed in maniera molto incisiva, sulla proprietà collettiva si veda P. Maddalena, *Il territorio bene comune degli italiani*, Roma, 2014, pp. 78 ss.

[106] Va tuttavia precisato che gli usi civici sono diritti collettivi di godimento e di uso spettanti ad una popolazione su terre in dominio privato. La parte assegnata alla popolazione costituisce proprietà collettiva di diritto pubblico. Sul punto V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica*, cit., p. 266.

[107] V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica*, cit., pp. 60-61.

[108] In questo senso molto chiare ed eloquenti le pagine di M. A. Chardeaux, *Les choses communes*, Paris, 2006, il quale sottolinea che i beni comuni, a differenza dei beni collettivi, appartengono a comunità indistinte che si relazionano al bene soltanto per soddisfare i propri diritti, senza alcuna forma di esclusività, al contrario per i beni collettivi rimane, seppur in capo ad una collettività, il carattere dell'esclusività del bene e la volontà della collettività ad esercitarvi forme di carattere estrattivo.

[109] V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica*, cit., p. 264.

[110] Ibidem, p. 267.

[111] Ibidem, p. 304.

[112] In merito, interessante il dibattito che si sviluppava in sede di Assemblea Costituente. Per Dominedò la proprietà collettiva non può rappresentare una categoria inalienabile ed in questo senso anche Ghedini il quale sottolineava come il concetto di inalienabilità fosse vero solo in quanto attribuito dallo Stato che ne determina la destinazione e anche il suo mutamento. Di posizione diversa Fanfani il quale continuava a sostenere l'inalienabilità delle proprietà collettive. In merito si veda Assemblea Costituente, III sottocommissione, 27 settembre 1946.

[113] V. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, cit, Idem, *Proprietà collettiva*, cit., pp. 382-383.

[114] Ampia in merito è la riflessione di R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008, *passim*. Particolarmente suggestive le pagine nelle quali si tratteggia la responsabilità intergenerazionale come problema di giustizia sociale (p. 179). In questo senso la categoria giuridica dei beni comuni che ha quale obiettivo primario quello di rispondere efficacemente alle pressanti e nuove richieste sociali non si pone come una nuova categoria, quanto piuttosto quale ripensamento di quelle esistenti, ma oggi incapaci di garantire la loro funzione primaria. Si pensi alla crisi del modello demaniale.

[115] In merito, seppur con taglio non giuridico si vedano le interessanti pagine di G. De Marzo, *Anatomia di una rivoluzione*, Roma, 2012, pp. 18 ss, nelle quali in particolare si evidenzia la stretta relazione tra disuguaglianza e distruzione ambientale.

[116] S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., p. 187.

[117] V. Cerulli Irelli e L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso*, in www.giustamm.it, 2013, p. 12.

[118] M.S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., p. 95.

[119] In maniera molto efficace e sintetica H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M.G. Losano, Torino, 1966, p. 332, sottolinea come la sovranità popolare all'interno del modello di democrazia della rappresentanza sia una finzione, dove la volontà del rappresentante è oggettivamente diversa da quella del rappresentato. E L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Roma-Bari, 1997, p. 34 che ritiene che la sovranità popolare sia un semplice omaggio al carattere democratico rappresentativo degli odierni ordinamenti.

[120] Interessante sul punto la riflessione di V. Rapone sul pensiero di Leon Duguit. In merito si veda V. Rapone, *Sovranità e diritto sociale*, in L. Duguit, *Sovranità e libertà*, Torino, 2007, pp. 61 ss. Si legge nella Nota del traduttore: “*Sovranità e libertà*, serie di lezioni tenute alla *Columbia University* di New York nel periodo compreso tra il dicembre 1920 e il febbraio 1921, è parte di uno dei cicli di conferenze tenuti da Leon Duguit intorno agli anni '20 in alcune prestigiose università, europee e non”.

