



Data pubblicazione 28.10.2014

Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»

di

F. Rinaldi

SOMMARIO: – 1. Premessa. – 2. Oggetto e *beni* della proprietà. – 3. La proprietà nel pensiero di Tocqueville, Savigny, Windscheid, Marx e Pugliatti. – 4. La costituzionalizzazione della *proprietà* attraverso la *funzione sociale* e l'*accessibilità a tutti* (art. 42, co. 2, Cost.) – 5. Le «categorie» della «proprietà pubblica»: appunti per un contributo alla «eliminazione» di una categoria, quella dei *beni pubblici in senso stretto* o *demaniali*. – 6. Il *demanio marittimo*. – 7. I *beni pubblici patrimoniali*. – 8. «Beni comuni» o «non proprietari».

1. – Questo della *proprietà, privata e pubblica*, è un tema troppo vasto ed impegnativo perché ci si possa permettere di ridurlo in poche battute e, così, procedere attraverso una sintetica e, dunque, come tale parziale ricostruzione. Di conseguenza nelle pagine che seguiranno ci si limiterà a poche fugaci indicazioni, come dire, dall'angolazione del *privatista*, al fine di poter illustrare, seppure sommariamente, i principali riflessi privatistici del regime speciale della *proprietà pubblica*. Senza, però, neppure esimersi dal riscontrare significative ed opposte tendenze, sia legislative sia giurisprudenziali, che sembrano manifestarsi nell'ambito delle due *macrocategorie* della *proprietà pubblica* e della *proprietà privata*, rendendo spesso incerti i confini tra i rispettivi regimi giuridici, sino a dubitare dell'attuale valenza della distinzione, seppure con ogni dovuta precisazione e distinzione, e con particolare riferimento ad alcune categorie di *beni pubblici*¹.

¹ Il riferimento è specialmente al *demanio marittimo* che, specialmente in tempi recenti e per l'influsso degli interventi comunitari, sembra sollevare diverse questioni di interesse con particolare attenzione al regime concessorio e, dunque, all'utilizzo di detti beni, anche a scopo

La proprietà è la «misura» di ogni rapporto (giuridico, sociale, economico), di ogni diritto (specialmente di libertà) e di ogni comportamento, assumendo rilievo, in quest'ultimo senso, il suo valore etico², essa costituisce il

imprenditoriale. In argomento, v. specialmente, A. IANNARELLI- F. MACARIO, *La proprietà dello stato, degli enti pubblici, degli enti pubblici ecclesiastici, delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di E. Gabrielli, vol. 3, *Della proprietà, artt. 810-868 c.c.*, Torino, 2012, 337 ss., ma spec. 345 ss. Si ricordi, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9.1.2009, n. 12, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 2 ss., secondo cui: «anche al rilascio di concessioni demaniali marittime devono applicarsi le regole della Comunità Europea sulla concorrenza e, in particolare, gli obblighi di parità di trattamento e di trasparenza, trattandosi di attività di rilevanza economica oggetto di un contratto da stipulare con la pubblica amministrazione». In tal senso, già CORTE COST., 1.7.2010, n. 233, in *www.ambientediritto.it*. In argomento ci si soffermerà in prosieguo.

² Si consideri, ad esempio, la teoria dell'*abuso del diritto*, che muove dal *divieto degli atti emulativi* di cui all'art. 833 del cod. civ., secondo cui: «il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri». In materia di «abuso del diritto», storico precedente, al quale è comunemente ricollegata l'origine del relativo dibattito giurisprudenziale, è CASS., 15.11.1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256 ss., con commento di A. SCIALOJA, per la quale «*il mancato o negligente uso della facoltà di agire in difesa del diritto soggettivo per rimuovere una situazione dannosa non solo al titolare del diritto medesimo, ma anche a terzi, costituisce uso anormale del diritto soggettivo, se il non uso si risolve nell'inosservanza dolosa o colposa di specifiche norme di condotta poste a tutela di diritti altrui*». Il caso giunto all'esame della Corte aveva ad oggetto l'occupazione abusiva, *sine titulo*, di alcuni appartamenti di proprietà di un Istituto Case Popolari che, anziché esercitare azione di sfratto nei confronti degli occupanti, installò, per migliorarne la fruibilità da parte dei medesimi, alcuni accessori (un bagno e una fontana). Uno dei condomini assegnatari, non tollerando l'abusiva occupazione, intentò causa contro l'Istituto per non aver esercitato l'azione di sfratto, lamentando un comportamento meramente emulativo, volto, cioè, esclusivamente a «nuocere o recare molestia ad altri», secondo la previsione dell'art. 833 cod. civ. La Corte, in quella sede, pur rigettando il ricorso contro l'Istituto, aprì la strada all'identificazione di una possibile fattispecie di «uso anormale del diritto», che corrisponde alla figura dell' «abuso del diritto», quale elaborata dalla dottrina. Il fondamento normativo di tale fenomeno viene, ad ogni modo, rintracciato nel citato art. 833 cod. civ. e nell'art. 1175 cod. civ. che, in materia di obbligazioni in generale, impone sia la debitore che al creditore di comportarsi «secondo le regole della correttezza». A tali norme sono, poi, aggiunti l'art. 840, co. 2, cod. civ., che vieta al proprietario del fondo di «opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle»; e l'art. 1375 cod. civ., che, in fase di esecuzione del rapporto obbligatorio, impone il dovere di comportarsi secondo buona fede. L'abuso del diritto viene, quindi, inteso come esercizio di un diritto, attribuito dalla legge o per effetto di un contratto, per realizzare scopi diversi ed ulteriori, ai quali il diritto non è preordinato, al solo scopo di nuocere ad interessi altrui. In tale prospettiva, v. CASS., 16.10.2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, 1845 ss., la quale esplicitamente individua la figura dell' «abuso del diritto» nel «*comportamento del contraente che esercita verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati*». Di grande rilievo – anche con specifico riferimento al tema dei *beni comuni* in indagine – è la possibilità di intravedervi una nuova, peculiare, concezione del diritto soggettivo, nel senso, cioè, che, attesa la dinamicità dei valori di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Cost. e la complessità della moderna società politica, questo non sembra più consistere in un potere individuale totalmente libero nella funzione, ossia «egoistico» nel suo esercizio, bensì – quasi in analogia con la concezione del potere pubblico (si consideri, ad esempio, il vizio sintomatico dell'atto amministrativo rappresentato dall'eccesso di potere per sviamento) – in un potere che è tenuto a sottostare alle regole fondanti dell'ordinamento che lo riconosce e lo attribuisce al singolo. Quasi a voler significare che nella concezione del diritto soggettivo entri, come costituente, il corretto uso sociale dello stesso. Ove tale carattere manchi o venga meno, quindi, alcun diritto soggettivo – nel senso di «potere di agire» – potrebbe essere riconosciuto al singolo. Si potrebbe essere tentati, quindi, di affermare che il diritto soggettivo esiste ed è tale soltanto se utilmente

«calco per modellare la stessa nozione generale di diritto soggettivo»³, anche di natura *fondamentale*.

Dal modo di concepire il diritto di proprietà, ed in particolare, i suoi limiti, sembra dipendere, ancor' oggi, l'organizzazione sociale ed economica, nonché il regime politico⁴, di uno Stato, anche in termini di «giustizia» e «carità»⁵, nella dichiarata prospettiva di assicurare protezione alle esistenziali *necessità umane*. Una visione della proprietà, questa, in termini di «ricchezza» anche a vantaggio di determinate categorie di *soggetti deboli*⁶.

esercitato, secondo il consenso sociale. Sicché, ove il diritto venga esercitato in maniera «scorretta» o «anormale» (e tale risulta anche il relativo mancato esercizio), non vi sarebbe più alcuna esigenza o situazione giuridica soggettiva meritevole di protezione. Insomma, una concezione dell'esercizio del diritto soggettivo «strumentale» rispetto all' «attuazione dell'ordine giuridico», com'è stato autorevolmente affermato (v. R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, 1891, trad. it. a cura di R. RACINARO, Milano, 1989, spec. 102 e 125, le cui riflessioni sono fondamentali in argomento). Facendo nuovamente riferimento al pensiero di illustri giuristi, se, da un lato, un diritto che non può essere provato è come se non esistesse; dall'altro, si potrebbe aggiungere, un diritto che non viene esercitato (o, più in generale, che viene anormalmente esercitato), è come se non fosse tale per l'ordinamento (in proposito, v. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, 1905; Id., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Paris, 1939, spec. 201, 265, 320, 415; ed il celebre saggio di P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1965, 205; Id., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 1945, rist. 2000, Milano, 78 ss.). In argomento, sia, altresì, consentito rinviare a F. RINALDI, *Verwirkung, ritardato esercizio del diritto e giudizio di buona fede*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2005, 3, I, 444 ss.

³ Cfr., S. RODOTA', *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, spec. 43 ss.

⁴ Due recenti esempi, particolarmente significativi, possono essere proposti: l'affermazione ed elaborazione del diritto di proprietà in Cina e la tutela costituzionale della proprietà in India. Quanto alla prima ipotesi comparativa, si fa riferimento agli emendamenti costituzionali del 2004, in materia di inviolabilità del diritto di proprietà, di suoi limiti in termini di espropriabilità, ed al rapporto tra proprietà *pubblica* e *privata*. La proprietà, dunque, nell'ambito del *diritto socialista cinese* e delle tradizionali categorie proprietarie della *proprietà del popolo*, della *proprietà delle organizzazioni collettive delle masse lavoratrici* e della *proprietà dei cittadini*. In argomento, v. A. SERAFINO, *In tema di proprietà in Cina (i progetti della legge sui diritti reali)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 549 ss. Con riferimento alla tutela costituzionale della proprietà in India, sulla scia del modello sudafricano, «si è avvertita la difficoltà di bilanciare la necessità di redistribuzione della terra con la protezione dei diritti di proprietà esistenti» (v., in argomento, F. BENATTI, *La tutela costituzionale del diritto di proprietà in India: storia e prospettive*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 1164 ss., ma spec. 1184 ss.).

⁵ Così, J. LOCKE, *Primo Trattato sul Governo*, 1690, par. 42.

⁶ Ad esempio, i «poveri». Cfr., in proposito, H. ARENDT, *Vita attiva. La condizione umana* (1958), trad. it. a cura di s. Finzi, Milano, 1991, spec. 89 ss.; e Z. BAUMANN, *Danni collaterali*, Roma-Bari, 2011, spec. XII ss. della premessa, che ricorda: «nel 2005, prima che l'uragano Katrina si abbattesse sulle coste della Luisiana, gli abitanti di New Orleans e delle zone circostanti sapevano del suo imminente arrivo ed ebbero il tempo di correre ai ripari. Non tutti però poterono agire di conseguenza e mettersi in salvo. Taluni – e non furono pochi – non riuscirono a racimolare il denaro necessario ad acquistare un biglietto aereo (...). Inoltre, benché i beni di quei poveri che non riuscirono a prendere un aereo o a trovare scampo in un motel fossero forse poca cosa rispetto a

Da queste fugaci indicazioni sembra possibile, sin da ora, cogliere alcuni tratti caratterizzanti di quella *funzione sociale* che l'art. 42, co. 2, Cost., nel *costituzionalizzare* la proprietà, attribuisce a questo eccellente diritto, inteso anche nel senso di dovere di contribuzione al fine di assicurare la «sopravvivenza dei più deboli»⁷.

quelli dei ricchi, e quindi non altrettanto degni di essere rimpianti, essi rappresentavano per loro *tutto* ciò che possedevano. Nessuno li avrebbe compensati per la perdita di quei beni, che una volta perduti lo sarebbero stati per sempre, insieme a tutti i risparmi di una vita».

