

ANNO XI - NUMERO 1

GENNAIO-GIUGNO 2012

# Rassegna di diritto pubblico europeo

I SERVIZI DI INTERESSE  
ECONOMICO GENERALE

a cura di ALBERTO LUCARELLI e ROBERTO MASTROIANNI



Edizioni Scientifiche Italiane

1  
2012

Rassegna di diritto pubblico europeo



9912162000

ISSN 1722-7119

Edizioni Scientifiche Italiane, 80121 Napoli, Via Chiatamone 7  
Finito di stampare nel mese di giugno 2012  
Imprimé à taxe réduite - taxe perçue - taxa riscossa  
Napoli - Italie

atraggono tale ambito decisionale nella disponibilità dello Stato, con legittima limitazione dell'autonomia decisionale delle autorità locali.

La lettura proposta, peraltro, non intende legittimare un ritorno alle gestioni pubblicistiche che hanno determinato sprechi di risorse economiche e, abusando del diritto, arricchimenti di pochi soggetti privati a danno della collettività, anche privandola di livelli di servizi pubblici adeguati, ma un ripensamento delle gestioni in una nuova chiave di lettura.

Al di là del modello capitalistico che ha ormai segnato il passo, al di là del modello socialista il cui declino è ormai un dato acquisito, il modello partecipativo fondato sulla nozione di bene comune appare come quello che potrà coniugare centralità della persona (anche con riferimento alle generazioni future) e rispetto di sani principi gestionali (delle risorse in generale, da quelle economiche a quelle naturali). La partecipazione è lo strumento ma anche il prezzo che si è chiamati a pagare per superare i limiti del modello di rappresentanza politica classica che, come l'istituto proprietario, non è più adeguato a governare le società attuali.

DANIELA MONE

#### Abstract

I servizi pubblici essenziali al godimento di beni comuni sono servizi di interesse economico generale che necessitano di una disciplina normativa caratterizzata da due elementi: deve essere dettata dal Legislatore statale; questi è tenuto, sulla base del principio dei beni comuni, desumibile in particolare dal valore personalista, ad escludere dalla gestione di tali servizi, soggetti pubblici o privati finalizzati al lucro. Viceversa, la gestione va assicurata, a soggetti pubblici o privati privi di scopo di lucro.

Public services essential to the enjoyment of common goods are services of general economic interest, that need a legal framework characterized by two elements: it must be dictated by the State Legislature; he must exclude from the management of such public services public or private subjects that pursue the profit, on the basis of the constitutional principle of common goods. Conversely, the management must be ensured, to public and private free-for-profit.

## Oltre la funzione sociale della proprietà nell'esercizio dei servizi pubblici. Verso la categoria giuridica dei beni comuni

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il caso esaminato dalla Corte di Cassazione. - 3. Decisione e motivazioni della Corte: l'influenza dei lavori della commissione Rodotà. - 4. Funzione sociale della proprietà e servizi pubblici.

1. Lo studio parte dall'analisi della sentenza n. 3665 della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 24 novembre 2010, depositata il 14 febbraio 2011, in cui si evidenzia in modo chiaro come la funzione dei beni sia legata al perseguimento degli interessi della collettività, indipendentemente dalla titolarità del bene.

La sentenza introduce per la prima volta in una sede giurisdizionale così autorevole l'espressione "beni comuni", ed al di là dei termini usati, sembra respirare e recepire le linee suggerite dalla Commissione Rodotà<sup>1</sup> che aveva svolto un innovativo e articolato lavoro di riforma del regime civilistico dei beni (vedi infra)<sup>2</sup>.

Dall'applicazione diretta (*drittwirkung*) degli artt. 2, 9 e 42 della Costituzione si ricava il principio della tutela della personalità umana e del suo corretto sviluppo nell'ambito dello Stato sociale, e que-

<sup>1</sup> Si veda in proposito, A. LUCARELLI, *Proprietà pubblica, principi costituzionali e tutela dei diritti fondamentali. Il progetto di riforma del codice civile. Un'occasione perduta?*, in S. RODOTÀ, U. MATTEI e E. REVIGLIO (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.

<sup>2</sup> L'espressione "beni comuni" era entrata nel linguaggio della Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 12 gennaio 2011 che ha aperto la strada ai 2 referendum per l'acqua pubblica. Ma in precedenza la Corte costituzionale aveva già parlato di "bene comune" inteso come utilità sociale (addirittura nella sentenza n. 29 del 1957), oppure come tutela di interessi generali di una comunità democraticamente orientata (nella sentenza n. 269 del 1986). Infine, non andrebbe dimenticata la proposta di legge di iniziativa popolare che raccolse nel ben 604.000 firme in tema di acqua e beni comuni, arrivata in Parlamento e mai messa in discussione all'ordine del giorno.

sto vale anche nell'ambito del "paesaggio". Lo specifico riferimento non è solo ai beni che costituiscono, per classificazione legislativa o codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato, ma anche a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura o finalizzazione, risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento degli interessi della collettività e che per tale loro destinazione siano necessari per la realizzazione dei diritti fondamentali e quindi dello Stato sociale. Tali beni, secondo la Corte, devono ritenersi "comuni", prescindendo dal titolo di proprietà, risultando così recessivo l'aspetto demaniale a fronte di quello della funzionalità del bene verso interessi della comunità.

Partendo da questo assunto, alcuni servizi pubblici locali, quelli vincolati all'utilizzo (e in certi casi allo sfruttamento) di "beni considerati comuni", per erogare i quali è necessario incidere su beni di appartenenza chiaramente collettiva, non possono essere considerati orientati al mercato, magari in virtù della sola regola della concorrenza, perché quei servizi devono garantire diritti fondamentali, ed in un certo senso diritti transgenerazionali (pensiamo a beni esauribili, ma necessari anche per le future generazioni).

Orientare i servizi pubblici alla più ampia concorrenza può essere certamente virtuoso se il settore lo consente e se l'erogazione di quei servizi non incide su beni pubblici esauribili, e ciò accade perché si presenta al cittadino l'offerta di diversi *competitors*, quindi il cittadino stesso trae beneficio da una più vasta scelta, in termini di qualità e di prezzo. La competizione, inoltre, potrebbe generare effetto migliorativo sul servizio stesso, ma solo se si riesce a garantire pieno accesso a tutti gli aventi diritto.

Nell'ambito dei servizi pubblici essenziali, quindi, il cosiddetto 'principio di concorrenza' non può assumere il valore di 'principio regolatore' assoluto, ma va considerato come una mera "regola" limitata dal vero principio regolatore: il raggiungimento di obiettivi corrispondenti all'interesse generale, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, l'elevato livello di occupazione, la tutela dell'ambiente e della salute, la coesione sociale, l'uguaglianza sostanziale.

2. La Corte di Cassazione si è pronunciata a Sezioni Unite in tema di beni pubblici ed in particolare sulla prevalenza della fun-

zione del bene rispetto alla titolarità dello stesso, che passa in secondo piano se quel bene è necessario alla realizzazione degli interessi collettivi<sup>3</sup>.