[121] Per una classificazione di tali istituti si v. U. Allegretti, *Democrazia partecipativa: un controllo alla democratizzazione*, in www.fupress.com p. 21: Monitoraggio: osservatori, comitati di controllo (Porto Alegre, Venezuela); Bilanci partecipativi (Brasile, America Latina, Spagna, Italia); Sviluppo di comunità (U.K.); Giurie civiche (Germania, Francia); Dibattito pubblico (Francia, Toscana, Genova).; Idem, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista A.I.C.*, 1/2001, *passim*

[122] In questo senso, per rispondere alla critica di Feuerbach, non si parla più di *sogni*

democratici, l'idea che il popolo possa occuparsi dei mezzi necessari per raggiungere lo scopo dello Stato per partecipare all'esercizio concreto della sovranità, diventa concreta. In merito si veda M. A. Cattaneo, *Presentazione*, in P.J.A. Feuerbach, *Anti-Hobbes*, 1798, Milano, 1972, p. XXI. Il giudizio di Feuerbach, come sottolinea Cattaneo è un giudizio sommario "che esprime essenzialmente la reazione emotiva di fronte alle correnti estreme affermatesi nella Rivoluzione francese, al governo del Terrore, è l'atteggiamento di chi vede nella democrazia il dominio della piazza, una forma di anarchia.

[123] Sul punto appare molto eloquente l'espressione di S. Rodotà, *Linee guida per un nuovo codice dei beni pubblici*, in U. Mattei, *Invertire*, cit., p. 364. che afferma l'esigenza di un pubblico non identificabile con statale.

[124] La terza via – o come preferisco l'altra via - dei beni comuni distante dai beni pubblici e dai beni privati trova in una prospettiva istituzionale le sue radici nel ragionamento di L. Duguit, *Sovranità e libertà*, cit., p. 77, il quale evidenzia una via terza rispetto sia allo statalismo interventista sia alla liberalizzazione e privatizzazione della sfera economica. Un modello di democrazia più autentico, in quanto più vicino ai cittadini, ma anche più complesso ed articolato nei processi decisionali. In questo senso si è ben lontani dall'esercizio concreto della sovranità del popolo secondo Carl Schmitt, il quale ritiene, in una critica ai corpi intermedi (partiti), che l'autenticità della sovranità popolare possa raggiungersi soltanto attraverso una semplificazione del processo decisionale. Che non significa immaginare più dimensioni della democrazia, ma piuttosto schiacciare la sovranità popolare sul carattere plebiscitario che esprime la decisione politica fondamentale. In merito si veda A. Caracciolo, *Presentazione*, in C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1928), Milano, 1984, p. XVI.

[125] Sul collegamento tra rappresentanza politica ed istituto proprietario individuale si rinvia a P. Grossi, *Assolutismo giuridico e proprietà collettiva*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XIX, Milano, 1990, p. 505 ss.

[126] Y. Gaudemet, *Libertés publiques et domaine public*, in *Libertés. Mélanges Jacques Robert*, cit., p. 61, sviluppa il suo ragionamento attribuendo al demanio il ruolo e la funzione di luogo e strumento naturale di esercizio delle libertà fondamentali, il cui ragionamento acutamente si estende anche all'erogazione dei servizi pubblici.

[127] Si precisa che in questa sede l'obiettivo è di restringere il ragionamento intorno ai beni comuni materiali che oggi appartengono al demanio.

[128] F. Guicciardi, *Il demanio*, cit., pp. 47 ss.

[129] M. Esposito, *Beni proprietà*, cit., p. 99, il quale evidenzia come L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1923, pp. 318 ss. si sia fortemente impegnato per distaccare fondamento e struttura del regime demaniale dalla trama del diritto di proprietà, collegandolo ai diritti costituzionali. Tentativo frustato dall'atto di volontà del titolare del

diritto dominicale, la Nazione, mediante i suoi rappresentanti.

[130] Per H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano, 1959, p. 296, la funzione di questa ideologia è di nascondere la situazione reale, di mantenere l'illusione che il legislatore sia il popolo, nonostante il fatto che in realtà la funzione del popolo o più esattamente del corpo elettorale sia limitata alla creazione dell'organo legislativo.

[131] E' noto che l'Assemblea Costituente ebbe ad emendare il testo dell'art. 1 Cost. , sostituendo alla formula "la sovranità emana dal popolo", l'altra "la sovranità appartiene al popolo"

[132] C.F. von Gerber, *Diritto Pubblico*, trad. it., Milano, 1971, pp. 200 ss. parla di titolarità dello Stato quale potere supremo di direzione.

[133] P. Grossi, *Assolutismo giuridico*, cit., pp. 3-6.

[134] In merito si vedano le interessanti riflessioni di N. Matteucci, *Introduzione, Costituzionalismo antico e moderno* (1947) , Bologna, 1990, pp. 12 ss.