⁷ Cfr., L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 7 ss. Questo della *debolezza sociale* segna l'emersione di un vero e proprio *status*, appunto, di «soggetto debole» (sia consentito, in proposito, rinviare a F. RINALDI, *Aspetti problematici di una tutela del consumatore come «contraente debole»*, in *Civitas et civilitas. Studi in onore di Francesco Guizzi*, a cura di A. Palma, Torino, 2013, 778 ss.), in una prospettiva di ampia tutela della persona e di profonda rimediazione della *dottrina degli status*. Argomento, questo degli *status* che meriterebbe maggiore approfondimento, anche al fine di potersi cogliere le effettive derive, in materia, dell'Ordinamento, tra *status* e *anti-status*. Per ciò che interessa direttamente la «scienza giuridica», la «dottrina degli *status*», comunemente, segnala due tradizionali «modi di atteggiarsi» dello stato delle persone: il primo, tende a definire, anche etimologicamente, il termine *status* nel senso di «condizione, posizione, situazione» e, dunque, *status giuridico* come posizione di un soggetto rispetto ad un determinato gruppo sociale, che può essere l'intera collettività o un gruppo minore, dalla quale derivano determinate situazioni giuridiche soggettive. Con maggiore precisione, questo *status*, definito «comunitario», si caratterizza come «posizione (...) tendenzialmente stabile o addirittura permanente, dell'essere umano rispetto a una collettività, onde esso trae la sua forza e quasi la sua identità (...)». Il secondo, invece, esprime lo *status* come «qualità essenziale che individua, o concorre a individuare, un essere umano come soggetto, vale a dire come entità sempre identica a sé stessa al di là delle vicende che in relazione alla detta qualità possano ad essa riferirsi e delle conseguenze che ad essa, per effetto di tali vicende, possano imputarsi sul piano giuridico». *Status*, questo, che viene definito «soggettivistico, individualistico» o anche «personalistico». Cfr. A. CORASANITI, voce *Stato delle persone*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, p. 948 e ss., cui si rinvia anche per opportuni ed ulteriori approfondimenti di natura bibliografica. In argomento, cfr., in particolare: P. RESCIGNO, voce *Status (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXXII, 1993, p. 1 e ss.; Id., *Situazione e «status» nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss.; A. CICU, *Il concetto di status*, 1917, ora in *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, p. 181; A. D'ANGELO, *Il concetto giuridico di «status»*, Roma, 1938; V. PARLATO, voce *Status (diritto canonico)*, in *Enc. giur.*, 1993; SARACENI, *Il concetto di status e sua applicazione nel diritto ecclesiastico*, in *Arch. giur.*, CXXXII, 1945, 107; D. COMPOSTA, *Gli stati societari nella comunità ecclesiale*, in *Jus*, 1969, 250; A. VITALE, *Diritto-Sacramenti*, Freiburg-Roma, 1969; G. JELLINEK, *La dottrina generale dello Stato*, trad. it., Milano, 1912, p. 23 e ss.; Id., *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, trad. it., Milano, 1912, p. 60 e ss.; HÄBERLE, *Grundrechte in Leistungsstaat*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer*, XXX, Berlino-New York, 1972, p. 80 e ss.; GRAVESON, *Status in the common law*, Londra, 1953, spec. p. 2. FRIEDMANN, *Some reflection on Status and Freedom. Essays in Jurisprudence in honor of R. Pound*, Indianapolis (New York), 1962, p. 222 e ss.; M. REHBINDER, *Status, contract and the Welfare-state*, in *Stanford law review*, 1971, XXIII, n. 5, p. 941 e ss., ma spec. 946. In proposito, E. QUADRI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, spec. in nota 8, p. 77, osserva, inoltre, che: «il riferimento è al tipo di organizzazione della società – fino alla rivoluzione francese e al modello di Stato da essa tenuto a battesimo – fondato sulla *diversificazione* delle regole giuridiche applicabili in base alla *condizione sociale* del soggetto (anche senza arrivare alla più remota contrapposizione tra liberi e schiavi, si pensi alla rilevanza accordata alla situazione di nobile, ecclesiastico o mercante), con conseguente diversificazione dei diritti e degli obblighi di cui ciascuno era (e poteva essere) titolare. L'affermazione dell'*unità del soggetto di diritto* – come destinatario delle norme e, conseguentemente, potenziale titolare di situazioni giuridiche – risulta, in effetti, costituire il risultato, proprio quale reazione ai preesistenti assetti sociali (ed alle relative

Lo *statuto* moderno della proprietà può dirsi determinato specialmente dai moti rivoluzionari della Francia del 1789, culminati, per ciò che qui direttamente interessa, prima, nell'adozione della *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino*, e, successivamente, del *Code civil* del 1804⁸; senza neppure potersi omettere il riferimento all'influenza esercitata dal modello *socialista*, e specialmente dalla rivoluzione proletaria della Russia del 1919, e nell'ambito di un'ampia visione dello Stato come unico proprietario dei mezzi di produzione e, dunque, della «ricchezza».

E si aggiunga, infine, il riferimento al processo di *costituzionalizzazione* della proprietà ad opera della Germania di Weimer del 1919 che, all'art. 153, utilizzava la formula, definita «eretica»⁹: «la proprietà *obbliga*». Formula, questa, sensibilmente modificata nell'ambito del vigente art. 14, co. 2, della Costituzione tedesca nel senso, cioè, che: «la proprietà *impone degli obblighi*» e, prosegue la disposizione, «il suo uso deve al tempo stesso servire al bene comune». La scelta del costituente tedesco sembra, pur nella sua problematicità, espressione di una visione *comunitarista* del diritto fondamentale di proprietà, al fine di assicurare preminente protezione agli interessi della *comunità*, in abbandono, pertanto, di una logica esclusivamente *individualistica*. Rilievo, questo, destinato ad assumere particolare significato, ove si convenga con il ritenere che il riconoscimento dei diritti fondamentali ad opera del legislatore tedesco sembra continuare a svolgere, essenzialmente, quella funzione di protezione dell'individuo, soprattutto, nei confronti del potere statale e, dunque, di limite all'esercizio del potere pubblico, con ogni dovuta precisazione

giustificazioni), di una elaborazione concettuale che, attraverso le ideologie giusnaturalistiche e razionalistiche del secolo XVIII, si pone alla base delle codificazioni civili (il cui modello di riferimento è il *code civil* del 1804)».

⁸ In ordine al quale pare utile ricordare la reinterpretazione, ad opera di Napoleone, della *triade* «fratellanza, eguaglianza, libertà», in «libertà, eguaglianza e proprietà» (in proposito, cfr. RODOTA', *op. cit.*, 75 ss.).

⁹ Cfr., RODOTA', *op. cit.*, 11.

e distinzione. Postulato, questo, dei tragici eventi bellici della seconda guerra mondiale.

In Italia, come solo in parte sarà possibile osservare, la *costituzionalizzazione* del diritto di proprietà, attraverso la sua *funzione sociale*, si manifesta come il prodotto del *compromesso* tra le diverse forze *politiche* presenti nell'Assemblea Costituente, da una parte propulsive dei principi cardine dello *Stato liberale di diritto*, dall'altro, assertrici di una lettura in chiave *sociale* delle disposizioni costituzionali, come accade sin dall'art. 1 Cost., attraverso il riferimento al *lavoro*. Il riferimento alla *funzione sociale* del diritto di proprietà costituisce complessa e, ove si ritenga, anche ambigua sintesi tra la visione *liberista* della proprietà, anche in termini di *diritto naturale* dell'individuo, e la visione *socialista*, in chiave marcatamente solidaristica ed egualitaria.

2. – In tempi relativamente recenti, le problematiche scaturenti dal diritto di proprietà – diritto reale per eccellenza, in quanto *pieno ed esclusivo*, secondo la definizione legislativa di cui all'art. 832 del cod. civ., che riprende la definizione dell'art. 544 del *Code civil* del 1804 – si dipanano e si moltiplicano in relazione all'oggetto del diritto ed alle diverse e *nuove* categorie di beni sui quali il potere di disposizione può essere esercitato, ponendo frequenti e vivaci tensioni ermeneutiche. Valga, ad esempio, il riferimento a beni e valori *immateriali*¹⁰, quali *l'ambiente* ed il *paesaggio*, *beni comuni*, questi, oggetto di

¹⁰ Solo a titolo esemplificativo, si consideri la problematica categoria dei «beni immateriali» che muove dal concetto generale di bene giuridico, inteso come ogni «cosa che può formare oggetto di diritto». Una nozione ampia e non esclusiva, sotto il profilo ontologico, sicché può il bene giuridico essere individuato in «qualsiasi entità materiale o ideale giuridicamente rilevante» (così, B. BIONDI, *I beni*, Torino, 1956, spec. 9 ss.). Senza neppure doversi dimenticare che il «bene», nel senso di *res*, è pur sempre «l'oggetto del diritto soggettivo» (così, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 2004, spec. 50 ss.; l'a. osserva, a tal riguardo, che «l'interesse è infatti bisogno di un bene, e l'interesse tutelato dal diritto si concreta in relazione al bene idoneo a soddisfare tale interesse. La disciplina dei beni concorre quindi a disciplinare i diritti, e a segnarne la natura e il contenuto»). Inoltre, una nozione che, si ritiene, rifletta quella di bene in senso economico, pur manifestandosi, tuttavia, diversa, è la seguente: la «scienza economica (...) considera i beni in rapporto alla loro utilità e utilizzabilità da parte degli uomini; la scienza giuridica li considera sotto il profilo della tutela da parte dell'ordinamento» (così, S. PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V,

significative evoluzioni soprattutto sotto il profilo di una disarticolazione concettuale della «proprietà pubblica»¹¹, senza neppure potersi omettere il

164 ss., ma spec. 169; dell'a., si cfr. anche voce *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, 19 ss.; in argomento, rileva BIANCA, *op. cit.*, 50: «secondo l'opinione che lega la nozione di bene giuridico a quella di bene economico, non sarebbero beni le cose disponibili liberamente in natura (le *res communes omnium* delle fonti romane). Tali cose non avrebbero il requisito della limitatezza»). In linea generale, e seppure con le dovute precisazioni e distinzioni, può, quindi, rilevarsi che i beni acquisiscono rilevanza giuridica ove siano *utili, accessibili e limitati*. E non possono, invece, essere considerati beni giuridici quei beni che il legislatore vieta possano essere «oggetto di diritti», non ritenendo meritevole di tutela un eventuale rapporto di appartenenza: si considerino, ad esempio, le spoglie umane ex art. 5 del cod. civ., e, più in generale, i diritti fondamentali, seppure con le dovute precisazioni e distinzioni, cui si è, nelle pagine che precedono, fatto cenno. Alla luce di queste brevi considerazioni può, dunque concludersi nel senso della piena ammissibilità, nell'ambito del novero dei beni giuridici, anche dei beni immateriali, la cui rilevanza giuridica – come di ogni altra categoria di bene – è pur sempre il risultato di una «qualificazione formale», nel senso, cioè, che «la stessa entità (ad esempio la cosa nella sua individualità oggettiva) può essere l'elemento materiale di diverse categorie di beni» (così, MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano 1970, spec. 103 ss.; Id., voce *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, 808 ss.). I beni immateriali – al pari della nozione di *servizio* e, si osservi, di *consumatore* –, sembra costituire una categoria di bene giuridico negativa e residuale, nel senso, cioè, che sono beni immateriali quei beni che non sono materiali o corporali, ma pur sempre «cose». Questa precisazione è parsa utile, atteso che secondo una diversa elaborazione del concetto di bene giuridico, meritevole di massima considerazione, il riferimento al concetto di «cosa» nell'ambito dell'art. 810 del cod. civ. avrebbe impedito di includervi anche le *res incorporales*, appunto in quanto non materiali o corporali. In una simile prospettiva, si consideri anche il concetto di *diritto personale* o di *credito*, appunto, diritto *non* reale; e si aggiunga la problematica della riconducibilità del *software* al concetto di cosa, in tal modo ricollegandoci anche al tema del *Commercio elettronico*. Dunque, il bene immateriale è «cosa» suscettibile di essere oggetto di diritto (art. 810 del cod. civ.), non in senso materiale, ossia come «parte della realtà fisicamente determinata»; ma lo è in senso di *cosa incorporale*, ossia «pur non essendo caratterizzata da una individualità in senso fisico, è tuttavia esistente come dato della realtà naturale» (così, BIANCA, *op. cit.*, 51). Il bene immateriale è, dunque, una «entità» che ha una sua «realtà oggettiva» che conferisce al bene «rilevanza economica e giuridica» (BIANCA, *op. ult. cit.*, 51). Nell'ambito dell'Ordinamento, sono considerati beni immateriali, appunto, le invenzioni e le opere dell'ingegno, le quali hanno assunto una rilevanza tale da rendere necessario l'intervento legislativo (legge sul diritto d'autore, l. n. 633 del 1941, cit.). Inoltre, oggetto di discussione è, ad esempio, se, nell'ambito della proprietà industriale e, segnatamente, nell'ambito della categoria dei beni immateriali, possa essere ricompreso il *know-how*. Più che attuale che mai risulta, quindi, la nozione di bene giuridico proposta da Pugliatti, *op. ult. cit.*, 169, secondo il quale il bene giuridico è ogni «entità materiale o ideale», nel senso cui si è fatto cenno. Non è dato, per ovvie ragioni di brevità, soffermarsi in ordine ad altre fattispecie problematiche in materia di beni immateriali, come, ad esempio, sempre nell'ambito del codice della proprietà industriale, in materia di azione di contraffazione del *marchio* registrato e azione di concorrenza sleale. Una proprietà, inoltre, che comunque apparirebbe diversa rispetto al concetto di proprietà tradizionale, incentrato appunto sulle *res corporalis* (si considerino i modi di acquisto della proprietà, specialmente a titolo originario).

¹¹ La tutela paesistica sembra essere andata ben oltre la tradizionale concezione c. d. *statica* – del paesaggio, cioè, riconducibile al concetto di *bellezza naturale* –, in direzione di una concezione *dinamica*, costituendo il paesaggio costituisce la «*forma del paese*» (in argomento, v. L. R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 1 ss.). Al riguardo, sembra utile richiamare la discussa natura di «bene materiale» dell'*energia elettrica*, in ragione della possibilità di un suo sfruttamento economico, arg. ex art. 814 cod. civ. In proposito, osserva PUGLIATTI, voce *Beni (teoria generale)*, cit., 164 ss., che «la cosa, dunque, anche se prodotta dalla natura, è a disposizione dell'uomo». È la dinamica appropriativa dell'uomo sulla cosa a rendere quest'ultima tale in senso giuridico. Ed ecco, allora, che il paesaggio viene facilmente attratto nella sfera della «cosa», perché iscritto in realtà materiali suscettibili

riferimento alla nozione di *servizio (privato e pubblico)*, oggi, da considerarsi a tutti gli effetti «bene giuridico»¹².