Nella fattispecie, per comprendere a pieno le conclusioni a cui è giunta la Corte, occorre ricostruire l'articolazione del processo.

L'Azienda Marina Averno (A.M.A.) s.r.l., in primo grado, conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Venezia il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, l'Agenzia del Demanio e la Regione Veneto, per l'accertamento del diritto di proprietà sulla Valle Averno, una delle numerose valli da pesca a sud della laguna di Venezia.

L'Avvocatura dello Stato, in rappresentanza delle Amministrazioni convenute, nel chiedere il rigetto delle domande avverse, formulava domanda riconvenzionale per l'affermazione della demanialità delle valli da pesca lagunari.

Il Tribunale di Venezia dichiarava la carenza della legittimazione passiva del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, e nel respingere la domanda di parte attrice, condannava con sentenza n. 543, pubblicata il 3 marzo 2003, la società A.M.A. s.r.l. all'immediato rilascio delle aree definite demaniali e al pagamento, in favore delle Pubbliche Amministrazioni, di una somma a titolo di illecita occupazione del sito.

La società proponeva, quindi, appello contro la suddetta sentenza, e le Amministrazioni convenute proponevano appello incidentale.

La Corte di Appello di Venezia, con sentenza n. 818 del 3 aprile 2008, pubblicata l'8 maggio 2008, confermava la pronuncia impugnata, rigettando nel merito entrambi gli atti di appello. Per la A.M.A. s.r.l. respingeva anche l'istanza di compensazione del credito delle Amministrazioni per la pregressa occupazione del bene con quello allegato dalla società a titolo di indennizzo. Per il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti dichiarava inammissibile l'appello incidentale, posto che la declaratoria del primo giudice, che ne aveva escluso la legittimazione, non risultava oggetto di gravame ed era pertanto passata in giudicato.

<sup>3</sup> Un interessante commento a questa sentenza è contenuto nell'articolo di S. LIETO, "Beni comuni", *diritti fondamentali e Stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica*, in *Politica del diritto*, XLII, 2, giugno 2011.

La A.M.A. s.r.l. impugnava questa sentenza della Corte d'Appello di Venezia, davanti alla Corte di Cassazione proponendo i seguenti motivi:

1- Innanzitutto, si richiedeva la cassazione della sentenza gravata per un vizio di forma, per la sopraggiunta carenza di interesse del Ministero e quindi per irregolarità del contraddittorio. Mancando in giudizio le altre componenti della Repubblica che in virtù della riformulazione dell'art. 114 della Costituzione sono concorrenti con lo Stato, si sostiene che la sentenza ed il procedimento tutto siano da dichiarare nulli per difetto di processualità.

2- Si faceva notare che dopo l'entrata in vigore del Codice Civile e del Codice della Navigazione, entrambi del 1942, nessun atto statale era mai intervenuto per dichiarare formalmente la demanialità della Valle Averte, e quindi nulla attribuiva la titolarità del bene in capo allo Stato. La società chiedeva pertanto alla Corte se, in virtù del quadro costituzionale italiano ed europeo della proprietà, fosse possibile sottrarre la proprietà del bene al precedente proprietario ed attribuirla allo Stato senza alcun intervento provvidenziale e senza indennità.

3- Anche col terzo quesito si procedeva in una direzione simile, cominciando col contestare che la Valle in oggetto abbia i requisiti di demanialità necessaria, e poi soprattutto sostenendo che, se anche li avesse, li perderebbe nel persistere per oltre mezzo secolo del disinteresse dello Stato, manifestato (secondo la società) attraverso la mancata declaratoria formale di demanialità, la mancata tutela del bene stesso, ed infine i molteplici atti autorizzativi di interventi privati assolutamente incompatibili con la demanialità.

4- Il quarto quesito interrogava la Corte sulla applicabilità del principio di valutabilità del contegno processuale anche contro lo Stato e sulla rilevanza processuale dell'atto di amministrazione della funzione posto in essere da un organo appartenente allo stesso dicastero titolare della funzione di cui è causa.

5- Infine, si concludeva non con un quesito ma con la censura della motivazione della sentenza di appello impugnata sul giudizio di demanialità del bene, in quanto ritenuta "insufficiente e contraddittoria su vari punti decisivi della controversia".

3. La Corte di Cassazione respinge tutte le doglianze presentate ed argomenta in modo molto articolato. Innanzitutto, concentra l'attenzione sulla *ratio decidendi* della impugnata decisione della

Corte d'Appello di Venezia, la quale evidenziava subito che già all'epoca del regolamento approvato dal competente organo dell'Impero (con dispaccio dell'8 ottobre 1841) la laguna intera veniva considerata demanio pubblico, nel senso attuale di bene appartenente al "demanio marittimo necessario". Poi l'art. 28 del codice della navigazione del 1942 individuerà il demanio marittimo necessario come insieme di beni di origine naturale la cui proprietà "non può non essere pubblica", e quindi distinti da quelli per i quali la demanialità è condizionata dalla loro appartenenza allo Stato.

Si tratta chiaramente di una sentenza che considera superata la dicotomia esclusiva beni pubblici/beni privati e soprattutto considererà insufficiente il tema della titolarità del bene. Pone invece la centralità dell'attenzione sulla funzione del bene, ed in particolare sulla capacità di alcuni beni di garantire l'effettività dei diritti fondamentali, attraverso la fruizione degli stessi da parte della collettività. Pertanto, si tratta di una "appartenenza collettiva" che distinguerebbe questi beni da quelli meramente appartenenti ad uno Stato, e quindi al demanio. Non essendo le tradizionali categorie giuridiche del codice civile del 1942 (e tanto meno del coevo codice della navigazione) in grado di comprendere tutta la complessità del settore, si intravede per la prima volta in una sentenza della Corte la propensione ad ammettere l'esistenza di una nuova categoria di beni che potremmo definire appunto "beni comuni". Del resto, come detto in premessa, questo argomento era stato oggetto dell'approfondito e lungimirante studio della commissione presieduta dal prof. Stefano Rodotà, incaricata dal governo Prodi di analizzare e rinnovare la disciplina del codice civile relativa ai beni. Disciplina che non era stata mai modificata dal 1942 ad oggi, nonostante l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e le trasformazioni sociali ed economiche intervenute<sup>4</sup>. Quindi, con decreto del Ministero di Giustizia del 14 giugno 2007, fu nominata questa autorevole commissione col mandato di redigere uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del codice civile relative, in particolare, ai beni pubblici. Nel progetto normativo la commissione intendeva valorizzare il principio secondo cui la destinazione pubblica dei beni potesse essere assicurata a pre-

<sup>4</sup> In quell'anno (2007) usciva il saggio di A. LUCARELLI, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, Roma, 2007, p. 13 e ss.

scindere dall'appartenenza esplicita ad un ente pubblico, attraverso la previsione di un vincolo oggettivo gravante sui medesimi beni.