[135] In questo senso va richiamata la contrapposizione di Jellinek alla dogmatica *labandiana* alla definizione di Stato come persona giuridica dotata di *Herrschaft* con la conseguente riduzione di tutta la dinamica Stato-società civile. Per Jellinek la società civile pone reali limiti alla *Herrschaft* statale ed i diritti pubblici esistono in quanto lo Stato si autolimita in direzione dei singoli. E delle comunità locali. In merito si veda l'approfondita e lucida analisi di M. Fioravanti, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento*, Milano, 1979, pp. 400 ss.

[136] Proprio il concetto di *statualità* all'interno dello Stato-comunità determina una forte distinzione dal concetto dello Stato-apparato; infatti essa così declinata investe non soltanto il piano del diritto e delle istituzioni politiche ma anche quello delle rappresentanze sociali e delle comunità spontanee.

[137] C. Mortati, *Principi fondamentali (artt. 1-12)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, p. 26.

[138] Sono comuni i beni che, indipendentemente dal titolo della proprietà, risultano funzionali, per la loro intrinseca natura o finalità, al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività (SS.UU. Cass. 3665/2011, p. 13 secondo capoverso), dei diritti fondamentali della persona, sia come singolo che nelle formazioni sociali cui partecipa (SS.UU. 3665/2011, p. 15, primo e secondo capoverso e p. 16, principio).

[139] Per un commento alla sentenza richiamata, si v. S. Lieto, «*Beni comuni*», *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà*

codicistica, in *Politica del diritto*, 2/2011.

[140] Secondo parte della dottrina ci si allontanerebbe anche dalla categoria di beni, in quanto “i beni comuni” ripugnano qualsivoglia forma di esclusività e contribuiscono ad una differente rappresentazione della sovranità. E la posizione fuori commercio, caratterizzata dal punto di vista giuridico ed economico, nella quale sono posti è una situazione normativa e fattuale molto più ampia ed incisiva della nozione di inalienabilità che può essere per volontà del *dominus* in qualsivoglia momento derogata. Si veda M.A. Chardeaux, *Les choses communes*, Paris, 2006, p. 76.

[141] E' l'idea secondo la quale il problema della sovranità si risolve nell'ordinamento coercitivo, che si riconosce come diritto personificato nello Stato supremo ed autonomo. In questo senso H. Kelsen, *Il problema della sovranità e le teorie del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto* (1920), a cura di A. Carrino, Milano, 1989, p. 42. T. Frosini *Sovranità popolare*, cit., p. 21 evidenzia tuttavia come la concezione negativa della sovranità, in cui nella sostanza l'ordinamento sostituisce la sovranità, in Kelsen, nei suoi anni *americani*, successivi alla seconda guerra mondiale, si trasforma in un'appartenenza della sovranità non più all'ordinamento ma alla Costituzione.

[142] In merito al rapporto tra sovranità popolare e comunità intermedie di assoluto rilievo resta lo studio di G. Ferrara, *Alcune osservazioni su popolo, Stato e sovranità nella Costituzione italiana*, in *Rass. di diritto pubblico*, 2, 1965, pp. 278 ss. che con approccio realistico individua nei partiti politici il baricentro della sovranità popolare. In quel momento storico, negli anni sessanta, sono i partiti che fanno proprie in via integrale le esigenze della comunità

[143] In merito al dibattito intorno all'art. 1 Cost., ed in senso più ampio al significato di sovranità popolare, senza alcuna ambizione di esaustività, e con posizioni divergenti, si vedano V. Crisafulli, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (Note preliminari)*, in Idem, *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985; C. Mortati, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *Principi fondamentali. Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975; E. Tosato, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in Idem, *Persona, società intermedie e Stato*, a cura di A. e G.L. Tosato, Milano, 1989.

[144] In merito agli istituti di partecipazione si veda S. Lieto, *Il diritto di partecipazione tra autorità e libertà*, Napoli, 2011, *passim*.

[145] Sui processi di continua integrazione, piuttosto che il ragionamento di Heller misurato sostanzialmente sull'idea della rappresentanza (H. Heller, *La sovranità ed altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, a cura di P. Pasquino, trad. it., Milano, 1987, p. 137) di riferimento e di estremo interesse è la riflessione di R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, a cura di F. Fiore e J. Luther, trad. it., Milano, 1988, *passim*. Di

particolare interesse la parte in cui sottolinea come la sovranità popolare sia il frutto di elezioni, dibattiti parlamentari, formazioni di gabinetto, referendum popolari, intese tutte come funzioni integrative.