In una prospettiva pure di tipo comparativo¹³, l'evoluzione che si registra in materia di *oggetto* del diritto di proprietà, determinata dalla diversità delle categorie di beni sui quali, più o meno intensamente, il potere di

d'appropriazione, mentre «non si può certo - è troppo ovvio - considerare come cosa la realtà naturale (anche nel suo aspetto materiale) nella sua totalità; essa infatti non potrebbe formare oggetto di (un) diritto per nessun soggetto e nemmeno per tutti i soggetti esistenti» (Pugliatti, *op. ult. cit.*, 164 ss.). E si ricordi anche la soluzione data da CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, 358 ss. alla natura dell'energia elettrica che sarà cosa per l'ordinamento giuridico in quanto oggetto di godimento da parte dell'uomo, indipendentemente dalla sua qualificazione nella scienza fisica. Non solo la natura, ma anche le «forze diffuse in natura, finché sono di generale utilizzazione» restano delle *res communes omnium*, sicché non sono cose o beni, perché non possono formare oggetto di diritti, ed «operano egualmente per tutti e sono a disposizione di tutti, il che significa che non sono tecnicamente beni» (così, Biondi, *I beni*, cit., 9 ss.).

¹² In proposito, è da rilevare come complessa e controversa sia, in realtà, la delimitazione della nozione di «servizio pubblico», manifestandosi, da un lato, una tendenza a limitare, in linea generale, l'ambito di una concezione pubblica del «servizio» rivolto ai cittadini, e rilanciandosi una concezione di tali servizi in chiave marcatamente privatistica, avendosi, cioè, riguardo alla relativa natura di contratto di diritto privato, nell'ambito del quale le parti contraenti si trovano in posizione paritetica. In tal senso, sembra intervenire CASS., SEZ. UN., 27.11.2002, n. 16831, in *Urb. e app.*, 2003, 529, con commento di DE GIOIA, *Le Sezioni Unite rilanciano la concezione cd. Soggettiva di servizio pubblico?*, secondo cui, con riferimento al servizio di smaltimento dei rifiuti di cui al D.P.R. 10.9.1992, n. 915, «soltanto lo smaltimento di quelli urbani, in quanto obbligatoriamente riservato ai comuni in privativa, è espressamente definito «servizio pubblico», mentre tale natura non può riconoscersi – stante la concezione c.d. soggettiva di servizio pubblico seguita da detto D.P.R. – all'attività di smaltimento dei rifiuti speciali nell'ipotesi in cui essi siano «dai produttori conferiti ai soggetti esercenti il servizio pubblico relativo ai rifiuti urbani, sicché la convenzione al riguardo stipulata, ad onta della denominazione di concessione attribuita dalle parti, deve essere riguardata come un contratto di diritto privato, nel quale le parti stesse sono poste su un piano paritetico». Il concetto di «servizio pubblico» meriterebbe di essere approfondito, in considerazione della pronunzia della CORTE COST., 5.7.2004, n. 204, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 1211. A questa tendenza si accompagna, sotto altro profilo, una dubbia ed ambigua concezione in senso «soggettivo» o in senso «oggettivo» di servizio pubblico. Nel primo senso, comunemente inteso come «attività produttiva di utilità sociale, di carattere prestazionale, rivolta ai cittadini» (cfr. VOLPE, *La giurisdizione esclusiva. I servizi pubblici*, in AA.VV., *Verso il nuovo processo amministrativo* a cura di Cerulli Irelli, Torino, 2000, 94 ss.), ed in quanto attività non autoritativa esercitata da un pubblico potere, può essere assunto sia dalla Pubblica amministrazione sia da un privato attraverso un provvedimento concessorio; in senso «oggettivo», invece, dovrebbe aversi riguardo al fine di interesse pubblico perseguito di volta in volta, in relazione al quale riconoscere come pubblico il servizio assunto. In questa diversa direzione, v., in particolare, PROTOTSCHING, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, 37. Concezione oggettiva, questa, adottata dall'AD. PLEN. CONS. STATO, con il parere n. 30 del 1998, in relazione all'art. 33 del D. lgs. n. 80/98, secondo cui il servizio pubblico comprenderebbe «tutte le attività svolte da qualsiasi soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di una amministrazione pubblica». Ed in favore della quale propende parte della giurisprudenza: CASS., Sez. Un., 30.3.2000, n. 71, in *Urb. e app.*, 2000, 602, con nota di GAROFOLI, per la quale il servizio pubblico «è caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto dei bisogni di interesse sociale) che non si rinviene nell'attività imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali».

¹³ Con particolare attenzione ai sistemi di *Common law*.

disposizione proprietario può essere esercitato, ha determinato l'emersione di diverse forme di *dominio*, tanto da consentire di affermare l'esistenza non di un'unica forma di «proprietà», bensì di diverse forme di «proprietà» e, di conseguenza, di diversi *statuti* proprietari¹⁴.

Dalle brevi riflessioni sin qui svolte è, tuttavia, possibile trarre una considerazione di carattere generale, ovvero le *declinazioni* della *proprietà* sono illimitate, come infinite sono le prospettive di ricerca e le angolazioni di analisi, a cominciare dall'analisi politica, da quella giuridica, economica, sociale, storica e filosofica. A titolo indicativo, è possibile proporre alcuni esempi: *proprietà umana* e *proprietà economica*; *proprietà e società* o *proprietà sociale*, che pare evocare direttamente la problematica dei *beni comuni*, come effetto della *costituzionalizzazione* della *proprietà* e della «persona sociale» e degna¹⁵. In una simile direzione, la *proprietà* è, dunque, deputata a confrontarsi e *relazionarsi* con beni, principi e valori fondamentali ed ordinanti quali: dignità, eguaglianza, libertà e solidarietà.

Profonda si manifesta, dunque, la diversità tra *proprietà pubblica* o *privata* e *beni comuni*, logica *inclusiva* e non di *mercato* – nel senso di una *proprietà* o, meglio, di una *non proprietà individuale*, bensì *accessibile* a tutti –, quest'ultima, opposta a quella *esclusiva* e di *mercato*, che caratterizza, invece, il diritto di *proprietà*, almeno tradizionalmente inteso¹⁶. I *beni comuni*, «beni non proprietari», sembrano superare confini territoriali e «gabbie degli *status*»¹⁷, quale, ad esempio, lo *status civitatis*, evocando, così, la relazione tra *proprietà* e

¹⁴ Citando S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, 145 ss., le cui riflessioni restano fondamentali in argomento.

¹⁵ Cfr., specialmente, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 3 ss.; e S. RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, spec. 140 ss.

¹⁶ Almeno nell'ambito delle legislazioni più moderne e *liberali*. Si ricordi la definizione del diritto di *proprietà* nell'ambito dell'art. 832 del cod. civ. e nell'ambito del suo antecedente storico, ovvero art. 544 del *Code civil* del 1804.

¹⁷ L'espressione «gabbia degli *status*» è di RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, cit., 144.

sovranità, essendo, al riguardo, la proprietà da considerare una forma di sovranità del singolo verso l'altro singolo¹⁸.

In una simile direzione, un ruolo indiscutibilmente significativo è stato svolto dall'emersione di nuovi interessi non riconducibili esclusivamente al modello proprietario, in termini di gestione e godimento. Si considerino, in tal senso *beni comuni fondamentali* quali: l'acqua; il cibo; la conoscenza, con particolare attenzione all'istruzione; l'ambiente e l'aria; la salute ed il diritto di curarsi; le risorse energetiche; e, si potrebbe aggiungere, il genoma umano, in quest'ultimo caso, con ogni comprensibile reazione e dovuta precisazione.

Nell'ambito di questi nuovi interessi, per effetto specialmente della rivoluzione industriale, ha assunto un ruolo decisivo la valorizzazione del *lavoro*, da un lato, come strumento di produzione della ricchezza e, dall'altro, di accesso dell'individuo a sempre più ampie categorie di beni, e, così, strumento di affermazione della dignità della persona, tanto da rendere, addirittura, insopportabile la logica proprietaria, sicuramente con riferimento alla proprietà, come definirla, «statica», troppe volte rivelatrice di disparità di trattamento e di diseguaglianze sociali, dando, così, impulso a noti e diffusi fenomeni rivoluzionari. Valga un esempio per tutti: il riconoscimento, in origine, dei diritti di elettorato attivo e passivo solo in favore dei proprietari della casa di abitazione, presupposto anche della cittadinanza, in tempi non troppo lontani e con ogni dovuta precisazione.

¹⁸ In argomento, cfr. B. CONFORTI, *Protezione internazionale dei diritti umani*, in *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica* a cura di L. D'Avack, Napoli, 2003, 21 ss., il quale osserva che: «(...) il rapporto tra lo Stato e il suddito era considerato un rapporto di cui il diritto internazionale si disinteressava e che rientrava nel dominio riservato dello Stato: una specie di riserva di caccia. E ciò in quanto lo Stato poteva fare del proprio suddito ciò che voleva: poteva impiccarlo, processarlo, metterlo in prigione senza processo, poteva torturarlo (...). L'unico rispetto per l'individuo derivava dalle norme sul trattamento degli stranieri; ma la protezione dello straniero non era tanto frutto di un dovere verso la persona, bensì verso lo Stato a cui la persona apparteneva, perché si considerava che l'individuo fosse una cosa, oggetto di un vero e proprio diritto di proprietà dello Stato nazionale». L'a. pone, altresì, l'attenzione sul controverso «tema della personalità internazionale dell'individuo» (spec. p. 26).

Le possibili *declinazioni* della proprietà non si esauriscono affatto nelle ipotesi, per quanto di ampia dimensione, qui riassuntivamente proposte, molte altre potendo essere effettuate: a cominciare dalla diversificazione tra proprietà *pubblica non statale*, proprietà *capitalistica*, proprietà *collettiva ed impresa*, che evoca il complesso rapporto tra *proprietà* e *controllo*¹⁹.

Le infinite *relazioni*, che riconducono alla proprietà, la rendono, in effetti, il «cuore» dell'ordinamento, specialmente nel momento in cui ci si accorge della Costituzione²⁰.

3. – La proprietà, dunque, «il grande campo di battaglia tra chi possiede e chi non possiede», nel pensiero di Tocqueville²¹, in quanto, faceva eco Marx²², «nessun soggetto viene liberato dalla proprietà».

Il diritto di proprietà rappresenta il fulcro di una «costellazione d'interessi»²³, oggetto di protezione giuridica, molto spesso in conflitto tra di loro. Il conflitto tra *interessi proprietari* e *non proprietari*, oltre a rendere necessaria l'individuazione di un fondamento etico e di una giustificazione economica del diritto di proprietà, sembra aver determinato l'ingresso nell'ordinamento di una pluralità di statuti proprietari, come dianzi accennato, a seconda della funzione concreta e dell'oggetto del diritto. Scrive, in proposito, Salvatore Pugliatti: «la parola proprietà non ha oggi, se mai ha avuto, un significato univoco. Anzi troppe cose essa designa perché possa essere adoperata con la pretesa di essere facilmente intesi. In ogni caso, l'uso di essa, con le cautele e i chiarimenti necessari, anche se si protrarrà ancora nel prossimo futuro, non può ormai

¹⁹ In proposito, v. RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., 32 ss.

²⁰ Cfr. RODOTA', *op. ult. cit.*, 477 ss.

²¹ A. DE TOCQUEVILLE, *Souvenirs*, Paris, 1893, p. 32: «*bientôt ce sera entre ceux qui possèdent et ceux qui ne possèdent pas que s'établira la lutte politique; le grand champ de bataille sera la propriété*» (la traduzione italiana reca il titolo *Ricordi*, a cura di A. Salmon Vivanti, Roma, 1991, 14 ss.). La citazione è tratta da RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., spec. 14 e 76.

²² K. MARX, *La questione ebraica* (1844), trad. it. a cura di R. PANZIERI, Roma, 1969, 77 ss. La citazione è tratta da RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., 36.

²³ L'espressione è tratta da RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., 41.

mantenere l'illusione che all'unicità del termine corrisponda la reale unità di un saldo e compatto istituto»²⁴.

La proprietà, dunque, piuttosto che astratto concetto giuridico, sembra da considerare un «τόπος, intorno al quale una stratificazione secolare è venuta raccogliendo problemi, i cui nessi, però, non possono essere arbitrariamente recisi»²⁵. A voler imporre all'interprete di tenere sempre in debita considerazione la fenomenologia concreta e la dinamica storica dell'*istituto*, stante la sua funzione di rappresentazione e protezione anche di interessi non proprietari, come accade proprio con riferimento alla fenomenologia dei *beni pubblici*, ed in tempi più recenti dei *beni comuni*. In aggiunta agli esempi proposti in precedenza della complessa ed articolata tutela dell'*ambiente* e del *paesaggio*²⁶, si considerino, in una dimensione ancor più in generale, la disciplina urbanistica ed edilizia, con particolare riferimento alla tutela del *territorio* ed alle *espropriazioni, ablativo e non ablativo*²⁷, nonché alle *occupazioni, usurpative, acquisitive e sananti*²⁸.

²⁴ Così, PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., 309.

²⁵ Così, RODOTA', *op. ult. cit.*, 56.

²⁶ Cfr. il precedente § 2, e spec. nt. 21.