Anche se gli interessanti esiti di quella commissione sono rimasti per tanto tempo nei polverosi cassetti istituzionali, pare adesso che quelle intuizioni non siano state inutili, perché il cuore della sentenza sembra apertamente riprendere il senso di quei lavori e dividerne la rotta. Anche perché ritorna la nozione di "bene pubblico in senso oggettivo", inteso come bene che, nonostante la sua appartenenza non necessariamente pubblica, continua a non essere sottraibile alla sua destinazione istituzionale e sottoposto a regolazione da parte dei poteri pubblici, oltre che tutelabile mediante appositi poteri amministrativi. E proprio questa commissione ha introdotto e sistematizzato la categoria dei "beni comuni", ritagliata secondo le caratteristiche classiche della "non rivalità e non esauribilità"<sup>5</sup>. Si tratta di beni che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali, e la legge deve garantirne in ogni caso la fruizione collettiva, diretta e da parte di tutti, anche in favore delle generazioni future. Infatti, nello schema di ddl si prevedeva che, ove la proprietà di questi beni fosse pubblica, gli stessi siano collocati fuori commercio, salvi i casi in cui la legge consenta la possibilità di darli in concessione, ma per una durata limitata. Naturalmente (ma forse non era scontato), si evidenziava l'esigenza del coordinamento con la disciplina degli usi civici.

La Commissione stabiliva poi che chiunque potesse avere accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia ed alla fruizione dei beni comuni, e non solo chi vi abbia interesse<sup>6</sup>. Inoltre, si prevede una legittimazione dello Stato all'azione risarcitoria per danni arrecati ai medesimi beni.

Dal punto di vista dei fondamenti, la riforma elaborata dalla Commissione si proponeva di operare una inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato. Invece del percorso classico che va "dai regimi ai beni", si procedeva all'inverso, ov-

<sup>5</sup> G. DALISE, *Beni comuni versus beni pubblici*, in A. LUCARELLI (a cura di), *Beni comuni. Proprietà gestione, diritti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2, 2007.

<sup>6</sup> Con questa locuzione si andrebbe ad includere il c.d. "valore di non uso dei non fruitori".

vero "dai beni ai regimi". L'ontologia dei beni individua i beni come "oggetti materiali o immateriali, che esprimono fasci di utilità"<sup>7</sup>.

Caduto il Governo Prodi, il progetto della Commissione Rodotà, prima di questa recente sentenza della Corte di Cassazione, era stato ripreso dal Consiglio regionale del Piemonte che aveva approvato una proposta di legge delega che recepiva integralmente la bozza Rodotà, ed ora il testo della Regione Piemonte ha iniziato il suo iter parlamentare venendo assegnato alla Commissione Giustizia in sede referente. Ancora, il 16 marzo 2010 è stata depositata la proposta di legge n. 2031<sup>8</sup>, che incorpora il medesimo testo della Commissione Rodotà. A proposito di questo testo, si osserva che il lavoro svolto in quella sede «è andato ben oltre la modifica del regime civilistico dei beni pubblici e propone una categoria nuova e diversa rispetto a quella dei beni pubblici, la categoria dei beni comuni, la cui titolarità va ricondotta in capo alla collettività e la cui disciplina dovrebbe fondarsi su alcuni principi fondamentali che rimandano sostanzialmente all'idea di una loro indisponibilità di fondo, proprio in quanto costituenti il bagaglio fondamentale e inamovibile per il soddisfacimento dei bisogni primari di qualsiasi persona»<sup>9</sup>.

La sentenza della Corte di Cassazione muove dalla classica tripartizione categoriale di fonte civilistica, dei beni pubblici in:

- 1) demaniali (art. 822 c.c. con criterio di tassatività) appartenenti agli enti territoriali (art. 824 c.c.);
- 2) patrimoniali indisponibili (art. 826 c.c., commi 1 e 2, con un criterio di residualità rispetto alla prima categoria) con ulteriore suddivisione in patrimonio necessario (per natura, ad esempio miniere, acque termali minerali, ecc.) e in patrimonio accidentale (per destinazione, ad esempio edifici comunali ove si svolgono funzioni pubbliche, ecc.);

<sup>7</sup> Cfr. *Schema di legge delega per la modifica delle norme del Codice civile in materia di beni pubblici*, della Commissione Rodotà.

<sup>8</sup> Primi firmatari Felice Casson e Anna Finocchiaro.

<sup>9</sup> Vedi A. LUCARELLI in *Du public au commun*, in *il Tetto*, 281, gennaio-febbraio 2011, p. 48. Confronta anche *Id.*, *Note minime per una teoria giuridica sui beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007; per un commento sui lavori della Commissione Rodotà, si v. anche P. PERLINGIERI, *Normazione per principi: riflessioni intorno alla proposta della Commissione sui beni pubblici*, in *Rassegna diritto civile*, 4, 2009.

- 3) patrimoniali disponibili (art. 828 c.c., comma 1: con regime ordinario civilistico).
- Il regime giuridico dei beni (cfr. art. 823 c.c.) oltre a ricordare l'appartenenza dei beni demaniali agli enti territoriali (art. 824 c.c.) distingue tra:
- il demanio necessario (art. 822 c.c., primo comma, ad esempio marittimo, idrico e militare) e;
  - il demanio accidentale o eventuale (art. 822 c.c., primo comma, ad esempio strade, autostrade, immobili di interesse storico-artistico, ecc.).

Per quanto riguarda il demanio marittimo assumono rilievo gli artt. 28-35 del codice della navigazione, e, per quanto riguarda la laguna, l'art. 28, primo comma, lett. "d" del citato codice della navigazione, ivi espressamente prevista.

Ora, la diretta applicabilità del principio di rango costituzionale della tutela umana della personalità<sup>10</sup> e del suo svolgimento nello Stato sociale (considerando in modo dinamico anche il paesaggio<sup>11</sup>) comporta una rilettura di tutti quei beni che possono considerarsi «funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività»<sup>12</sup>.

In altri termini, si deve esaminare la disciplina dei beni pubblici secondo una prospettiva (e quindi rilettura anche del dato codicistico, ivi comprese le classificazioni sopra indicate) riguardante l'aspetto personale e collettivistico piuttosto che patrimoniale e proprietario.

I beni non andrebbero classificati attraverso il criterio della loro titolarità, bensì con quello della funzione e degli interessi collegati ai medesimi beni laddove questi, appunto, finalisticamente e fun-

<sup>10</sup> In relazione ai principi costituzionali, in particolare sulla effettività del principio di eguaglianza sostanziale attraverso la tutela dei diritti sociali, si veda Commento all'art. 3, comma 2 della Costituzione, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006; o ancora A. LUCARELLI, *L'effettività del principio di eguaglianza e diritti sociali nei processi evolutivi della forma di Stato*, in *Il Filangieri*, 1, 2004, p.103.

<sup>11</sup> Sulla concezione di "paesaggio" in una prospettiva di tutela di beni ambientali, cfr. Commento all'art. 9, comma 2, in *Commentario alla Costituzione*, cit.