[146] D. Mone, *Servizi di interesse economico generale*, cit.

[147] Sul tema della responsabilità tra generazioni si veda diffusamente R. Bifulco, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008.

[148] A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 285.

[149] Idem, p. 287.

[150] Si veda L. Capogrossi Colognesi, *Proprietà in generale a) Diritto Romano*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, p. 185.

[151] G. Azzariti, *Diritto e conflitti*, Roma-Bari, 2010, passim.

[152] F. Santoro Passarelli, *Atto giuridico*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 24.

[153] Sintetiche, ma particolarmente eloquenti e significative le conclusioni alle quali perviene A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Studi per il XX anniversario dell'Assemblea Costituente*, vol. II, pp. 427-428, in merito al significato costituzionale di paesaggio "...norma attinente all'interazione dello Stato apparato sullo Stato comunità, come norme che realizza valori meramente economicistici in posizione di supremazia rispetto ai valori meramente economici, come strumento di azione sulla società, in quella prospettiva di impegno alla sua trasformazione, compito fondamentale della Repubblica per la sua costituzione formale non meno che per la costituzione materiale.". L'ambiente che vede dunque la *communitas* protagonista ed in quanto tale contribuisce all'affermazione di beni ambientali e culturali (beni comuni) orientati alla fruibilità ed accessibilità inclusiva dei diritti fondamentali direttamente collegati ad essi. Tuttavia, come si è dimostrato nel corso dell'indagine tali disposizioni costituzionali non sono state sufficientemente *resistenti* rispetto a scelte legislative ed amministrative che hanno attribuito al *dominus* (proprietario pubblico), ampia disponibilità sui beni, al punto da incidere sulla loro fisiologica funzione sociale. Anche A. M. Sandulli, *la tutela del paesaggio nella Costituzione*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, III, Milano, 1967, p. 902, seppur con tonalità differenti rispetto a Predieri, esprime forti perplessità in relazione all'art. 9 Cost., che la tutela dei beni ambientali e culturali sia monopolio esclusivo dello Stato apparato. Sempre in merito all'art. 9 si veda l'ampio e dettagliato commento di F. Merusi, *Commento all'art. 9 Cost.*, in *Commentario della costituzione*, a cura di G. Branca, *Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, pp. 434 ss., in particolare laddove afferma (p. 456): " Il perseguimento in comune di una determinata attività quando le rispettive competenze interferiscono non può che tradursi sul piano giuridico, in moduli organizzativi e

procedimentali di partecipazione”.

[154] In merito si veda A. Lucarelli, Commento all’art. 43 Cost. in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti (a cura di), Commento alla Costituzione, vol. I, 2006, passim, dove tuttavia si sosteneva la vigenza dell’art. 43 Cost. e la sua compatibilità con il diritto comunitario, anche quale argine ai processi di privatizzazione di beni e servizi pubblici essenziali.

[155] Tuttavia, in merito va sottolineato che il Comune di Napoli, pur in assenza di un suddetto quadro normativo di riferimento, con delibere nn. 258 e 259 del 24 aprile 2014, aventi ad oggetto rispettivamente “Indirizzi per l’individuazione e la gestione di beni del patrimonio immobiliare del Comune di Napoli, inutilizzati o parzialmente utilizzati, percepiti dalla comunità come “beni comuni” e suscettibili di fruizione collettiva” e “Indirizzi per la realizzazione di azioni dirette all’inclusione, nella categoria dei beni comuni, di beni ricompresi nel territorio della città di Napoli di proprietà di soggetti privati” ha offerto un’interpretazione costituzionalmente orientata degli artt. 827 e 838 c.c. In particolare, detti articoli che rispettivamente stabiliscono che “I beni immobili che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato” e che se un proprietario abbandona determinati beni, il cui deperimento possa nuocere al decoro della città, dell’arte, della storia o della sanità pubblica, l’amministrazione può procedere all’espropriazione degli stessi, dietro pagamento di una giusta indennità sono stati interpretati nelle suddette delibere in relazione all’art. 42 Cost. secondo cui la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge che ne determina i modi di acquisto, di godimento ed i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. Il Sindaco prima invita il proprietario sia pubblico che privato a ripristinare la funzione sociale del bene, ai sensi dell’art. 42 Cost., successivamente, in caso negativo decide, con metodo partecipato e con il coinvolgimento di consultazioni civiche, la destinazione dei beni procedendo all’acquisizione degli stessi al patrimonio comunale.