²⁷ Ad esempio, attraverso l'imposizione, attraverso gli strumenti urbanistici, di *vincoli di in edificabilità*, anche ricorrendo allo strumento *negoziale o convenzionale* (ad es., *cessioni di cubatura, atti d'obbligo o di asservimento*). Si consideri anche la complessa disciplina dei «parcheggi», particolarmente diversificata e tale da modificare lo stesso concetto unitario di pertinenza, sia in ambito *privatistico* che *urbanistico*. In materia di parcheggi, particolarmente significative le riflessioni di L. MAIONE, *Considerazioni sul regime delle eccedenze in materia di parcheggi alla luce delle innovazioni legislative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 721 ss., in commento a CASS., 3.2.2012, n. 1664, secondo cui: «i parcheggi realizzati in eccedenza rispetto allo spazio minimo richiesto dall'art. 2 l. 24.3.1989, n. 122, non sono soggetti a vicolo pertinenziale a favore delle unità immobiliari del fabbricato, conseguentemente l'originario proprietario-costruttore dell'edificio può legittimamente riservarsi o cedere a terzi la proprietà di tali parcheggi, purché nel rispetto del vincolo di destinazione nascente da atto d'obbligo».

²⁸ Si ricordino le vicende dell'art. 43 del D.P.R. 8.6.2001, n. 327, meglio noto come *Testo unico sulle espropriazioni*, dichiarato incostituzionale da CORTE COST., 8.10.2010, n. 293 (in seguito anche ad alcune significative decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo). La disciplina delle *acquisizioni sine titulo* d'pare della P.A. è rifluita nell'art. 42-bis del citato Testo unico. In argomento, per una attenta e significativa ricostruzione, cfr. G. CERISANO, *La procedura di espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 2013, spec. 459 e 472 ss.

Nell'ambito dell'«oceano di opinioni»²⁹ intorno al diritto di proprietà, sembra qui utile ricordare un'altra definizione della proprietà proveniente da una diversa angolatura, e intesa come «l'insieme dei rapporti economici e sociali che definiscono la posizione di ciascuno rispetto all'utilizzazione di risorse scarse»³⁰. Questa definizione appare particolarmente significativa in quanto, da un lato, sembra porre l'attenzione sulla *concretezza* del diritto di proprietà, dall'altro, sembra rilanciare la questione relativa alla natura del diritto di proprietà in termini di *diritto naturale* dell'individuo³¹.

L'ingresso della proprietà nell'ambito dell'archetipo costituzionale radicalizza il dibattito sulla sua funzione *sociale* (art. 42, co. 2, Cost.), ed è il risultato del periodo storico che va dalla rivoluzione francese del 1789 alla codificazione napoleonica del 1804, che meriterebbe ben altro approfondimento al fine di potersi comprendere il verificarsi di un radicale mutamento di tendenza sociale: dalla preoccupazione per la *libertà* alla preoccupazione per l'*eguaglianza* sociale³². Si spiega meglio, in tal senso, il perché la *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789 non solo annoveri il diritto di proprietà nell'ambito dei diritti fondamentali, al pari, dunque, dei diritti di libertà e di eguaglianza, ma, in quanto strumento di concreta attuazione di questi, lo definisca espressamente «diritto inviolabile e sacro»³³.

²⁹ Già nel 1828, P. LIBERATORE, *Osservazioni sul titolo secondo di C.E. Delvincourt, Corso di diritto civile*, trad. it., Napoli, 1828, spec. 177, registrava un «oceano di opinioni» intorno al diritto di proprietà, come disciplinato nell'ambito dell'art. 544 del *Code civil*.

³⁰ Così, E. FURUTBON - S. PEJOVICH, *Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature*, in *Jour. Econ. Liter.*, 10, 1972, 1137 ss., ma spec. 1139. La citazione è tratta da RODOTA', *op. ult. cit.*, 61. In argomento, cfr. M. S. GIANNINI, *Ambiente*, in *Riv. trim. pubbl.*, 1973, 15 ss.

³¹ In argomento, si ricordi la storica decisione di CORTE COST. n. 55 del 1968, annotata da RODOTA', in *Il terribile diritto*, cit., 68, il quale così ne sintetizza il contenuto: «abbandono della nozione unitaria e formale della proprietà; sua scomposizione nella molteplicità degli statuti delle varie «categorie di beni»; ricomposizione del nesso tra aspettative economiche e tutela proprietaria».

³² Attraverso il passaggio dall'«*esprit philosophique*» all'«*esprit juridique*»; ma soprattutto attraverso un redistribuzione della proprietà «da una classe all'altra», osserva RODOTA', *op. ult. cit.*, 91, nel fare riferimento anche al pensiero di Sagnac, Solari e Garaud.

³³ Così, l'art. 17.

La *Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino* del 1789, antecedente storico dell’art. 42, co. 2, Cost., introduce, così, un primo rilevante riferimento alla *funzione sociale* della proprietà, soprattutto nella dichiarata prospettiva dell’*eguaglianza sociale*, in considerazione del contesto storico di riferimento. Non più, dunque, una logica esclusivamente individualistica, nel senso, cioè, che senza *proprietà* non potrebbe esserci *libertà*, perché non vi sarebbe *negozialità* – nel senso *privatistico*, di *autonomia* –, ammettendosi, già nel *Diritto delle Pandette* di Windscheid, «restrizioni» al diritto di proprietà³⁴; ed osservando, con straordinaria efficacia, Savigny, che la proprietà è «l’illimitato ed esclusivo dominio di una persona sopra una cosa», ma «ha per effetto la possibilità della ricchezza e della povertà entrambe senza limiti»³⁵.

Il *pensiero* di Savigny sembra introdurre nell’ambito della ricostruzione dello statuto proprietario un elemento di assoluta modernità, ossia il riferimento alla *responsabilità*, che sembra trascendere il singolo, per assumere dimensione *sociale*³⁶. Questo *elemento* – determinato specialmente dalla *rivoluzione industriale* del XIX secolo – ha, indubbiamente, prodotto un ulteriore mutamento di direzione e di funzione delle logiche proprietarie dell’*esclusività*,

³⁴ «La proprietà come tale è illimitata; ma ammette restrizioni» (così, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di C. Fadda e P.E. Bensa, I, Torino, 1930, 591 ss.).

³⁵ Così, F. K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di a cura di V. Scialoja, I, Torino, 1886, 368.

³⁶ Ad esempio, si consideri il complesso fenomeno dei *rifiuti*, nell’ambito della *responsabilità civile ed ambientale*, e conseguenti principi e doveri della *proprietà* e dell’*industria*. In argomento, utile punto di riferimento può essere considerata la disciplina delle *immissioni*, appunto, dettata in materia di diritto di proprietà, di cui all’art. 844 del cod. civ., oggetto di *interpretazioni evolutive* ad opera di alcune decisioni particolarmente significative della Corte Costituzionale, ed in applicazione del principio di *ragionevolezza*. In argomento, cfr. E. QUADRI, *Problemi di diritto privato*, Napoli, 2002, 75 ss., ove sono riportate anche alcune significative decisioni della Corte, ad esempio: CORTE COST., 23.7.1974, n. 247, nell’ambito della quale la tutela viene estesa – a dispetto della lettera normativa – non solo al *proprietario* ma anche a chi è titolare di diritti personali di godimento sul bene, in considerazione di una corretta individuazione del bene protetto dalla disciplina giuridica, che non è esclusivamente la *proprietà*, bensì la *salute* e, quindi, anche il diritto di vivere in un *ambiente salubre*.

unitamente alla valorizzazione dei beni produttivi, del *lavoro* e delle energie creative³⁷.

4. – Concetto giuridico, più di ogni altro, storicamente relativo, la *proprietà* dimostra una straordinaria capacità di *autoderminazione* in maniera davvero innovativa e in aperta rottura con il passato. Ciò si verifica specialmente attraverso la sua *costituzionalizzazione*, che avviene per effetto dell'attribuzione della *funzione sociale*, al fine di «renderla accessibile a tutti». Scrive, al riguardo, Jemolo: «alla vera linea di frattura si arriva quando, abbandonata l'idea del godimento *pro se*, si entra nel concetto di funzione di carattere sociale»³⁸, in attuazione di doveri di solidarietà sociale ed imponendo un *uso sociale* del diritto³⁹.

Il concetto giuridico della *funzione sociale* o anche *utilità sociale* è di particolare complessità, registrando opposte opinioni e, spesso, violente reazioni⁴⁰: dalla considerazione di carattere generale per cui «l'attributo della socialità può essere inteso dal potere pubblico in senso concretamente vario»⁴¹, al rilievo che dalla Costituzione sarebbe possibile desumere solo «ciò che è socialmente giusto, e non già ciò che è socialmente utile»⁴²; dall'affermazione

³⁷ Un significativo esempio, in tal senso, può essere riscontrato nell'ambito della *proprietà enfiteutica*, di origine medievale. Sin dalla sua origine, sino ad oggi, è oggetto di discussione la sussistenza sul medesimo bene, sostanzialmente, di due forme di proprietà. Ci si chiede, cioè, se, «in considerazione delle prerogative accordategli, il proprietario in senso sostanziale (in quanto titolare della situazione soggettiva preminente sul bene) possa essere identificato nel concedente o nell'enfiteuta, non a caso ambedue definiti come titolari di un vero e proprio *dominio* sulla cosa (*dominio diretto* il proprietario concedente, denominato anche *direttario*, *dominio utile* l'enfiteuta, denominato anche *utilista*)» (così, E. QUADRI, in F. BOCCHINI e E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2011, 457). Si considerino, in tal senso, gli artt. 971 e 972 del cod. civ. rispettivamente in materia di *diritto di affrancazione* e di *devoluzione*, con prevalenza accordata al primo.

³⁸ Così, A. C. JEMOLO, *Intervento*, in *Atti del III Congresso nazionale di diritto agrario*, Milano, 1954, 230 ss.

³⁹ Nelle pagine che precedono si è fatto riferimento alla teoria dell'*abuso del diritto* (cfr. il precedente § 1, e nt. 5).

⁴⁰ Per una ricostruzione particolarmente significativa, v. RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., spec. 195 e 273 ss.

⁴¹ In tal senso, G. MIELE, *Esperienze e prospettive giuridiche della pianificazione*, in *Justitia*, 1955, 271 ss.

⁴² Così, M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, 1956, 154 ss.

della indeterminabilità del concetto di *utilità* o *funzione sociale*⁴³, ad una sua possibile identificazione in termini di «benessere sociale», caro agli economisti, pure di difficile definizione⁴⁴; dall'affermazione di una «piena rivincita liberista»⁴⁵, all'affermazione che le disposizioni costituzionali sulla proprietà sarebbero, addirittura, «povere di contenuto»⁴⁶; ed infine, alla considerazione di una diversa identità *socialista*, attraverso una «sorta di degradazione del diritto di proprietà» ed una opposta valorizzazione della dignità del lavoro⁴⁷.

In ogni caso, sembra possibile, anche con riguardo a questa *categoria* ordinante della *funzione* o *utilità sociale*, cogliere la presenza di quelle due anime ideologiche *viventi* in Costituzione, espressione di quel compromesso politico che caratterizza e pervade la nostra straordinaria Carta costituzionale: da un lato, la visione *socialista*, nel caso specifico, attraverso la rappresentazione e la volontà di *giustizia sociale*, dall'altro, quella che è, forse, preferibile definire non semplicemente *liberale*, bensì *cattolica*, affermazione del «bene comune»⁴⁸, con ogni dovuta precisazione e distinzione e, sia consentito osservare, incertezza, anche di natura descrittiva.

Con le premesse difficoltà, è, forse, da preferirsi il tentativo di definizione dell'*interesse sociale* – che caratterizza questa *funzione* o *utilità* – come la «risultante degli interessi degli appartenenti ad una categoria o ad un gruppo

⁴³ In tal senso, G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 622 ss.

⁴⁴ Cfr. F. CAFFE', voce *Benessere (Economia del)*, in *Dizionario di economia politica*, a cura di Napoleoni, Milano, 1956, 65 ss.

⁴⁵ In questa direzione, specialmente: V. CASTRONOVO, *La storia economica*, in *La storia d'Italia* a cura di Aa. Vv., IV, *Dall'unità ad oggi*, I, Torino, 1975, 375 ss.; P. CAFFE', *Recensione a P. Saraceno*, in *Critica economica*, 1946, 95 ss.; P. CRAVERI, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, 1977, 119 ss.

⁴⁶ Così, R. SACCO, *La proprietà. Lezioni*, Torino, 1968, 72 ss., il quale aggiunge che: «sarebbe fuori di luogo dire che i redattori degli artt. 42 e ss. della Costituzione si siano resi conto della complessità dei problemi della proprietà».

⁴⁷ Cfr., in particolare: C. MORTATI, *Ispirazione democratica della Costituzione*, in *Il secondo Risorgimento* a cura di Aa. Vv., Roma, 1955, 415 ss.; U. NATOLI, *La proprietà*, I, Milano, 1965, 27 ss.; C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, 73 ss. Per ogni ulteriore e necessario approfondimento, sia consentito rinviare, anche per ragioni di sintesi, ai lavori della I e III Sottocommissione dell'Assemblea Costituente.

⁴⁸ In argomento, v. RODOTA', *op. ult. cit.*, 198, cui si rinvia per opportuni riferimenti bibliografici (v. spec. nt. 67).

sociale. Si tratta di un interesse collettivo, ma non generale: che, quindi, pur essendo particolaristico, si distingue dagli interessi individuali, ma che, ciononostante, non si confonde con l'interesse dell'intera collettività, impersonificata nello Stato»⁴⁹.