<sup>12</sup> Cfr. Cassazione n. 3665 del 14 febbraio 2011 in *Giur. it.*, 2011, p. 509 ss.

zionalmente servano alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini.

La Corte segnala diversi aspetti di questa tendenza, annoverando, tra molti esempi, anche la trasformazione degli enti e delle società così come avvenuta nell'ambito degli enti locali<sup>13</sup>.

Viene quindi affermato in sentenza che «l'aspetto dominicale della tipologia del bene cede il passo alla realizzazione degli interessi fondamentali per il compiuto svolgimento della umana personalità».

Nel caso in esame, poiché le valli da pesca sono costituite da bacini di acqua salsa o salmastra comunicanti (anche se non per tutto l'anno, nonostante l'esistenza di chiuse e/o analoghi meccanismi idraulici approntati dai privati) con il mare, esse presentano le medesime utilizzazioni del mare (cioè, in sostanza il bacino è uguale al mare), in ciò rilevando la idoneità attuale del bene, secondo una oggettiva conformazione fisica ai servizi pubblici del mare. Questa equiparazione dei servizi di pesca che insistono su beni circoscritti o semicircoscritti come queste valli in laguna, coi servizi pubblici legati al mare, non rileva solo ai fini geomorfologici, ma consente di legare il servizio al bene ed il bene alla funzione, direi alla sua «vocazione». Detto in altre parole, se un servizio pubblico (anche quando erogato da privati) per essere espletato ha bisogno di insistere su beni esauribili e di interesse generale, e quei beni diventano propedeutici alla tutela di diritti fondamentali, pertanto la loro natura li svincola dalla dicotomia proprietà pubblica vs proprietà privata, e in definitiva li eleva al di là ed al di sopra degli aspetti dominicali.

E così le valli da pesca (con l'eccezione delle zone emerse dall'acqua) vengono ad essere attratte, nel loro duplice aspetto finalistico e funzionale, ai beni pubblici realizzanti valori costituzionali. Ragione per cui gli atti di disposizione dei privati nel frattempo intercorsi vanno considerati per la Corte di Cassazione nulli e gli eventuali comportamenti concludenti della pubblica amministrazione vanno considerati illeciti (in quanto assunti *contra legem*).

Da un punto di vista metodologico e interpretativo, sembra che così argomentando:

<sup>13</sup> Cfr. il Testo Unico degli Enti Locali, di cui al d.lg. 18 agosto 2000, n. 267.

- 1) venga a conferinarsi, se ce ne fosse bisogno, una lettura costituzionalmente orientata, della normativa, secondo un doppio criterio: finalistico e funzionalistico;
- 2) venga inoltre ad essere enfatizzata la prevalenza della tutela umana della personalità (interpretata in uno Stato sociale) rispetto ad altri valori (come la proprietà) in una prospettiva che è, come affermato dalla Corte, personale-collettivistica, non più patrimoniale-proprietaria;
- 3) possa realizzarsi l'identificazione e la qualificazione dei beni pubblici nell'alveo di quelli collegati agli interessi di tutti i cittadini grazie ad un ancoraggio, al contempo, "storico" e "naturale". Ossia che il bene possa ricondursi ad una valutazione di interesse pubblico (quale l'acqua all'epoca dell'impero austriaco e prima ancora ovviamente) e che il medesimo bene necessariamente (fisicamente) sia considerato di interesse pubblico anche grazie alla sua "conformazione" naturalistica (per esempio, per le valli da pesca, il bacino di acqua salmastra "collegato" quantomeno sotto il profilo dell'idoneità, al mare)<sup>14</sup>.

Si ravvisano, in questa originale visione, nuovi elementi di emergenza di un bene pubblico demaniale, tanto che tutti gli atti privati e perfino pubblici (ivi comprese eventuali ricognizioni provvedimentali e altro) vengano meno, a favore dei fondamentali interessi al compiuto sviluppo della personalità umana.

Si è notato<sup>15</sup> che destrutturando le classificazioni normative e reinterpretandole alla luce di questo approccio, altri beni "naturalistici" potrebbero assurgere ad una siffatta (potenziata) tutela costituzionalmente protetta, ma potrebbero altresì intravedersi (se non aprirsi) finalmente quelle "brecce" che la processualistica talvolta ha cercato di aprire (nella giurisdizione, nella legittimazione) per la tutela di siffatte posizioni (e dei beni sottesi). Per fare un esempio concreto, si rammenta la vicenda (originata nel 2007), relativa alla realizzazione, da parte del Commissariato straordinario di Governo per l'emergenza rifiuti, di una discarica di rifiuti urbani in Campa-

<sup>14</sup> Si veda A. PIEROBON, *Beni pubblici da rileggere in senso costituzionale: alcuni spunti di riflessione dalla lettura della sentenza della Corte di Cassazione, sezioni unite civili, 24 novembre 2010 n. 3665*, in *Gazzetta degli Enti locali on line*.

<sup>15</sup> Si veda A. PIEROBON, *Beni pubblici da rileggere in senso costituzionale*, cit.

nia, più esattamente nel territorio del Comune di Serre (Salerno). Il Comune allora ricorse contro l'ordinanza commissariale, dinanzi al Tribunale di Salerno, ritenendo di avere una posizione di ente esponenziale della comunità territoriale, ovvero di difendere un diritto soggettivo assoluto (garantito, quindi, dalla Costituzione), incompressibile, in quanto riguardante il diritto alla salute e alla salubrità dell'ambiente, cosicché il Comune motivava (e giustificava) nel caso di specie, la giurisdizione del giudice ordinario. Il giudice accoglieva il ricorso ordinando «al commissario straordinario di Governo per l'emergenza rifiuti in Campania di astenersi dall'installare e dal porre in esercizio l'impianto di discarica dei rifiuti nel Comune di Serre, in località Valle della Masseria»<sup>16</sup>. Al contempo venivano riconosciuti i «vincoli paesaggistici, naturalistici ed idrogeologici» del sito, costituendo «un unicum che sottende un'identità storica, culturale ed economica di eccezionale valore»<sup>17</sup>.

Seguirono altri contenziosi, ma in questa sede ci si limita a segnalare la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, in data 28 dicembre 2007, n. 27187 la quale enunciava d'ufficio «nell'interesse della legge» (ex art. 363, terzo comma, c.p.c.)<sup>18</sup> il duplice principio di diritto secondo il quale:

<sup>16</sup> Con ordinanza del 13 maggio 2009, il Tribunale di Salerno aveva sollevato, in relazione agli artt. 2, 3, 9, 24, 32, 100, 101, 102, 103, 104, 111, 113, 114, 117 e 118 della Costituzione, questioni di legittimità degli artt. 4, comma 2, e 9 del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123.

<sup>17</sup> Un «unicum» comprendente (per contiguità territoriale) l'Oasi protetta dal WWF, circostanza peraltro avvalorata dal decreto del Ministro dei Beni Culturali del 1993 attestante la «area di notevole interesse pubblico» ed inoltre la dichiarazione del Ministro dell'Ambiente del 2003 del sito di Valle della Masseria come «zona umida di importanza internazionale».