[156] S. Lieto, *Il diritto di partecipazione tra autorità e libertà*, cit., p. 49 evidenzia come il diritto di partecipazione e quindi i modelli partecipativi vadano inquadrati come diritto-strumento ovvero quale strumento attraverso il quale realizzare un’integrazione dell’effettività dei diritti, contribuendo altresì alla tutela di quelli emergenti. In relazione ai beni comuni il diritto alla partecipazione non è fine a se stesso, ma al contrario rappresenta il presupposto affinché il diritto delle comunità sia soddisfatto attraverso la partecipazione. In questo senso, in tema di gestione dei beni comuni, attraverso il coinvolgimento della comunità, particolarmente significativa è la deliberazione n. 400 del 25 maggio 2012. Tale deliberazione, avente ad oggetto il complesso di San Gregorio Armeno, denominato ex Asilo Filangieri prevede che tale complesso monumentale sia luogo di sperimentazione di gestione partecipata. Un bene di proprietà del Comune dall’alta valenza culturale che in forza della suddetta delibera e di un disciplinare condiviso e partecipato garantisca

l'accessibilità e la fruizione del bene ai cittadini; garantisca a tal fine lo svolgimento di percorsi, processi culturali, incontri, convegni, manifestazioni ed altre espressioni culturali.

[157] In particolare, si pensi all'intensa attività svolta dal Comune di Napoli a partire dall'esito referendario del giugno del 2011 contro la privatizzazione dei servizi pubblici locali. Da segnalare la deliberazione n. 797 del 7 luglio 2011 avente ad oggetto la modifica dello Statuto del Comune di Napoli con la previsione della categoria giuridica di "bene comune" fra le "Finalità e valori fondamentali" dello Statuto stesso; la deliberazione n. 820 del 20 luglio 2011 per la creazione di una rete nazionale ed europea per la definizione di uno "Statuto europeo dei beni comuni" oggetto di una successiva proposta di iniziativa dei cittadini; la deliberazione n. 942 del 23 settembre 2011 avente ad oggetto la trasformazione della società per azioni di gestione delle risorse idriche in azienda speciale con una *governance* che prevede il coinvolgimento diretto dei cittadini e dei lavoratori sia nell'attività di gestione, che nell'attività di controllo.

I poteri pubblici con proprie delibere intervengono con norme non invasive ma nello stesso tempo finalizzate a regolare le istanze partecipative. L'equilibrio tra natura, estensione e finalità della regola da una parte e prassi e comportamenti delle comunità è di estrema delicatezza. La regola di diritto pubblico deve porsi quale obiettivo quella di indirizzarsi piuttosto che verso atti autoritativi, verso atti di natura collaborativa tesa a facilitare istanze partecipative includenti e solidali

Si instaura dunque un delicato rapporto tra istituzioni e comunità che, all'alba degli anni '80 del secolo scorso ben sintetizza M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, in *Riv. trim. dir. proc. Civile*, 1980, p. 231: «...è un assetto instabile dato che, per loro intima natura, gli istituti che la realizzano debbono confrontarsi continuamente ed elasticamente con due punti di riferimento obbligati, l'organizzazione costituita e la realtà sociale nella sua più viva immediatezza e confrontarsi non separatamente e successivamente con ognuno di essi, ma con entrambi insieme. La partecipazione congiunge, coordina Stato e società, ma per ciò stesso li distacca, o ne presuppone lo stacco e la diversità: stato e società non debbono avvicinarsi troppo per non confondersi, ma nemmeno estraniarsi l'un l'altro tanto che la connessione si allenti eccessivamente e il coordinamento si riduca ad una operazione puramente formale di raccordo. E' un confronto difficile, che sviluppa e tenta di soddisfare esigenze reali, ma simultaneamente, mentre dà vita ad equilibri sempre diversi, crea pericolo gravi, minacce mortali per le nostre strutture: la partecipazione a che li guardi da vicino, finisce così con l'apparire come un fiorito sentiero che girovagli in un territorio pieno di mine».

Importante, in tal senso, e particolarmente innovativo, sul filone del modello *napoletano*, è il regolamento comunale della città di Chieri del 24 novembre 2014 "per la partecipazione nel governo e nella cura dei beni comuni". Si veda anche, seppur con un'impostazione più tradizionale di *amministrazione condivisa*, l'esperienza bolognese della "cura dei beni comuni" che ha portato all'approvazione con delibera del Consiglio comunale n. 172 del

19 maggio 2014 del Regolamento sulla collaborazione fra cittadini e amministrazioni locali per la cura dei beni comuni urbani.