Senza alcuna pretesa di completezza, né tanto meno di assicurare definizioni soddisfacenti e, soprattutto, univoche, tuttavia, può risultare utile, in chiave euristica e ricostruttiva del concetto di *funzione* o *utilità sociale*, indicare le principali disposizioni costituzionali nell'ambito delle quali questa *categoria* ordinante viene utilizzata, ebbene: l'art. 2 Cost., che fa riferimento alle «formazioni sociali» ed alla «solidarietà sociale»; l'art. 3 Cost., in materia di «dignità sociale», di «condizioni sociali» e di «ostacoli di ordine sociale»; l'art. 4 Cost., che menziona il «progresso della società»; l'art. 29 Cost., che definisce la famiglia «società naturale», oggetto di recenti e significative reinterpretazioni⁵⁰;

⁴⁹ Così, U. NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1955, 87 ss.

⁵⁰ Il riferimento è, in particolare, al complesso e conflittuale dialogo tra famiglia legittima e unioni solidali tra eterosessuali ed omosessuali. In proposito, basti rinviare a E. QUADRI, *Il diritto di famiglia: evoluzione storica e prospettive di riforma*, in *Studi in onore di G. Benedetti*, Roma-Bari, 2002, p. 1511 e ss. Si ricordi il *Pacte civil de solidarité* (l. n. 99-924 del 15.11.1999) che, in Francia, rappresenta un primo riconoscimento significativo delle coppie di fatto eterosessuali; ed il noto e fortemente dibattuto modello olandese che ha aperto l'accesso al matrimonio anche alle coppie omosessuali; e la recente legge tedesca in materia di convivenza (*Lebenspartnerschaft* del 16.2.2001). Modelli, specialmente quello francese, ai quali si è fatto riferimento in Italia nei diversi tentativi di regolamentazione del fenomeno della convivenza. (da ultimo, la proposta di legge sui *Pacs*). La diversità di situazioni soggettive consiglierebbe, forse, quanto meno un intervento legislativo separato, *ad hoc*, per ciascun fenomeno di convivenza, dovendosi pure considerare la diversa funzione svolta dalle diverse ipotesi di convivenza: i conviventi eterosessuali, difatti, almeno tendenzialmente, scelgono questo modello al fine proprio di sottrarsi al vincolo matrimoniale; quelli omosessuali, al contrario, almeno comunemente, aspirano, invece, al massimo riconoscimento del vincolo al pari dei coniugi. In argomento, cfr. QUADRI, *op. cit.*, spec. p. 1521. L'invito alla diversificazione sembra, peraltro, trovare riscontro nell'ambito della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, all'art. 9, distingue il «diritto di sposarsi» da quello di «costituire una famiglia». In argomento, è intervenuta la recente, controversa decisione di CASS., 15.3.2012, n. 4184, in *Riv. it. costituzionalisti*, 2012, 1 ss., che, rigettando il ricorso di due cittadini italiani dello stesso sesso, che avevano contratto matrimonio all'estero (in Olanda) ed i quali ne chiedevano la trascrizione nell'atto dei registri dello stato civile, ha affermato, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale ed europea, che un simile matrimonio non è, tuttavia, da considerarsi «inesistente» per l'ordinamento italiano, ma soltanto *inidoneo* a produrre effetti giuridici rilevanti; ed ha, altresì, affermato che le coppie omosessuali, stabilmente conviventi, sono titolari del «diritto alla vita familiare» ed hanno, di conseguenza, il diritto ad agire per la tutela di «specifiche situazioni» al fine di poter ottenere un «trattamento omogeneo» rispetto ai «conviventi matrimoniali». Si cfr., inoltre, CASS., 11.1.2013, n. 601, in *Federalismi.it*, che, rigettando il ricorso di un genitore avverso la decisione della Corte di Appello di Brescia – che disponeva l'affido esclusivo

l'art. 30, in materia di «tutela sociale»; l'art. 38, in materia di «assistenza sociale»; l'art. 41 Cost., che prende in considerazione l'*iniziativa economica*, nella prospettiva della «utilità sociale» e dei «fini sociali»; l'art. 42 Cost., qui annotato, in materia di proprietà e *funzione sociale*; l'art. 44, che fa riferimento ad «equi rapporti sociali»; l'art. 45, che valorizza la «funzione sociale della cooperazione»; l'art. 46, in materia di «elevazione sociale»; l'art. 99, che fa riferimento alla «legislazione sociale»; si aggiunga, inoltre, l'utilizzazione negli artt. 35, 42 e 43 Cost., del riferimento all'«utilità» e all'«interesse generale»; l'art. 32 Cost., che collega il diritto alla salute all'«interesse della collettività»; ed il riferimento al «pubblico interesse» nell'ambito dell'art. 82 Cost.⁵¹.

Una utilizzazione, dunque, non univoca del riferimento alla *funzione o utilità sociale* – per le indicate ragioni, sinonimo di *benessere* o *interesse* o *fine sociale*, e con diverse possibili letture⁵² –, che, riferita alla proprietà, sembra, però, confermare il venir meno di quella logica esclusivamente individualistica, cioè, del *godimento pro sé*, per favorire, in chiave solidaristica ed egualitaria, interessi *umani comuni* e *generalis*. In tal senso, si usa discorrere anche di *proprietà funzionalizzata*, a voler sottolineare che l'art. 42, co. 2, Cost., attraverso la *funzione sociale*, ha introdotto una «riserva di legge» in favore del «legislatore futuro», nel senso, cioè, di imporre dei limiti all'intervento legislativo in materia

del minore alla madre convivente con altra donna –, ha condiviso quella impostazione (formatasi negli ultimi anni) per la quale, in materia di affidamento di figli, appare irrilevante l'«orientamento sessuale» del genitore al fine della valutazione dell'idoneità dello stesso a prendersi cura della prole, seppure con ogni dovuta distinzione e precisazione.

⁵¹ Per questa sintesi, v. RODOTA', *op. ult. cit.*, spec. 202, il quale osserva che: «appare immediatamente evidente che l'uso del qualificativo sociale, senza essere contraddittorio, non è però univoco».

⁵² Si osserva: una prima lettura «descrittiva», nel senso, cioè, di essere finalizzata alla individuazione di alcuni dati obiettivi (in tal senso, si indicano, ad esempio, gli artt. 2, 3 e 29 Cost.); una seconda lettura si ritiene «comprensiva», nel senso, cioè, del riconoscimento della necessità e, dunque, del diritto, ad una effettiva integrazione dell'individuo nella società, attraverso l'adozione di determinate misure in presenza di determinate condizioni (si indicano, in tal senso, gli artt. 2, 3, 4, 30, 38, 46); una terza lettura, infine, definita in termini di «criterio di valutazione di situazioni giuridiche connesse a determinate attività economiche, delle quali sono indicate ambito ed eventuali forme di coordinamento» (si indicano gli artt. 41, 42, 44 e 45 Cost.). nell'ambito di quest'ultima lettura rientrerebbe, dunque, la problematica della proprietà. In proposito, v. RODOTA', *op. ult. cit.*, 207 ss.

di diritto di proprietà, legittimando solo interventi legislativi che rispettino detta *funzione sociale*, con conseguente sindacato sull'attività legislativa al riguardo⁵³.

La possibilità di *funzionalizzare* la proprietà non sembra sollevare particolari questioni, atteso che, a differenza di altre esperienze normative, la Costituzione annovera il diritto di proprietà nell'ambito dei diritti fondamentali⁵⁴, ma senza affermarne l'*invulnerabilità*⁵⁵. Circostanza, questa, che non deve destare incertezze, in quanto, al pari di ogni altro diritto fondamentale, anche la proprietà è un diritto «limitabile», naturalmente a determinate condizioni, ma che, per volontà del Costituente non può essere cancellato. Al riguardo assume, altresì, rilievo la ritenuta possibile esistenza di due modelli di *proprietà costituzionale*: uno, di cui in Costituzione, ed un altro, ad opera della Corte Costituzionale, in applicazione degli artt. 3 e 42 Cost.⁵⁶.

⁵³ Al riguardo, cfr. RODOTA', *op. ult. cit.*, 315 ss., il quale osserva come la *funzione sociale* costituisca, nel senso di cui nel testo, lo strumento «concettuale» offerto alla Corte Costituzionale per sindacare gli interventi legislativi in materia di proprietà. L'a. pone, però, la questione relativa all'individuazione dei «parametri» da utilizzare a tal fine e riporta un brano particolarmente significativo della sentenza della Corte Costituzionale n. 14, del 7.3.1964 (v. p. 319), rilevando che, affinché possa affermarsi l'illegittimità costituzionale di una legge di funzionalizzazione della proprietà privata, sembra necessario che: «l'organo legislativo non abbia compiuto un apprezzamento di tali fini (*di utilità generale*) e dei mezzi per raggiungerli o che questo apprezzamento sia stato inficiato da criteri illogici, arbitrari o contraddittori ovvero che l'apprezzamento stesso si manifesti in palese contrasto con i presupposti di fatto. Ci sarebbe anche vizio di legittimità se si accertasse che la legge abbia predisposto mezzi assolutamente inidonei o contrastanti con lo scopo che essa doveva conseguire ovvero se risultasse che gli organi legislativi si siano serviti della legge per realizzare una finalità diversa da quella di utilità generale che la norma costituzionale addita». In proposito, si consideri anche l'esempio dell'*acquisizione sanante* (ex 43 TUE, ora 42 bis), di cui si è detto in precedenza (v. § 4, e nt. 42).

⁵⁴ In tal senso, specialmente CORTE COST., 22.12.1977, n. 153, in *Giur. costituz.*, 1977, 1469 ss., secondo cui: «la legge riconosce e garantisce la proprietà privata e in particolare aiuta la piccola e media proprietà terriera, alla quale può bensì imporre obblighi e vincoli, ma per il duplice fine del razionale sfruttamento del suolo e del conseguimento di equi rapporti sociali, senza incidere eccessivamente sulla sostanza del diritto di proprietà, a beneficio di altri soggetti privati, pur meritevoli di particolare tutela».

⁵⁵ Ci si riferisce, in particolare, alla *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789 che, come indicato, espressamente affermava che il diritto di proprietà era «invulnerabile e sacro»; nonché all'art. 29 dello Statuto Albertino, che attribuiva al diritto di proprietà prevalenza anche sul diritto di *libertà* (v. Rodotà, *op. ult. cit.*, spec. 331).

⁵⁶ Ci si riferisce alla citata decisione n. 55 del 1968 della Corte Costituzionale, dalla quale sembra, in effetti, risultare un rinvigorimento della tutela proprietaria. La decisione è annotata da RODOTA', *op. ult. cit.*, spec. 336: «a) estensione della garanzia prevista dall'art. 42, comma 2, della Costituzione alle cosiddette espropriazioni di valore; b) utilizzazione di (sia pur generici) criteri economici per identificare le specifiche espropriazioni di valore a cui la ricordata garanzia sarebbe applicabile; c)

Le istanze egualitarie e solidaristiche presenti nell'Ordinamento sembrano svolgere un ruolo significativo nell'edificazione del diritto di proprietà in termini di diritto fondamentale della persona, attraverso il quale si manifesta la personalità dell'individuo (v. artt. 2 e 3 Cost.) ed è possibile *accedere* a determinate forme di proprietà c.d. «*favorite*». Ci si riferisce, specialmente, all'*abitazione* ed alla *proprietà coltivatrice diretta*, che soddisfano necessarie esigenze di vita⁵⁷. Senza neppure doversi omettere il riferimento alla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che, pare il caso di ricordare, colloca il diritto di proprietà nell'ambito dei diritti fondamentali di *libertà*⁵⁸.

Le difficoltà esegetiche per l'interprete, nel conferire adeguato contenuto, di volta in volta e di epoca in epoca, a questa complessa e delicata *funzione sociale*, si manifestano anche in considerazione del fatto che essa sconta, al pari di altre c.d. *clausole generali* dell'ordinamento – quali sono, ad esempio, la buona fede, il buon costume e l'ordine pubblico –, un alto grado di indeterminatezza, a cominciare dalla *lettera* stessa del comma 2 dell'art. 42 Cost., secondo cui: la proprietà «ha» e non «è» una *funzione sociale*⁵⁹.

Naturalmente non mancano neppure concezioni *negazioniste* dell'ammissibilità di una funzione sociale con riguardo alla proprietà, ripugnando l'idea stessa di *funzione* in termini di vincolo alla proprietà intesa,

utilizzazione della teoria delle «più proprietà», attraverso il riferimento ad una nozione di «categoria di beni» individuata sostanzialmente in base ad una comune funzione economica, per circoscrivere formalmente i casi di applicabilità della nuova garanzia apprestata per le espropriazioni di valore; d) controllo della legittimità costituzionale degli interventi legislativi riguardanti il diritto di proprietà alla luce del principio di eguaglianza affermato dall'art. 3 della Costituzione; e) irrigidimento del rapporto tra attività legislativa e attività amministrativa, con evidenti riflessi sulla portata della riserva di legge in materia proprietaria».

⁵⁷ Cfr. gli artt. 42 e 47 Cost.

⁵⁸ Cfr. l'art. 17, per il quale. «ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale», prosegue, il comma 2, «la proprietà intellettuale è protetta».