<sup>18</sup> Il vigente art. 363 del c.p.c. è titolato «Principio di diritto nell'interesse della legge» e stabilisce che «1. Quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato, ovvero quando il provvedimento non è ricorribile in cassazione e non è altrimenti impugnabile, il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi. 2. La richiesta del procuratore generale, contenente una sintetica esposizione del fatto e delle ragioni di diritto poste a fondamento dell'istanza, è rivolta al primo presidente, il quale può disporre che la Corte si

1) nella specie, l'eventuale controversia di merito, «tendendo ad inibire la collocazione su un'area sita nel Comune di Serre dell'opera pubblica particolare costituita dalla discarica», atteneva «all'uso o gestione del territorio regionale» ed era, pertanto, «da qualificare "urbanistica" o edilizia», come tale regolata, sul piano della tutela giurisdizionale, dal (...) d.lg. n. 80 del 1998, art. 34, comma 1, come successivamente modificato, attributivo al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva;

2) «Anche in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, quali il diritto alla salute (ex art. 32 Cost.), allorché la loro lesione sia dedotta come effetto di un comportamento materiale, espressione di poteri autoritativi e conseguente ad atti della Pubblica Amministrazione, di cui sia denunciata l'illegittimità, in materie riservate alla giurisdizione esclusiva dei giudici amministrativi, come ad esempio in quella di gestione del territorio, compete a detti giudici la cognizione esclusiva delle relative controversie e circa la sussistenza in concreto dei diritti vantati e il contemporaneo o la limitazione dei suddetti diritti in rapporto all'interesse generale pubblico all'ambiente salubre e l'emissione di ogni provvedimento cautelare, per assicurare provvisoriamente gli effetti della futura decisione finale sulle richieste inibitorie, demolitorie ed eventualmente risarcitorie dei soggetti che deducono di essere danneggiati da detti comportamenti o provvedimenti».

Nel frattempo, prima della emanazione della predetta sentenza, veniva approvato l'art. 4, comma 2, del decreto legge n. 90 del 2008<sup>19</sup>, in applicazione del quale il T.A.R. del Lazio e poi il Con-

pronunci a sezioni unite se ritiene che la questione è di particolare importanza. 3. Il principio di diritto può essere pronunciato dalla Corte anche d'ufficio, quando il ricorso proposto dalle parti è dichiarato inammissibile, se la Corte ritiene che la questione decisa è di particolare importanza. 4. La pronuncia della Corte non ha effetto sul provvedimento del giudice di merito».

<sup>19</sup> Recante «Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile». L'art. 4 «Tutela giurisdizionale» così recita «1. Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 3 del decreto-legge 30 novembre 2005 n. 245, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 gennaio 2006, n. 21, con le risorse umane e strumentali previste a legislazione vigente, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'ammi-

siglio di Stato non riconfermavano il provvedimento adottato dal Tribunale di Salerno.

Quindi, il Comune di Serre ricorreva alla Corte costituzionale per incostituzionalità, sotto molteplici profili, del d. l. n. 90/2008<sup>20</sup>, in quanto violava, tra gli altri:

- l'art. 32 Cost., per il pericolo creato (come incidenza negativa) sul diritto alla salute dei cittadini;

- gli artt. 2 e 117, primo comma, Cost., perché, in quanto lesivo del diritto alla salute, si pone in contrasto con un diritto inviolabile della persona costituzionalmente garantito e, di conseguenza, con il principio per cui la potestà legislativa dello Stato deve espletarsi nel rispetto della Costituzione;

- l'art. 9 Cost., perché il decreto riguarda una località «di eccezionale valore naturalistico», riconosciuta a livello comunitario ed internazionale e, pertanto, contrasta con il principio della tutela del paesaggio;

- gli artt. 9, 114 e 118 Cost., perché «viene ad incidere su un unicum che sottende un'identità storica, culturale ed economica di eccezionale valore, costituzionalmente protetta»;

- l'art. 3 Cost., secondo comma, perché, in contrasto con i prin-

cipio di nazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati. La giurisdizione di cui sopra si intende estesa anche alle controversie relative a diritti costituzionalmente tutelati. 2. Le misure cautelari, adottate da una autorità giudiziaria diversa da quella di cui al comma 1, cessano di avere effetto ove non riconfermate entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto dall'autorità giudiziaria competente ai sensi del presente articolo».

<sup>20</sup> In particolare dell'art. 9 «Discariche», comma 1, ove «Allo scopo di contenere lo smaltimento in piena sicurezza dei rifiuti urbani prodotti nella regione Campania, nelle more dell'avvio a regime della funzionalità dell'intero sistema impiantistico previsto dal presente decreto, nonché per assicurare lo smaltimento dei rifiuti giacenti presso gli impianti di selezione e trattamento dei rifiuti urbani e presso i siti di stoccaggio provvisorio, è autorizzata la realizzazione, nel pieno rispetto della normativa comunitaria tecnica di settore, dei siti da destinare a discarica presso i seguenti comuni: Sant'Arcangelo Trimonte (BN) - località Nocechie; Savignano Irpino (AV) - località Postarza; Serre (SA) - località Macchia Soprana; nonché presso i seguenti comuni: Andretta (AV) - località Cava Vitello; Napoli località Chiaiano (Cava del Poligono - Cupa del cane); Caserta - località Torrione (Cava Mastroianni); Santa Maria La Fossa (CE) - località Ferrandelle; Serre (SA) - località Valle della Mas-



cipi della ragionevolezza e dell'uguaglianza sostanziale dei cittadini, prevede la realizzazione di una seconda discarica nella medesima località in cui è già operante una discarica dei rifiuti solidi urbani di tutta la Regione.

Intervenute, quindi, la sentenza della Corte costituzionale, n. 241 del 7 luglio 2010 che, dopo aver ripercorso il sofferto iter giudiziale (nei suoi vari livelli) concludeva dichiarando, con un ragionamento perlopiù processuale, «la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 2, e dell'art. 9, comma 1, del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 90 (Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania e ulteriori disposizioni di protezione civile), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 luglio 2008, n. 123, sollevate – in riferimento agli artt. 2, 3, 9, 24, 32, 100, 101, 102, 103, 104, 111, 113, 114, 117 e 118 della Costituzione – dal Tribunale di Salerno con l'ordinanza in epigrafe».

Ricapitolando, ci si chiede in dottrina<sup>21</sup>: come è possibile riconoscere (e trovare dignità e tutela) questi diritti cosiddetti "sociali", che poi, per quanto osservato, riflettono i beni ad essi funzionalizzati e/o finalizzati, se poi, sul piano processuale, non si riesce effettivamente, nel senso di incidenza nei rapporti giuridici in atto, nella disciplina positiva) ad ottenere giustizia sostanziale e ad entrare nel concreto delle questioni?