[158] Per un'analisi puntuale del contesto internazionale e segnatamente delle convenzioni di *Aarhus* e di *Alborg*, oltre che dei regolamenti europei in materia di diritto alla partecipazione, si veda S. Lieto, *Il diritto di partecipazione*, cit., p. 37

[159] A. Lucarelli, G. Marcou e U. Mattei, *Il diritto pubblico tra crisi e ricostruzione*, Napoli, 2009, passim

[160] Di particolare interesse a livello comunale è l'esperienza del Comune di Napoli che con delibera n. 8 del 18.04.2012 approvava il regolamento relativo al "Laboratorio Napoli Costituente dei beni comuni". Tale regolamento preveda l'istituzione di più consulte civiche tematiche con un potere di auto-organizzarsi e soprattutto di esercitare un'attività propositiva e deliberativa rivolta alla giunta ed al consiglio comunale. Gli organi comunali laddove non recepiscono le istanze partecipative, formalizzate in una proposta, hanno l'obbligo di presentarsi, attraverso l'assessore competente per materia, ad una seduta della consulta civica, esponendo i motivi per i quali la proposta non sia stata raccolta. Inoltre, l'art. 13 di detta delibera prevede che le consulte tematiche trasmettano alla consulta per il bilancio le loro proposte. All'atto dell'avvio dei procedimenti finalizzati alla manovra di bilancio previsionale, l'assessore al bilancio indicherà criteri, modalità e tempistica idonee a consentire di tener conto della proposta di bilancio partecipato. In sostanza, tale modello delle consulte civiche cittadine si riporta ai principi contenuti nella Convenzione di *Aarhus* sulla partecipazione dei cittadini ai processi decisionali in materia ambientale ed al bilancio partecipato di Porto Alegre

[161] V. Ostrom e E. Ostrom, *Public Goods and Public Choice*, in E. S. Savas (a cura di), *Alternatives for Delivering Public Services: Toward Improved Performances*, Boulder, 1977 e E. Ostrom, R. Gardner e R. Walker, *Rules, Games e Common Pool Resources*, Ann Arbor, 1994.

[162] Si pensi in particolare a E. Ostrom, *Governing the Commons*, 1990, passim.

[163] G. Bravo, *Né tragedia, né commedia: la teoria dei «commons» e la sfida della complessità*, in *Rass. it. di sociologia*, 2002, p. 633.

[164] M. Nigro, *Il nodo della partecipazione*, cit.

[165] L. Einaudi, *Il buon governo*, a cura di E. Rossi, Roma-Bari, 1973, vol. I, pp. 30-33, osservava come la rappresentanza degli interessi potesse essere vista come regresso

spaventoso verso forme medievali.

[166] M. Calise, *Tra governo e governance: la Costituzione nelle democrazie contemporanee*, in L. Ornaghi (a cura di), *La nuova età delle Costituzioni*, Bologna, 2000, pp. 121-145, ha individuato nella *governance* gli elementi di un vero e proprio modello neo-corporativo nel quale viene meno ogni riferimento agli attori istituzionali.

[167] V.E. Parsi, *Interesse nazionale e globalizzazione. I regimi democratici nelle trasformazioni del sistema post-westfaliano*, Milano, 1998.

[168] L. Ornaghi (a cura di), *Il concetto di 'interesse'*, Milano, 1984, pp. 45 ss.

[169] M. Olson, *the Logic of Collective Action*, Harvard, 1965, *passim*, dimostrava come sia improbabile che il singolo cittadino partecipi all'azione collettiva, anche quando i benefici dell'eventuale esito di quell'azione superino per l'individuo i costi della partecipazione. A.O. Hirschmann, *Come complicare l'economia*, (trad. it.), Bologna, 1988, p. 406, evidenzia come la causa di ciò sia il fenomeno dei *free rider*, poiché l'esito dell'azione collettiva è un bene pubblico che può essere utilizzato da tutti indipendentemente dall'aver partecipato o meno e questo spinge l'individuo ad esimersi dal partecipare con la certezza che altri si impegneranno per lui.