⁵⁹ Cfr., al riguardo, RODOTA', *op. ult. cit.*, 217, cui si rinvia anche per opportuni riferimenti bibliografici.

appunto, come diritto di libertà⁶⁰. Discutendosi, poi, su quale sia «la proprietà chiamata ad assolvere la funzione sociale», che potrebbe non essere «la proprietà-diritto soggettivo, ossia in quanto diritto soggettivo», bensì «la proprietà come istituto giuridico»⁶¹. Termine, questo, pure di difficile definizione, indicando entità diverse: «ora un complesso di fattispecie, ora un complesso di materie, ora un complesso di norme, ora un complesso di rapporti giuridici»⁶². La distinzione tra la *funzione sociale del diritto soggettivo di proprietà* e la *funzione sociale dell'istituto*, espone, però, al «rischio di introdurre una duplicazione assai pericolosa, già palese in quegli autori che ritengono di salvaguardare la purezza del concetto tradizionale contrapponendo una proprietà effettiva ad una giuridica»⁶³. E con l'aggiunta, pare il caso di precisare, della *funzione sociale dei singoli beni*, determinante della relativa categoria (ad esempio, beni privati, pubblici, del patrimonio disponibile, indisponibile, demaniale)⁶⁴.

La *funzionalizzazione sociale* della proprietà ha, indubbiamente, determinato, come pure significativamente osservato, da un lato, l'«erosione del diritto di proprietà, per quanto riguarda il contenuto», attraverso, cioè, «una riduzione dei poteri riconosciuti al proprietario»; dall'altro, l'«erosione della sfera riservata alla proprietà individuale» e, dunque, la «riduzione degli oggetti sui quali ammettesi il diritto di proprietà nei privati»⁶⁵.

Con una ulteriore riflessione in relazione al dogma del *numerus clausus* dei diritti reali, oggetto, com'è noto, di vivace discussione, potendosi in questa

⁶⁰ In argomento, cfr., in particolare, R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, in *Jus*, 1960, 150 ss., ma spec. 172 ss.

⁶¹ In tal senso, v. F. SANTORO PASSARELLI, *Proprietà e lavoro in agricoltura*, in *Libertà economica e proprietà fondiaria, Atti del IV Convegno dell'Unione dei giuristi cattolici italiani*, Roma, 1953, 64 ss.; nonché MAZZIOTTI, *Il diritto del lavoro*, cit., 198 ss.

⁶² Così, P. VIRGA, *Libertà giuridica e diritti fondamentali*, Milano, 1947, 218 ss.

⁶³ In tal senso, RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., 247 e nt. 227, il quale prosegue: «si tornerebbe, così, nella polemica che divise la dottrina tedesca della metà dell'800 e che oggi appare tanto lontana (...)».

⁶⁴ Cfr. l'art. 42 Cost. e gli artt. 810 e ss. e, con riferimento ai beni pubblici, artt. 822 e ss. del cod. civ.

⁶⁵ Così, F. VASSALLI, *Il diritto di proprietà*, in *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, 417 ss.

sede solo osservare come si tratti di un limite all'esercizio dell'autonomia privata (arg. ex art. 1372 cod. civ., dal principio di *relatività* degli effetti del contratto⁶⁶), ma non per il legislatore, in potere, dunque, di ampliare il catalogo dei diritti reali⁶⁷, dunque, non immodificabile, ma solo storicamente condizionato⁶⁸.

5. – Pare utile muovere da una premessa: «non soltanto in termini quantitativi», i «beni pubblici in senso stretto, vale a dire quelli demaniali (ed indisponibili), hanno da tempo perso il primato a favore del notevole ampliamento della categoria di quelli patrimoniali»⁶⁹.

«Beni di appartenenza pubblica», quindi, sempre più di frequente attratti da logiche di «gestione imprenditoriale» e, di conseguenza, assoggettati al regime del diritto privato, un regime, questo, caratterizzato da logiche di appartenenza proprietarie esclusive.

Alla luce delle brevi riflessioni che precedono – e di quelle che seguiranno in relazione ai *beni comuni* –, appare significativo rilevare, come dianzi si accennava, il manifestarsi di peculiari controtendenze: con riferimento alla categoria dei *beni pubblici*, in direzione di *logiche non proprietarie*, dunque, verso i *beni comuni*; ed in senso opposto, nell'ambito della categoria dei *beni pubblici in senso stretto*, in direzione di logiche strettamente *proprietarie*, dunque,

⁶⁶ In argomento, sia consentito rinviare a F. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli-Roma, 2012, spec. 78 ss.

⁶⁷ Si considerino, tra le diverse discusse ipotesi di diritti reali *atipici*, le seguenti: la *multiproprietà* (oggi disciplinata nell'ambito del Codice del Consumo, d.lgs. n. 205 del 2006, artt. 69-81-bis); la fattispecie del *super condominio*; il *trust*. E, si possono aggiungere le controverse ipotesi delle *proprietà risolubili* (ad esempio, la vendita con patto di riscatto, artt. 1500 e ss. del cod. civ.); la vendita con riserva di proprietà (artt. 1523 ss. del cod. civ.); e le altrettanto discusse ipotesi di *servitù atipiche*.

⁶⁸ In argomento, cfr., in particolare: L. BARASSI, *Diritti reali limitati*, Milano, 1937, spec. 50 ss.; F. MESSINEO, *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 1966, spec. 567 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Diritti reali (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, 1971, 752 ss.; U. MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, spec. 71 ss.; G. ALPA - M. BESSONE - A. FUSARO, *Tipicità e numero chiuso dei diritti reali. Posizioni della dottrina, orientamenti giurisprudenziali*, in *Poteri dei privati e statuto della proprietà* a cura di A. Fusaro, Roma, 2004, 5 ss.; QUADRI, *Diritto privato*, cit., spec. 453 ss.

⁶⁹ Così, G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1999, spec. 12 ss.

esclusive, per intenderci secondo le regole del *diritto privato di proprietà* (artt. 832 e ss. del cod. civ.).

Il legislatore, neppure nell'ambito di *norme contabili* (oggetto di legislazione speciale), sembra fornire una definizione univoca ed unitaria di *bene pubblico* e, con essa, sembra il caso di aggiungere, di *patrimonio pubblico*, limitandosi, pare potersi ritenere anche nell'ambito della legislazione generale di riferimento (spec. artt. 822 e ss. del cod. civ.), ad elencare le sue componenti, individuandole, rispettivamente ed essenzialmente: nelle categorie dei beni immobili e mobili, compreso il *denaro*; nei *diritti patrimoniali quali beni giuridici*⁷⁰; nei *diritti reali su beni altrui*, regolati sia da norme di diritto privato che di diritto pubblico; nelle ulteriori categorie degli *usi civici*⁷¹ ed *oneri reali*.

Senza la pretesa di ricostruire le molteplici e spesso contrastanti definizioni, proposte specialmente in dottrina, né tantomeno di valutarne la congruenza, anche con specifico riferimento al «patrimonio» dello Stato e degli altri Enti pubblici, potrebbe essere attribuito il comune significato di «parte della sfera giuridica» costituita dal «complesso dei rapporti giuridici valutabili in danaro», comprendendo, quindi, «non solo i diritti ma anche le obbligazioni»⁷².

⁷⁰ Così, specialmente, C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, spec. 52 ss., per il quali *i diritti patrimoniali* costituiscono «i diritti soggettivi che tutelano un interesse economicamente valutabile e che concorrono a formare il patrimonio di un soggetto».

⁷¹ In proposito, v. CASS., 12.6.2009, n. 13757, in *Demanio e patrimonio pubblico, Repertorio di giurisprudenza 2009* a cura di Paolo Loro, Padova, 2011, 42 ss., secondo cui: in relazione all'esercizio dei diritti di uso civico di «promiscuo godimento» (di cui alla l. 16.6.1927, n. 1766, art. 3), il legislatore, «nel prevedere l'obbligo della denuncia, ha inteso riferirsi ai diritti di uso civico su beni altrui, non potendosi tale ipotesi configurare nel caso di titolarità dei beni spettanti alla stessa *universitas* di appartenenza degli utenti, anche quando i diritti siano esercitati da collettività residenti in parti limitate del territorio comunale; tale normativa non è in contrasto con gli artt. 3 e 432 Cost., giacché la profonda diversità dei contenuti dei diritti di uso civico, su beni privati o appartenenti ad enti territoriali distinti da quelli di residenza degli utenti, rispetto a quelli aventi ad oggetto beni della proprietà *universitas*, giustifica la diversa disciplina, senza incontrare alcuna controindicazione nell'esigenza della libera circolazione dei beni».

⁷² La definizione di patrimonio preferita nel testo è tratta da L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936, spec. 1 ss.; Id., *Della proprietà*, in *Cod. Civ., Commentario* a cura di D'Amelio, Firenze, 1942, 67 ss. In argomento, v.: B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Vol. I, parte I, trad. it. a cura di C. Fadda e P. E. Bensa, Torino, 1904, 73 (§ 42); C. FADDA e P. E. BENSA, *Note a Windscheid*, I, Torino, 1930, 673; A. PINO, *Il*

Il particolare regime pubblicistico di un determinato *bene* deriva, nell'Ordinamento e secondo la prospettazione della disciplina generale (artt. 822 e ss. del cod. civ.), dall'inserimento dello stesso nell'ambito della categoria del *demanio* o in quella del *patrimonio*, entrambi da valutare alla luce della prospettiva costituzionale della *proprietà pubblica funzionalizzata* di cui all'art. 42 della Costituzione, cui si è fatto ampiamente cenno dianzi, e per il quale i «beni economici» possono essere oggetto di proprietà pubblica o privata (art. 42, co. 1, Costituzione).

La classificazione dei beni pubblici, poi, tra *demaniali* e *patrimoniali* – successivamente, tra *patrimoniali indisponibili* e *patrimoniali disponibili*⁷³ (v. art. 826 del cod. civ.) – si manifesta altrettanto incerta, non indicando il codice civile, agli artt. 822 (v. anche art. 28 cod. nav.) e 826 e ss., un criterio sostanziale di differenziazione, tant'è che, secondo una tradizionale impostazione, si può ritenere che detta differenziazione derivi da una diversa considerazione, in termini di «importanza», del bene pubblico⁷⁴. Concezione, questa, tuttavia

patrimonio separato, Padova, 1950; E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, I, München, 1889, § 40; N. COVIELLO, *op. ult. cit.*, 254; F. FERRARA Sr., *Trattato di diritto civile italiano*, I, Roma, 1921, 864; S. PUGLIATTI, *L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Annali Messina*, I, 1927, 66. Il Ferrara ed il Pugliatti si limitano ad indicare esclusivamente i diritti senza menzionare gli obblighi. Inoltre, A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 1995, 394, secondo cui il patrimonio «non va considerato unitario oggetto di diritto, ma è l'insieme dei rapporti giuridici con diretta rilevanza economica di cui una persona sia titolare; come tale, il patrimonio è composto di diritti e di obblighi aventi ciascuno il proprio oggetto. Esso è quindi una parte della sfera giuridica del soggetto (nella quale si comprendono anche diritti di natura personale, diritti di famiglia, diritti pubblici, ecc.)». Distinti sono il patrimonio «in senso giuridico», comprensivo anche del «contenuto passivo, cioè la titolarità degli obblighi valutabili pecuniariamente, oltre che dei diritti»; ed il patrimonio «in senso economico», valutato «al netto, cioè come l'insieme dei valori che rimangono dopo detratte le passività». E, più di recente, v. F. BOCCHINI, in F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2014, 93 ss. In argomento, sia, altresì, consentito rinviare a F. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, spec. 72 ss. Specificamente, sul concetto di *bene in senso giuridico*, si rinvia a quanto osservato nel precedente § 2, e, quanto alla bibliografia, agli autori ivi citati.

⁷³ «(...) il regolamento approvato con R. decreto 4.5.1885, n. 3074, per l'esecuzione della legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, introduceva la distinzione tra beni patrimoniali disponibili e patrimoniali indisponibili, dichiarando l'inalienabilità di questi ultimi e sottraendo così al regime del diritto comune un numero notevole di beni appartenenti al patrimonio dello Stato».

⁷⁴ In proposito, si ricordi la *Relazione al Codice Civile*, n. 386: «l'art. 811, dichiarando che i beni sono soggetti alla disciplina dell'ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica e alle esigenze della produzione nazionale, pone in evidenza il criterio fondamentale di distinzione dei beni nel nostro ordinamento, desunto dall'importanza dei beni stessi nell'economia produttiva

diversamente criticata in dottrina, stante, da un lato, la lacunosità del regime speciale, dall'altro, l'eterogeneità dei beni rientranti nell'ambito del demanio, tale da non consentire, si ritiene, aprioristiche distinzioni, almeno in senso ontologico⁷⁵. Condivisibile l'impostazione che, invece, pone a fondamento della distinzione tra beni demaniali e beni patrimoniali (specialmente indisponibili) un criterio «legislativo formale», nel senso, cioè, detti beni sono diversamente classificati dal legislatore in relazione alle loro differenti caratteristiche indicate dal legislatore stesso⁷⁶.

In tal senso, meglio sembra comprendersi la natura tassativa⁷⁷ dell'elenco dei beni demaniali di cui all'art. 822 del cod. civ. e art. 28 cod. nav.,

della Nazione. (...) la partizione, cioè, tra una categoria di beni che hanno preminente importanza sociale e una categoria di beni che hanno, più che altro, interesse individuale. Nella disciplina del codice del 1865 la categoria dei beni di importanza sociale s'identificava sostanzialmente con quella dei beni immobili».