Per la vicenda delle valli da pesca in laguna sembra essere andata diversamente, infatti, con spunti assai interessanti sotto il profilo dei criteri e del metodo (che hanno rotto argini e anche schemi mentali di molti giuristi italiani<sup>22</sup>), la Corte di Cassazione ha avuto il coraggio, come si è già visto, di argomentare in modo innovativo su come si può andare alla sostanza dei diritti sociali.

Ma il nostro legislatore (governativo...<sup>23</sup>) nel c.d. "decreto milleproroghe" approvato definitivamente dal Senato il 27 febbraio 2011, ha (tra molti altri temi) inserito l'articolo 2, comma 1-ter, sintomaticamente intitolato «Ricognizioni dei terreni nella laguna di

<sup>21</sup> Cfr., ancora A. PIEROBON, *op. cit.*

<sup>22</sup> Vedi sempre A. PIEROBON, *op. cit.*

<sup>23</sup> Secondo il costituzionalista Michele Ainiis, *Rasoio contro i decreti milleproroghe*, in *Il Sole 24 Ore* in data 26/02/2011, oramai «il Parlamento ha smesso di legiferare, sicché leggerà il Governo per decreto», tanto che si è ricorsi ad un maxiemendamento così che «il governo sequestra il Parlamento».

Venezia», stabilendo che, fino al completo trasferimento alle Regioni e alle Province dei beni del demanio marittimo e idrico, previsto dall'art. 1, comma 3, del d.l.g. n. 85 del 2010, recante attribuzione a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'articolo 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42, si provveda, per i terreni agricoli e le valli da pesca della laguna di Venezia, alla ricognizione dei compendi già di proprietà privata (e dunque non appartenenti al demanio!) in quanto costituiti da valli arginate, alla data di entrata in vigore dell'art. 28 del codice della navigazione, approvato con r.d. 30 marzo 1942, n. 327. In pratica si intende garantire la certezza della proprietà privata almeno dalla data di entrata in vigore del codice della navigazione sui compendi costituiti da valli arginate nei terreni agricoli e nelle valli da pesca della laguna di Venezia. Sarebbe un compromesso, un bilanciamento tra chi aveva fatto affidamento su un istituto "terribile" come la proprietà privata<sup>24</sup> e le esigenze pubblicistiche precedentemente accennate. «Bisognerebbe fare una valutazione casistica delle proprietà e loro titolarità (come nominativi) e della loro consistenza per meglio esprimersi al di là degli espedienti formali che conducono, nella superficie, al confezionamento di concetti (certezza della proprietà, conservazione dei rapporti giuridici sorti all'epoca, addirittura in epoca preunitaria, eccetera) sui quali tutti, in prima battuta, possiamo essere d'accordo. Bisogna vedere, appunto, quale è il "vero" voluto della norma»<sup>25</sup>.

Va altresì notato che un altro (forte, costoso, dissuasivo) elemento di riflessione non può prescindere dalla constatazione che un qualsiasi cittadino per ottenere "giustizia" o, per vedersi chiarito l'ambito giurisdizionale (cioè capire se può, per esempio, chiedere "giustizia" all'autorità giudiziaria ordinaria, bensì al solo T.A.R. del Lazio, non quello campano, oppure alla giustizia ordinaria) occorre che egli disponga (non solo di tanta pazienza, ma anche di) tante risorse economiche per potersi permettere di avviare e di coltivarle (a tutti i livelli) i ricorsi necessari.

Tanto più che, come sembra avvenuto nella vicenda giudiziaria della discarica di Serre, potrebbero erigersi "argini", onde fermare

<sup>24</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, il Mulino, 1990.

<sup>25</sup> A. PIEROBON, *op. cit.*

in qualche modo i diritti *de quibus*. In effetti, il decreto legge n. 90 del 2008 è intervenuto successivamente alle ordinanze del Tribunale di Salerno: si trattava di un decreto, come sappiamo, provocato dalle note esigenze emergenziali e di difficoltà sociale nella realizzazione del piano commissariale, ma con il quale, in buona sostanza, si sono volute ribadire (in sede legislativa) le scelte già effettuate dall'organo commissariale circa la localizzazione della discarica di Serre e, altresì (per quanto accennato), rendere più difficile la domanda di giustizia, peraltro investendo del giudizio ordinari giudiziari non appartenenti più al territorio di riferimento, bensì alla capitale. Affermando quasi implicitamente che la "vicinanza" (se non appartenenza) territoriale del giudice avrebbe potuto comportare una sua "simpatia", o addirittura una condivisione e una difesa della questione ambientale e sociale di quel territorio.

Occorre ricordare che si tratta di diritti che non riguardano solamente beni pubblici "corporei" nel senso precedentemente indicato, ma pure di beni immateriali, concernenti aspetti valoriali oggi molto importanti, tra i quali la sicurezza, l'immigrazione, la libertà di manifestazione del pensiero, la libertà di accedere alle informazioni e alla istruzione pubblica, e così via.

Finché si rimane sul piano astratto, per esempio auspicando l'equiparazione teorica tra giustizia e uguaglianza, senza arrivare ad aspetti di concretezza (e alla loro realizzazione), così riferendo, per esempio, l'uguaglianza alla libertà, anzi (più esattamente) l'uguaglianza «nella libertà, cioè come uguaglianza nella libera esplicazione della propria personalità»<sup>26</sup>, continuerà a mancare l'effettività degli stessi diritti, che così risulteranno di fatto svuotati.

In tal senso, la sentenza della Corte di Cassazione, SS.UU., sembra suscitare qualche speranza, ma occorre senz'altro, per quanto detto finora, garantire al cittadino comune forme di difesa in giudizio più chiare e agevoli, per trasportare questi diritti (e concetti) dal livello astratto a quello concreto della effettività<sup>27</sup>.

Il supremo giudice di legittimità del nostro Paese, a Sezione Unite, ha quindi voluto affermare che dall'applicazione diretta di alcuni principi fondativi della nostra Costituzione, art. 2 (solida-

rietà), art. 9 (ambiente) e art. 42 (proprietà), si ricava il principio dei diritti fondamentali nell'ambito dello Stato sociale, con specifico riferimento non soltanto ai beni di proprietà dello Stato (demanio, patrimonio), ma anche riguardo a quei beni che sono funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività. Si tratta di beni che per destinazione sono finalizzati alla realizzazione dello Stato sociale, proprio perché, prescindendo dalla nozione di proprietà individuale, sia pubblica che privata, devono ritenersi "comuni". Il titolo di proprietà «cede» rispetto alla funzionalità del bene e agli interessi della collettività. Nozione di beni comuni che è estremamente collegata, così come ben evidenziato dalla Corte di Cassazione, alla necessità per tali beni di una «governance pubblica», che non significa ritorno al passato, ovvero ad inefficienti e corrotti modelli statalisti, ma porre le basi per un virtuoso governo pubblico partecipato, nel quale i cittadini siano posti in condizione, in relazione ai beni comuni, di proporre, gestire, controllare<sup>28</sup>.