[170] Non si tratta di immaginare una *lotta* tra dimensione della democrazia (rappresentanza v. partecipazione), quanto piuttosto pensare a continue forme di integrazione. In questo senso oltre al già richiamato pensiero di Smend, di estremo interesse è l'analisi R. Carré de Malberg, *Considerations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in *Annuaire de l'Institut International de droit public*, II, 1931, pp. 277 ss. sostenitore dell'idea che non vi fosse antinomia tra il referendum e l'idea di rappresentanza che sta alla base del parlamentarismo.

[171] Sul ruolo di supporto e di rafforzamento della democrazia rappresentativa attraverso forme di partecipazione anche sulla base di analisi tecnocratiche che non si pongono quale alternativa al sistema della rappresentanza politica, v. D. Mone, *Qualità normativa tra tecnocrazia ed effettività della democrazia rappresentativa*, Napoli, 2010, p. 209 ss

[172] Un coinvolgimento che non riesce più ad esaurirsi e a completarsi nell'azione e nel ruolo dei partiti politici. Un processo, al contrario, totalmente svolto dai partiti politici per oltre trent'anni dalla entrata in vigore della Costituzione. G. Ferrara, *Il Governo di coalizione*, Milano, 1973, *passim*, sosteneva come la sovranità popolare e la partecipazione dei cittadini fossero ampiamente garantiti nel rispetto del principio di eguaglianza, dai partiti politici, dal principio proporzionale.

[173] P. Grossi, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977, p. 379.

[174] Ibidem.

[175] B. de Jouvenel, *La Sovranità*, Milano, 1971, a cura di E. Sciacca, p. 142.

[176] P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir.civ.*, 1965, p. 221.

[177] In tal senso D. Mone, *La categoria*, cit.

[178] La giunta del Comune di Napoli con delibera n. 258 del 17 aprile 2014, con approccio decisamente innovativo, sulla base di uno studio redatto dall'Osservatorio dei beni Comuni della Città di Napoli, presieduto dal sottoscritto che vede tra i suoi componenti i proff. Gianfranco Borrelli, Lucio de Giovanni, Paolo Maddalena, Sergio Moccia, Ludovico Solima, ha inteso dare attuazione ed effettività alla funzione sociale della proprietà pubblica di cui all'art. 42 Cost. , privilegiando più che il rapporto dominicale gli aspetti funzionali che legano il bene alla tutela dei diritti fondamentali.

In particolare, la delibera, avente ad oggetto l'individuazione e la gestione di beni del patrimonio immobiliare del Comune di Napoli, inutilizzati o parzialmente utilizzati, percepiti dalla comunità come "beni comuni" e suscettibili di fruizione collettiva si basa su due principi:

la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva, ai sensi dell'art. 118 Cost., può concorrere a migliorare la capacità delle Istituzioni di dare risposte efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti riconosciuti anche a livello costituzionale ;I comuni, ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 267 del 2000, anche su base di quartiere o di frazione, valorizzano le libere forme associative e promuovono organismi di partecipazione popolare all'amministrazione locale. I rapporti di tali forme associative sono disciplinati dallo Statuto. Nello Statuto devono essere previste forme di consultazione della popolazione, dirette a promuovere interventi per la migliore tutela degli interessi collettivi, e devono essere, altresì, determinate le garanzie per il loro tempestivo esame. In forza di tali principi il Comune ha approvato una delibera che ha quale finalità quella di valorizzare beni del patrimonio comunale che versino in uno stato di inutilizzo o di parziale utilizzazione e che la collettività percepisce come "beni comuni" , in quanto potenzialmente idonei ad una fruizione collettiva per il soddisfacimento di interessi generali. Si tratta nella sostanza di una procedura che offre la possibilità alla comunità, attraverso le consulte civiche, di avanzare proposte relative alla destinazione del bene ed al suo utilizzo. Le comunità interessate presentano un piano di gestione del bene che dovrà contenere tra l'altro le modalità di gestione partecipata del bene, le finalità, i benefici attesi per la collettività, la descrizione delle attività da realizzare, le modalità di autofinanziamento. Il Comune nell'ambito di una convenzione che viene sottoscritta conserva poteri di controllo e soprattutto di garante dei processi inclusivi di partecipazione.

[179] A. Lucarelli, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*,

3-4, 2007, pp. 87 ss. e adesso Idem, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile: un'occasione perduta?*, in U. Mattei, E. Reviglio e S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici*, cit., pp. 85 ss.

[180] Rimarchevoli restano le pagine di M. Duverger, *Les partis politiques*, Paris, 1958, *passim*, laddove l'Autore sottolinea il rischio autocratico dei partiti politici e le difficoltà a conciliare loro natura, struttura e vita interna con le istanze e le esigenze mutevoli dei cittadini.