⁷⁵ In proposito, v., in particolare: IANNARELLI - MACARIO, *La proprietà dello stato, degli enti pubblici, degli enti pubblici ecclesiastici, delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati*, cit., 338 ss.; M. RENNA, *Privatizzazioni e beni pubblici*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazione dopo gli anni '90, un primo bilancio*, a cura di Aa. Vv., Rimini, 2004, 2 ss.

⁷⁶ La *Relazione al Codice Civile*, n. 393, dopo aver fatto espresso riferimento alla «incertezza dei criteri», afferma la necessità del «criterio logico formale», dovendo «beni che formano parte del demanio pubblico essere indicati in modo preciso dalla legge». In proposito, cfr., in particolare, A. M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1981, spec. 277 e 280 ss., per il quale «la distinzione (...) va (...) impostata alla stregua di un criterio formale (...). Sono demaniali o patrimoniali indisponibili i beni (...) rispettivamente indicati (...) come tali dall'ordinamento. In argomento, cfr.: CAPUTI JAMBRENCHI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. giur.*, V, 1988, 1 ss.; G. PALMA, *Beni pubblici*, Napoli, 1983; Id., *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 76 ss.; RESTA, *dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici (artt. 810-956)*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di A. Scialoja e F. Branca, Milano, 1976, 67 ss.; CASSESE, *I beni pubblici, Circolazione e tutela*, Milano, 1969 ss.; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici (dispense dalle lezioni del corso di Diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963)*, Roma, 1981; CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, 34 ss.; BIONDI, voce *Demanio (diritto moderno)*, in *Nuovo dig. it.*, V, 1967, 427; VIRGA, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, Palermo, 1952, 7 ss.; e, più di recente, A. IANNARELLI- F. MACARIO, *La proprietà dello stato, degli enti pubblici, degli enti pubblici ecclesiastici, delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di E. Gabrielli, vol. 3, *Della proprietà, artt. 810-868 c.c.*, cit., 338 ss.; A. DE SIMONI, *La proprietà dello Stato e degli Enti pubblici*, in *Proprietà e diritti reali* a cura di L. Balestra, I, Torino, 2011; E. BASSOLI, *Proprietà pubblica*, in *Proprietà e diritti reali* a cura di G. CASSANO, Padova, 2011, 381 ss.; L. MERCATI, *Dei beni*, in *La proprietà dello stato, degli enti pubblici, degli enti pubblici ecclesiastici, delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di E. Gabrielli, cit., 244 ss. Particolarmente significative le riflessioni critiche di CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, 273 ss., il quale sembra, in effetti, negare valore scientifico al concetto di demanio, atteso che non costituirebbe un «concetto ordinativo della realtà, che indichi cioè gruppi di fattispecie identificabili in base ai medesimi caratteri (...) né si individua in uno o più istituti di disciplina positiva applicabili a codeste fattispecie».

⁷⁷ Cfr., CASS., 15.7.1999, n. 391, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, 79 ss. Al riguardo, SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., 277 ss., osserva che «sono demaniali quei beni di proprietà di enti pubblici di cui agli

pur imponendo i richiamati principi costituzionali in materia di «considerare tali, oltre a quelli che rispondono ai criteri dettati dagli artt. 822 ss., anche i beni che per loro intrinseca natura sono caratterizzati da un godimento collettivo o, indipendentemente dal titolo di proprietà pubblico o privato, risultano funzionali ad interessi della collettività»⁷⁸.

I beni pubblici sono da considerarsi tali, difatti, se, stando a un diffuso insegnamento, soddisfano sia il «criterio soggettivo» dell'appartenenza allo Stato o ad un Ente pubblico, sia il «criterio oggettivo», nel senso indicato di appartenenza ad una delle categorie logico-formali adottate dal legislatore al fine di identificarli e, come osservato, avuto riguardo alle caratteristiche intrinseche di detti beni in relazione agli scopi di interesse generale cui sono asserviti⁷⁹; ed in tal senso, non potendo la *demanialità* essere considerata una «qualità» del bene⁸⁰. In questa sede ai citati criteri non può che essere operato un cenno soltanto⁸¹.

Così, nell'ambito dell'art. 822 del cod. civ., si distingue fra *demanio naturale* e *demanio artificiale*⁸², ravvisando la «caratteristica della demanialità

artt. 822 e 824 o che, pur senza esservi espressamente indicati, siano assimilabili a tali tipi; così per esempio vanno assimilati agli acquedotti i pozzi pubblici destinati a usi potabili e igienici; vanno assimilati ai canali i laghi artificiali (...). Siccome la indicazione dei tipi da parte del legislatore ha carattere tassativo, non possono per contro ammettersi estensioni tali da farvi rientrare generi non considerati dai testi legislativi».

⁷⁸ Così, CASS., sez. un., 12.2.2011, n. 3811, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, I, 881 ss.; in dottrina, fondamentali le riflessioni di VIRGA, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, cit., 7 ss.

⁷⁹ Pare il caso di ricordare, in proposito, la *Relazione al Codice Civile*, n. 392 che, in relazione ai beni del «demanio pubblico» (espressione utilizzata dal codice del 1865 per definire i beni appartenenti allo Stato e per distinguerli dai «beni di uso pubblico», espressione utilizzata per indicare i beni delle province e dei comuni), precisa come l'«elenco» dei beni demaniali del codice del 1865 «fu ampliato con leggi successive in corrispondenza dei nuovi scopi assunti dalla pubblica amministrazione».

⁸⁰ In questa prospettiva, si ricordi la storica decisione di CASS., 5.5.1951, n. 1065, per la quale la *demanialità*: «è inerente alla natura del bene stesso, per la funzione cui esso è destinato, onde l'iscrizione del medesimo in un elenco di beni demaniali non è attributiva, ma ricognitiva della natura demaniale».

⁸¹ A titolo meramente esemplificativo, quanto, ad esempio, al *criterio soggettivo*, si consideri la complessa definizione di *ente pubblico, economico e non economico*, ad esempio, la discussa fattispecie dei Consorzi di Sviluppo Industriale, gli Istituti Autonomi Popolari, le Agenzie governative ed enti strumentali (ad es., l'Agenzia spaziale, il Cira), il CNR, le *Stazioni biologiche* e, più in generale, gli *organismi di diritto pubblico*.

⁸² In proposito, basti rinviare a F. GALGANO, *Le categorie generali, le persone, la proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* a cura di F. Galgano, I, Padova, 2004, 388 ss.: alla categoria del *demanio naturale*

nell'uso diretto e immediato del bene da parte dei cittadini, considerando il demanio militare come un demanio anomalo»; oppure, «nella destinazione del bene all'uso pubblico, inteso questo nella più lata accezione, si da comprendervi anche i beni di cui i cittadini fanno uso indiretto e mediato, spettandone l'uso diretto allo Stato nell'interesse della collettività»; ovvero identificando «i beni demaniali con i beni formanti oggetto immediato di pubblica amministrazione»⁸³. In proposito, è stato significativamente osservato che è da intendersi «demaniale ogni bene immobile o universalità di mobili, la cui proprietà o godimento sono necessari ad un Ente pubblico territoriale per l'esercizio di una sua funzione pubblica esclusiva»⁸⁴. Definizione, questa, che tuttavia si ritiene non del tutto soddisfacente con riferimento ai beni del *demanio non riservato*.

A questa distinzione si aggiunge, poi, quella tra *demanio necessario o riservato*⁸⁵ e *demanio non riservato o accidentale*⁸⁶, i beni del primo genere dovendo

appartengono il lido del mare, la spiaggia, le rade, i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; al *demanio artificiale* le opere destinate alla difesa nazionale, strade, autostrade, strade ferrate, aeroporti, acquedotti, immobili di valore storico e archeologico o artistico, cimiteri. Con riferimento, ad esempio, alle autostrade, che si caratterizzano anche per la presenza del *pedaggio*, si è osservato che «nel caso in cui vengano costruite e gestite in concessione da privati», si ritiene che «il carattere della demanialità venga acquistato al termine della concessione quando cioè la proprietà passa all'ente territoriale competente» (v. IANNARELLI - MACARIO, *La proprietà dello stato, degli enti pubblici, degli enti pubblici ecclesiastici, delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati*, cit., 341). Secondo CASS., 2.3.2007, n. 4975, in *Giur. it.*, I, 1, 2008, 370 ss., «affinché un'area privata venga a far parte del demanio, non è sufficiente che essa sia destinata all'uso pubblico, ma è invece necessario che sia intervenuto un atto o un fatto che ne abbia trasferito il dominio alla pubblica amministrazione».

⁸³ Così, la *Relazione al Codice Civile*, n. 392.

⁸⁴ Così, GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile*, in *Scritti in onore della Cedam*, II, Padova, 1954, 521 ss.; in tal senso, anche RESTA, *Dei beni appartenenti allo Stato*, cit., 73, secondo cui «l'elemento individuatore della demanialità è nella destinazione necessaria ed esclusiva di un bene ad una pubblica funzione».

⁸⁵ Comunemente: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti (demanio marittimo); i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque dichiarate pubbliche dalle leggi speciali (demanio idrico); le opere destinate alla difesa nazionale (demanio militare). Con specifico riferimento alle spiagge, alle rade e al lido del mare si usa, altresì, parlare di *demanio naturale* (v., in proposito, CASS., sez. trib., 9.3.2004, n. 4769, in *Foro amm., C. di S.*, 2004, 658 ss.; in dottrina, N. CENTOFANTI, *I beni pubblici: tutela amministrativa e gestionale*, Milano, 2007, 50 ss.), sorgendo, poi, diverse questioni circa l'appartenenza o meno al demanio marittimo di alcune categorie di beni quali le *aree rivierasche* (v. CASS., 23.4.1971, n. 2417) e le *darsene* (v. CASS., sez. un., 5.2.2002, n. 1552, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 196). Così come pure diverse questioni sorgono in materia di acque, se appartenenti o meno al demanio idrico: «il demanio idrico appartiene esclusivamente allo Stato (tranne le deroghe a favore di regioni a statuto speciale), mentre appartengono ai comuni e alle provincie, come demanio

necessariamente appartenere allo Stato o ad altri enti pubblici, quelli del secondo genere, invece, potendo appartenere anche ai privati per effetto del

accidentale, gli acquedotti e le relative attrezzature; pertanto le acque che scorrono negli acquedotti comunali o provinciali sono demaniali, se hanno attitudine ad usi di pubblico generale interesse» (così, TRIB. SUP. A.P., 13.12.1977, n. 39). Sulla funzionalizzazione agli interessi del collettività, più di recente, v. CASS., sez. un., 16.2.2011, n. 3811, in *Riv. giur. ed.*, 2011, I, 881 ss. Le acque pubbliche, dunque, appartengono, generalmente, al *demanio necessario idrico* dello Stato, con alcune eccezioni in relazione al *demanio regionale* concernente alcune «acque lacuali», in conseguenza delle nuove competenze delle regioni in materia di utilizzazione e tutela di queste (v. CASS., sez. un., 5.7.2004, n. 12272, in *Foro Amm., C. di S.*, 2004, 1995). In dottrina, cfr., in particolare, F. GALGANO, *Le categorie generali, le persone, la proprietà*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* a cura di galgano, I, Padova, 2004, 388 ss.

⁸⁶ Le vie pubbliche, le autostrade, le strade ferrate (demanio stradale); gli aeroporti (demanio aeronautico); gli acquedotti; gli immobili di interesse storico, archeologico e artistico; i musei, le pinacoteche, gli archivi, le biblioteche (demanio culturale) e gli altri beni assoggettati dalle leggi speciali al regime particolare dei beni demaniali. Per questa distinzione indicata nel testo, v. in particolare: C. M. BIANCA, *La proprietà*, cit., 104 ss.; CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, cit., 273 ss.; Id., voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, I, 1988, 2 ss.; CAPUTI JAMBRENCHI, voce *Beni pubblici*, cit., 15 ss.; SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., 277 ss.; PALMA, *Beni pubblici*, cit., 89 ss.; Id., *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 76 ss.; RESTA, *dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici (artt. 810-956)*, cit., 107 ss.; CASSESE, *I beni pubblici, Circolazione e tutela*, cit., 145 ss.; GIANNINI, *I beni pubblici (dispense dalle lezioni del corso di Diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963)*, cit.; CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, cit., 34 ss.; BIONDI, voce *Demanio (diritto moderno)*, cit., 427 ss.; VIRGA, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, cit., 78 ss.; TALICE, voce *Strade*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1111 ss.; ORUSA, voce *Strade pubbliche, private e vicinali*, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, VII, 1987, 578 ss.; IANNARELLI- MACARIO, *La proprietà dello stato, degli enti pubblici, degli enti pubblici ecclesiastici, delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati*, cit., 338 ss.; DE SIMONI, *La proprietà dello Stato e degli Enti pubblici*, cit., 432 ss.; BASSOLI, *Proprietà pubblica*, cit., 381 ss.; MERCATI, *Dei beni*, cit., 324 ss. In giurisprudenza, v. CASS., sez. un., 17.6.1996, n. 5522, in *Arch. Giur. circol.*, 1996, 723 ss.; C. di S., sez. V, 7.4.1995, n. 522, in *Giur. it.*, 1995, III, 1, 625 ss.; CASS., sez. un., 7.11.1994, n. 9206, in *Giust. civ.*, 1995, I, 956 ss.; più di recente, CASS., 25.1.2000, n. 823, che, in materia di *strade*, afferma che «ai fini dell'inclusione di un'area privata nel demanio stradale conseguente acquisizione della natura di strada pubblica, non basta né che vi si espliciti di fatto il transito pubblico (con sua concreta, effettiva e attuale destinazione al pubblico transito e la occupazione *sine titulo* dell'area da parte della p.a.) né la mera previsione programmatica della sua destinazione a strada pubblica, né l'intervento di atti di riconoscimento da parte dell'amministrazione medesima circa la funzione da essa svolta, ma è necessario che la strada risulti di proprietà di un ente pubblico territoriale in base ad un atto o un fatto (convenzione, espropriazione, usucapione, ecc.) idonea a trasferire il dominio e che essa venga destinata, con una manifestazione di volontà espressa o tacita dell'ente, all'uso pubblico». In senso conforme, la più recente decisione del TRIB. ROMA, sentenza n. 4446 del 22.2.2011, secondo cui: «affinché un'area privata venga a far parte del demanio stradale e assuma, quindi, la natura di strada pubblica, non basta né che vi si espliciti di fatto il transito del pubblico, né la mera previsione programmatica della sua destinazione a strada pubblica, né, infine, l'intervento di atti di riconoscimento da parte dell'amministrazione circa la funzione da essa assolta, ma è necessario che la strada risulti di proprietà di un ente pubblico territoriale in base a un atto o a un fatto (convenzione, espropriazione, usucapione, ecc.) idoneo a trasferire il dominio e, inoltre, che essa venga effettivamente destinata all'uso pubblico, con una manifestazione di volontà espressa o tacita dell'ente». Inoltre, sulla *demanialità* della *casa cantoniera* in quanto «pertinenza» della strada se demaniale, v. CASS., 30.8.2004, n. 17387, cit.; v. anche CASS., 29.4.2003, n. 6657, in *Gius. civ. Mass.*, 2003, 4 e, più di recente, CASS., sez. un., 18.4.2011, n. 8876, in *Giust. Civ.*, 2011, 10; sulle strade comunali, v. CASS., 7.4.2000, n. 434). In ordine ai «beni rustici» degli enti locali territoriali la relativa appartenenza al demanio accidentale è determinata dall'effettiva destinazione degli stessi, in mancanza avendo natura di beni patrimoniali disponibili (v. CASS., 8.8.1979, n. 4630).