4. Oltre alla citata Corte di Cassazione, anche la Corte costituzionale si era pronunciata in tema di beni comuni, con la sentenza n. 24 del 2011, in occasione della decisione sull'ammissibilità del quesito referendario n. 1 sull'acqua («Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione»), avente ad oggetto l'art. 23-bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria» e l'art. 15 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia della Comunità europea», e con la sent. n. 26 del 2011, che ha dichiarato ammissibile il quesito referendario n. 3 («Determinazione della tariffa del servizio idrico integrato in base all'adeguata remunerazione del capitale investito. Abrogazione parziale di norma»), avente ad oggetto l'art. 154, comma 1, del d.l.g. n. 152 del 2006 (limitatamente alla seguente parte: «dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito»).

<sup>26</sup> Si veda N. BOBBIO, *Lezioni di filosofia del diritto ad uso degli studenti*, Giappichelli, Torino, 1946, pp. 113-114.

<sup>27</sup> Si veda S. LIETO, *op. cit.*

<sup>28</sup> Si veda A. LUCARELLI, *La Cassazione riconosce i beni comuni*, in *Il Manifesto*, 4 marzo 2011.

Dottrina autorevole<sup>29</sup> ha osservato che «(...) le motivazioni della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 12 gennaio 2011 con la quale è stato dichiarato ammissibile il referendum abrogativo sul decreto Ronchi (art. 23 *bis*, decreto legge n. 112 del 2008), restituendo ai cittadini la sovranità di decidere sui beni comuni, possono inserirsi, pur con le dovute cautele ed i necessari approfondimenti, in una visione più pluralista del diritto europeo, in grado di smarcarsi dal gioco dominante del liberismo economico-finanziario. In particolare, sembra interessante il punto nel quale la Corte, come già espresso con sentenza n. 325 del 2010, ha dichiarato che lo Stato membro non è obbligato dal diritto comunitario a privatizzare i servizi pubblici locali; si tratterebbe di scelte che attengono a decisioni normative interne. Il diritto europeo, proprio attraverso una sua interpretazione pluridimensionale, pluralista e a maglie larghe, consente processi di privatizzazione ma anche opzioni "pubblicistiche" per la gestione dei servizi pubblici locali». È il motivo dell'apertura a soluzioni pubblicistiche per alcuni servizi pubblici locali va proprio nella direzione della necessità di individuare una nuova categoria di beni comuni o comunque "sicuramente non privati" e "non privatizzabili" per la loro funzione sociale. È la rotta che si intravede tra le righe delle sentenze della Corte costituzionale ed è anche l'interpretazione più convincente del diritto comunitario, che (beffa oltre il danno), era stato sventolato dal decreto legge n. 135 del 25 settembre 2009 come spauracchio coercitivo e vincolante, che costringeva gli stati membri a privatizzare ed orientare al mercato i servizi pubblici locali. Non è un caso che un provvedimento così essenziale per la vita dei cittadini fosse inserito in un decreto rubricato «Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia della Comunità europea». Non era affatto vero che quel processo fosse imposto da sentenze comunitarie, e lo hanno dimostrato la Corte costituzionale prima e 27 milioni di cittadini italiani dopo (col voto referendario del 12 e 13 giugno 2011, attraverso il quale il 57% degli aventi diritto al voto ha sostanzialmente abrogato il progetto di privatizzazione del servizio idrico integrato).

<sup>29</sup> A. LUCARELLI, *Editoriale. Ancora sul diritto pubblico europeo dell'economia: la legislazione per principi e la legittimità comunitaria*, in *Rass. dir. pub.* eur., 1, 2011, p. 8.

Se è vero che l'onda lunga delle politiche di privatizzazioni viene da lontano, ed è estremamente trasversale alle due coalizioni principali in Italia (si pensi alle leggi Bassanini ed al progetto Tremonti), è anche vero che pure la teoria sui beni comuni ha radici più antiche di quanto si possa immaginare.

Era intenzione dei Padri Costituenti di formalizzare istituzionalmente la *proprietà pubblica*, che era fino ad allora sconosciuta, a causa di un terminologia basata sul codice civile del 1942 che identificava la proprietà nell'*esclusivo sinonimo* del dominio privato.

Come è noto la Costituzione disegna la *proprietà pubblica* in due articoli consecutivi, il 42 e 43 Cost., nel quadro dei rapporti economici costituzionali. L'art. 42 Cost. colloca, l'una accanto all'altra, proprietà pubblica e privata, con quest'ultima esplicitamente disciplinata nel secondo e terzo comma. L'art. 43 Cost., invece, è dedicato, unicamente, alla proprietà pubblica "*riservata*", e qualche Autore<sup>30</sup> già vede in queste disposizioni una puntuale determinazione dei "*beni comuni*" nella preminenza di servizi pubblici essenziali (*le utilità di interesse generale*). Obiettivo è determinare, innanzitutto, il grado di intensità della tutela delle "*due proprietà*" e qualificarlo sul piano terminologico: l'una, la *proprietà privata*, riconosciuta nei limiti della *funzione*, cioè della compatibilità sociale del suo esercizio (si pensi al *Principio di solidarietà*, contenuto nell'art. 2 Cost.); l'altra, la *proprietà pubblica* (che appunto fa la sua prima apparizione nell'art. 42 Cost.), intesa quale ammortizzatore del sistema economico, *sussidiario all'obiettivo del consenso sociale* (si pensi al cosiddetto "*Principio di sussidiarietà orizzontale*"). A sé stante, il modello della *proprietà comune* di cui l'art. 43 Cost. ("*sussidiarietà verticale*"), caratterizzata dalla "*riserva*" della *destinazione alla collettività*, prefissata (o *sussumibile ex post*). *Destinazione* che ne garantisca la *coessenzialità sociale*; imm modificabile, nella "*struttura proprietaria pubblica*" che non può essere stravolta, se non generando un corto circuito al sistema dei rapporti economico-costituzionali: *Sussidiarietà orizzontale e verticale*, entrambe proiezione dell'art. 3 Cost.

La tutela "*delle*" proprietà pubbliche (insistiamo sulla "*pluralità*" della titolarità) è assegnata al "*nuovo Diritto pubblico*", nella

<sup>30</sup> Si veda per tutti, F. LUCARELLI sul blog [www.francescolucarelli.it](http://www.francescolucarelli.it).

veste di garante del ruolo dello Stato nell'economia. *Proprietà pubblica, "genericamente"* presente, in parallelo lineare a quella privata (art. 42 Cost., primo comma, "accessibile a tutti" in quanto garante della "partecipazione popolare" all'esercizio). Ovvero, attivamente partecipe all'interno del sistema economico, attraverso la *titolarità pubblica esclusiva* dei beni "riservati" (artt. 43-44 Cost. *sussidiarietà verticale e pianificazione*). Scenario completato da piani, controlli e indirizzi dello Stato (art. 41 Cost.) sull'impresa pubblica e privata (*sussidiarietà orizzontale-programmazione*), limitate, entrambe, dalla prioritaria tutela della *libertà e dignità umana del lavoratore*.