[181] C. Amirante, *Cittadinanza (teoria generale)*, Estratto dal volume aggiornamento XII della *Enciclopedia giuridica*, Roma, 2004, p. 16.

[182] U. Allegretti, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in C. De Marco, F. Ricci e L.G. Sciannella (a cura di), Napoli, 2012, p. 14 la sottolinea la necessaria integrazione tra differenti dimensioni della democrazia, nell'ambito delle quali, come osserva M. Della Morte, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, Milano, 2012, p. 220, le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona (spec. artt. 10 e 11) autorizzano a dire che la dimensione partecipativa è divenuta componente fondamentale dell'intero processo di costruzione comunitaria "...il fatto che l'unione europea abbia privilegiato, tra gli istituti tradizionali della partecipazione, l'iniziativa popolare, fa al riguardo, ben sperare, in quanto conferma che la dimensione propositiva è destinata a divenire parte del "nucleo duro" del processo di integrazione". Proprio l'art. 11, comma 4 T.U.E. ha costituito la base giuridica per la delibera della giunta del Comune di Napoli n. 820 del 20 luglio 2011 avente quale finalità l'avvio del processo per la creazione di una rete nazionale ed europea per la definizione di uno "Statuto europeo dei beni comuni", oggetto successivamente di una proposta di iniziativa dei cittadini europei alla Commissione (ICE). Tuttavia, per una visione più cautamente ottimista del c.d. "modello partecipativo europeo" si rinvia a A. Lucarelli, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2009, p. 282, ed in particolare laddove si evidenzia il rischio a livello europeo, anche dopo il trattato di Lisbona, della costruzione di un modello formale di democrazia partecipativa. In questo senso si veda altresì P. Rosanvillon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, 2008, *passim*.

[183] Il metodo democratico relativo all'organizzazione interna è ben evidente ed argomentato nell'emendamento presentato in Costituente da Mortati, con riferimento alla necessità di introdurre e garantire la democraticità interna dei partiti consona a tutto lo spirito della nostra Costituzione. Democrazia interna fondamentale per garantire una reale partecipazione politica ed il reclutamento politico. Il relatore Merlin respinse tutte le proposte di emendamenti. La non necessità di fissare un principio di democraticità interna venne spiegata con la possibilità di attuare controlli esterni sull'operato dei partiti. Sul punto si veda G. Pasquino, *art. 49*, in G. Branca e A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1992, pp. 11-12, il quale non esita a sostenere (p. 25) che

l'assenza di democrazia nei partiti riduce la possibilità che i cittadini concorrano a determinare la politica nazionale. Per Pasquino è necessario la partecipazione “dal basso” alla formulazione di programmi e strategie, alla scelta dei candidati alle cariche elettive, alla selezione dei dirigenti.

[184] Per un approccio critico all'istituto delle primarie v. A. Lucarelli, *le primarie quale incidenza sulla selezione della classe dirigente e sulla effettiva partecipazione politica?*, in *Il Filangieri*, 2-3-4, 2005, pp. 171 ss.

[185] Non si condivide, alla luce delle considerazioni sin qui riportate, le tesi di è portato a sostenere che la categoria dei beni comuni determini una svalutazione del pubblico, si ritiene piuttosto che imponga un ripensamento del diritto pubblico, del suo ruolo , delle sue funzioni e responsabilità. *Contra* si veda C. Iannello, *Beni pubblici*, cit., p. 12.

[186] C. Amirante, *Diritto Pubblico*, Torino, 2011, p. 245, in maniera stringente ed efficace sottolinea come la partecipazione non soltanto implicherebbe diversi effetti positivi ma avrebbe altresì un ruolo salvifico sulla democrazia partecipativa. In particolare, avvicina il cittadino al potere, consentendo il controllo di chi governa; rende chi governa più attento e responsabile; mette a disposizione della comunità tutti i talenti e le capacità; immunizza da tentazioni autoritarie; favorisce l'eliminazione delle diseguaglianze; accresce il consenso e quindi consolida le istituzioni

[187] A. Schiavone, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma-Bari, 1984, p. 63. In merito si veda altresì la recente pubblicazione di P. Dardot e C. Laval, *Essai sur la révolution au XXI siècle*, Paris, 2014, *passim*, con l'obiettivo di costruire “*le principe du commun*” quale modello alternativo al modello proprietario.