Di qui nascono due modelli di proprietà pubblica, l'uno la proprietà semplice (*light*) o partecipativa, l'altro, quella *riservata*: due gli obiettivi economici, l'uno *l'accessibilità* (art. 42 Cost.), l'altro *l'appartenenza esclusiva* (art. 43 Cost.).<sup>31</sup>

L'art. 42 Cost. sottende una diversità di fondo tra le due tipologie di proprietà, «contribuisce al consolidamento di una struttura del regime proprietario in cui la funzione sociale, anche se espressamente richiamata in relazione alla proprietà privata, tende a porre al centro dell'impianto normativo, desumibile dall'art. 2 Cost., la persona»<sup>32</sup>. In tal senso «la Costituzione apre (...) un processo di trasformazione, basato sulla solidarietà e sull'accessibilità da parte di tutti all'uso dei beni, condizione intermedia tra la proprietà come dominio e la proprietà popolare ovvero la non proprietà»<sup>33</sup>.

In generale, la concezione proprietaria emergente nell'ambito dei rapporti economici tende complessivamente a fini dichiarati di utilità sociale, escludendo «il diritto di proprietà come dominio assoluto ed illimitato su beni, caratterizzandone il contenuto attraverso un regime di limiti e funzioni che il costituente riserva alla determinazione del legislatore»<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Cfr. per tutti, P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Rivista di Diritto civile*, 1, 1972, pp. 1-67; e P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, ESI, Napoli, 1971.

<sup>32</sup> Ancora S. LIETO, *op. cit.*, pp. 331-332.

<sup>33</sup> G. BERTI, *Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà*, in *Quaderni fiorentini*, 5-6, 1976-1977, p. 998.

<sup>34</sup> Cfr. F. LUCARELLI, *La proprietà "pianificata"*, ristampa anastatica, Napoli, 2010, p. 204. Qui l'autore, inoltre, rileva: «Nella destinazione del bene oggetto del diritto di proprietà la "funzione sociale" precisa come sia naturale

Sul concetto di funzione sociale, «(...) sembrerebbe anzitutto opportuno sottolineare lo stretto legame sussistente fra il precetto della funzione sociale e quello della generale accessibilità: la funzione (non solo individuale, ma anche) sociale della proprietà privata sarebbe primariamente garantita dalla configurazione di quest'ultima non come *privilegio di pochi* ma come *diritto di molti* (e potenzialmente di tutti). Del resto, la "funzione sociale" della proprietà privata neppure parrebbe esaurirsi nella massima estensione della sua titolarità e piuttosto sembrerebbe coincidere, in forza del ragionamento secondo cui la funzione sociale dovrebbe, ovviamente, essere una funzione (non dannosa, né indifferente, bensì) utile rispetto alla società (in altre parole, servente rispetto al *bene comune*) con l'area denotata della "utilità sociale" di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. (...)»<sup>35</sup>. Il significato ora richiamato della formula «funzione sociale» (che di per sé è oggetto di sollecitazioni culturali molto diverse e di difficile composizione<sup>36</sup>), sembra rievocare il modello social democratico weimeriano che nell'art. 153 della Costituzione riferiva della proprietà che obbliga i cittadini e viene posta al servizio per il bene comune<sup>37</sup>.

Concludendo, sarebbero necessarie soluzioni normative di equilibrio tra istanze potenzialmente confliggenti, che assumano come punto di partenza e come presupposto irrinunciabile il principio che il godimento dei cosiddetti beni comuni sia da considerare un diritto fondamentale, da garantire anche in un'ottica di equità intergenerazionale<sup>38</sup>. Sarebbe, quindi, auspicabile continuare nel solco indicato dalla Commissione Rodotà, e chiaramente condiviso dalla sentenza n. 3665 del 14 febbraio 2011 della Corte di Cassazione, nella direzione della costruzione più ampia di un moderno diritto pubblico in grado di rapportarsi con la nuova categoria giuridica

alla nozione giuridica di tale diritto l'adattamento ad esigenze "sociali" e quindi l'aspetto di *relatività* riguardo alle esigenze stesse», p. 206.

<sup>35</sup> F. PEDRINI, *Note preliminari a uno studio sui diritti costituzionali economici*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>36</sup> Cfr. P. RESCIGNO, *op. cit.*

<sup>37</sup> Sui significati dell'espressione funzione sociale, cfr. P. RESCIGNO, *Proprietà* (voce), in *Enc. del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 273 ss.

<sup>38</sup> R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Franco Angeli, Milano, 2009.

dei beni comuni<sup>39</sup>, e con il tema ad essa collegato della partecipazione<sup>40</sup>. Per raggiungere questo ambizioso obiettivo occorre ricondurre i servizi pubblici essenziali alla loro originaria finalità di tutela effettiva dei diritti fondamentali, e nello stesso tempo svincolare i beni pubblici dalla morsa del rapporto dominicale, ancorandoli invece alla loro funzione sociale, e da lì slanciarli oltre, verso la ancor più delicata consapevolezza della crescente responsabilità verso le generazioni future.

RENATO BRIGANTI

#### Abstract

In continuità con le intuizioni della Commissione Rodotà e con gli studi di un gruppo di giuristi italiani, l'articolo «Oltre la funzione sociale della proprietà nell'esercizio dei servizi pubblici. Verso la categoria giuridica dei beni comuni», sviluppa alcune riflessioni in tema di servizi pubblici e sulla loro funzione sociale, partendo dalla nozione giuridica di beni comuni, anche se ancora embrionale. Si tratta di un concetto già da diverso tempo all'attenzione della dottrina, che in particolare in occasione dei lavori del progetto di riforma del Codice civile ha assunto un rilievo sempre più significativo, che spinge la nozione lungo un percorso di progressiva positivizzazione, soprattutto ad opera della giurisprudenza. Di questo segno, anche per l'originalità dell'impianto argomentativo, è una recente sentenza della Cassazione a sezioni unite, la n. 3665 del 2010, che ha esplicitamente fatto riferimento alla nozione di beni comuni, rilevando tra l'altro la necessità di legare il servizio al bene ed il bene alla funzione.

In line with the ideas of Rodotà Commission and with the studies of a group of Italian jurists, the article «Beyond the social function of property in the performance of public services. Towards the legal category of the commons», develops some reflections on the subject public services and their social function, starting with the legal concept of common goods, although still embryonic. It is a concept already for some time the attention of the doctrine, which in particular in connection with the work of the project to reform the Civil Code has taken an increasing share sig-

<sup>39</sup> Cfr. ancora A. LUCARELLI in *Du public au commun*, cit., p. 49.

<sup>40</sup> Per una acuta distinzione tra le varie declinazioni della partecipazione, si veda R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa. Tre diverse forme di democrazia*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa*, Firenze University Press, 2010, pp. 65-77.

nificantly, pushing the notion that a long route of positivization progressive, especially by the jurisprudence. By this sign, also for the original system of argumentation, is a recent judgment of the Supreme Court in the sections united, no. 3665 of 2010, which explicitly referred to the notion of the commons, noting inter alia the need to link the service to the goods and the goods to the function.