procedimento amministrativo di *sdemanializzazione*⁸⁷. Diverse complesse questioni ermeneutiche sorgono in relazione all'appartenenza al *demanio accidentale* di singoli beni mobili di interesse artistico non aventi una destinazione unitaria, ritenendosi che simili beni, che appartengono al patrimonio indisponibile, possono entrare a far parte del demanio accidentale soltanto per effetto di un provvedimento costitutivo dell'amministrazione «che accerti il concreto interesse dell'amministrazione alla tutela del bene»⁸⁸, pur non mancando diverse ed opposte opinioni⁸⁹.

Naturalmente, la *demanialità* non è limitata o limitabile soltanto alla categoria dei beni immobile, per quanto da considerarsi socialmente rilevante, potendo la *demanialità*, come in parte accennato, essere, a seconda del *bene*, inerente alla sua destinazione «all'uso pubblico» o «a fini di pubblico interesse» o anche alla sua «importanza» quale «elemento del patrimonio spirituale della Nazione»⁹⁰. In questa prospettiva, si considerino universalità di mobili quali «le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi e delle biblioteche»⁹¹. Evidente, «l'importanza storica, culturale e politica»⁹² di simili beni *mobili*,

⁸⁷ Cfr., in argomento, CASS., 22.4.1992, n. 4811, in *Foro it.*, 1993, 56 ss., in materia di *sdemanializzazione* e consequenziale possesso del privato ad usucapione. In proposito, «ferma la natura meramente dichiarativa e non costitutiva dell'atto amministrativo di classificazione di cui all'art. 829 c.c.» (così, già CASS., 19.10.1954, n. 3874, in *Giust. civ.*, 1954, I, 2573 ss.), è orientamento che può definirsi consolidato quello secondo cui la «sdemanializzazione tacita, con la conseguente configurabilità di un possesso *ad usucapionem* da parte del privato, richiede la sussistenza di atti univoci e concludenti incompatibili con la volontà della p.a. di conservare la destinazione del bene all'uso pubblico, e circostanze così significative da rendere inconcepibile un'ipotesi diversa da quella che la p.a. stessa abbia definitivamente rinunciato al ripristino della pubblica funzione del bene» (così, CASS., 19.2.2007, n. 18345, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 894 ss). Sul «disuso», v. anche CASS., 19.2.2007, n. 3742, in *Giust. civ.*, 2008, I, 89 ss.

⁸⁸ In tal senso, basti rinviare a IANNARELLI - MACARIO, *La proprietà dello stato, degli enti pubblici, degli enti pubblici ecclesiastici, delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati*, cit., 341.

⁸⁹ Secondo CASS., 24.4.2003, n. 6522, in *Riv. not.*, 2003, 1175 ss., «nel vigore della legge n. 1089 del 1.6.1939, l'interesse storico artistico di un immobile di proprietà dello Stato, la cui presenza ne determina, ai sensi dell'art. 822 comma 2 e 823 comma 1 c.c., l'inclusione nel demanio pubblico e l'assoluta inalienabilità, non postula formalità e specifici provvedimenti valutativi della pubblica amministrazione ed è riscontrabile, pure in assenza di tali provvedimenti, sulla scorta delle intrinseche qualità e caratteristiche del bene, evincibili anche dagli atti e comportamenti posti in essere dall'autorità amministrativa nella gestione dello stesso».

⁹⁰ *Relazione al Codice Civile*, n. 393.

⁹¹ *Relazione al Codice Civile*, n. 393.

⁹² *Relazione al Codice Civile*, n. 393.

costituenti il c.d. «demanio culturale». *Demaniale* possono, inoltre, essere anche i *diritti reali* dello Stato e degli altri enti pubblici territoriali costituiti su beni altrui «per l'utilità di beni demaniali o per il conseguimento di fini corrispondenti a quelli dei beni demaniali (825 c.c.)», quali specialmente i diritti di servitù⁹³. Inoltre, il regime della *demanialità* attrae anche ulteriori categorie di beni quali, ad esempio, le pertinenze, discutendosi, poi, se si estenda o meno anche ai frutti prodotti dai beni demaniali, prevalendo, in quest'ultimo caso, la soluzione negativa.

Quanto al regime giuridico *particolare* dei beni demaniali necessari e accidentali, come si evince dagli artt. 823 e 828 del cod. civ., sono inalienabili, non possono, cioè, essere oggetto di alcun atto di trasferimento ad altri soggetti⁹⁴; sono sottratti alle comuni regole del commercio dei beni privati (in tal senso *incommerciabili*); ogni forma di possesso su simili beni è priva di effetti giuridici, è inefficace⁹⁵; e non sono neppure assoggettabili ad espropriazione per pubblica utilità o ad esecuzione forzata, nessun soggetto (né pubblico, né tanto meno privato) avendo il potere di sottrarre il bene alla finalità pubblica cui è destinato dal legislatore⁹⁶. Tuttavia, non si manca di rilevare, opportunamente, che, con specifico riferimento all'espropriazione per pubblica utilità, in considerazione dell'at. 4, co. 2, del d.P.r. n. 327 del 2001 (meglio noto come T.U. sulle *espropriazioni*) si dovrebbe valutare se «l'opera da realizzare sia idonea a perseguire un interesse pubblico (...) prevalente rispetto a quello soddisfatto dalla precedente destinazione»⁹⁷.

⁹³ Cfr., Bianca, *op. cit.*, 106, il quale indica l'esempio dei diritti demaniali di servitù e di superficie (di cui agli artt. 21, 35, l. 22.10.1971, n. 865).

⁹⁴ Come pure si accennava dianzi, i beni demaniali non possono, dunque, neppure formare oggetto di diritti di terzi se non secondo le modalità stabilite dal legislatore

⁹⁵ Al riguardo, si ricordi l'art. 1145 del cod. civ. per il quale «il possesso delle cose delle quali non si può acquistare la proprietà è senza effetto».

⁹⁶ La P.A. «non può modificare una situazione di appartenenza al demanio necessario» (così, CASS., 30.4.1981, n. 2644, in *Giur. it.*, I, 1, 1982, 56 ss.).

⁹⁷ Il rilievo è tratto da IANNARELLI - MACARIO, *La proprietà dello stato, degli enti pubblici, degli enti pubblici ecclesiastici, delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati*, cit., 345. L'art. 4, co. 2, del T.U.E. stabilisce, espressamente, la possibilità di espropriare i beni appartenenti al patrimonio

Diverse questioni sorgono, inoltre, con riferimento alla perdita e all'acquisto della *demanialità*, rilevando la distinzione tra *demanio necessario* o *naturale* e *demanio accidentale* o *artificiale*, in relazione al primo assumendo rilevanza lo «snaturamento» o la distruzione materiale del bene. In relazione al demanio artificiale è, invece, necessario, sia in senso che nell'altro, il provvedimento espresso dell'amministrazione pubblica⁹⁸. In questa prospettiva, e con riferimento alla perdita della demanialità, si consideri il provvedimento amministrativo di *sdemanializzazione*⁹⁹ del bene (v. art. 829 del cod. civ.), discutendosi, poi, in ordine all'ammissibilità di una c.d. *tacita sdemanializzazione*¹⁰⁰, esclusa con riferimento ai beni del demanio marittimo¹⁰¹.

indisponibile per realizzare interessi di rilievo superiore a quelli soddisfatti con la progressiva destinazione.

⁹⁸ Ulteriore profilo è quello dell'amministrazione dei beni demaniali, cui in questa sede non può che essere effettuato che soltanto un cenno. Note le competenze, al riguardo, dell'Agenzia del Demanio, a tal fine istituita con diverse articolazioni (cfr. il d.lgs. n. 63 del 2002, e s. m. e i.). In proposito, «permangono in capo all'Agenzia del Demanio sia la generale competenza alla gestione dei beni statali sia i compiti di ricognizione, con effetti dichiarativo-costitutivi, affidati dalla legge 23.11.2001, n. 410. Patrimonio dello Stato Spa, invece, ha compiti diversi e più mirati, nel senso che è deputata allo svolgimento di operazioni di cartolarizzazione e comunque opera in relazione ai soli beni trasferiti secondo modalità e valori da definire con Decreto del Ministro delle Finanze. Le sue strutture trovano un punto superiore di raccordo nei compiti di indirizzo e vigilanza posti in capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze. In definitiva, l'Agenzia per il Demanio continuerà a svolgere le attività di ricognizione e conoscitive generali di propria ed esclusiva competenza; inoltre continuerà a gestire, razionalizzare e valorizzare tutti gli immobili non trasferiti alla Patrimonio dello Stato Spa. Quest'ultima si occuperà appunto soltanto di beni specificamente individuati con atti ministeriali di cui avrà la piena disponibilità giuridica» (così, MARI, *op. cit.*, 822 ss.). La disciplina della Patrimonio Stato Spa è stata rivisitata dalla l. n. 69 del 2009.

⁹⁹ Provvedimento al quale si attribuisce natura «dichiarativa», stabilendo la norma un obbligo per l'amministrazione proprietaria «nell'interesse della certezza delle situazioni giuridiche, onde essa non deve essere interpretata nel senso di accordare prevalenza ad un elemento di carattere puramente formale sugli elementi effettivamente costitutivi della demanialità» (così, Cons. di Stato, sez. V, 17.3.1998, n. 287, in *Foro amm., C di S.*, 1999, 78).

¹⁰⁰ Al riguardo, secondo CASS., 19.2.2007, n. 3742, in *Giust. civ.*, 2007, 2 ss., «in mancanza delle formalità previste dalla legge, la sdemanializzazione di un bene ricorre soltanto in presenza di atti univoci, concludenti e positivi della p.a., tali da presentarsi incompatibili con la volontà di conservare al bene la sua destinazione pubblica. Ne consegue che la circostanza che esso, da lungo tempo, non sia adibito ad uso pubblico, è del tutto insufficiente a tal fine, non potendosi desumere da una situazione negativa di mera inerzia o tolleranza un volontà di rinuncia univoca e concludente». In argomento, v. anche CASS., 3.5.1996, n. 4089, in *Giust. civ. mass.*, 1996, 60 ss.; e più di recente, CASS., 30.8.2004, n. 17387, cit., quest'ultima con riferimento al bene pertinenziale (nel caso specifico, la casa cantoniera accessoria alla strada provinciale). Particolarmente significative le decisioni sulla *sdemanializzazione*, che viene negata, in caso di fiumi, laghi e *accessioni fluviali*. In proposito, secondo CASS., sez. un., 26.7.2002, n. 11101, cit., «gli appezzamenti di terreno, che essendo posti al di sotto della quota dell'altezza di piena ordinaria rientrano nel perimetro dell'invaso naturale di un lago, non perdono la loro natura giuridica di beni demaniali se per effetto di successivo innalzamento, dipendente da regolamento artificiale ovvero da altre attività

6. – Il «demanio marittimo»¹⁰² rappresenta oggi, più che in passato, un fertile terreno di ricerca e confronto scientifico in materia di proprietà e beni pubblici, ponendo all'interprete diverse e significative problematiche, che si dipanano dal suo oggetto sino al suo utilizzo, anche in considerazione della nota ed ovvia vocazione *balneare* della nostra penisola¹⁰³.

Dal combinato disposto degli artt. 822 del cod. civ. e dell'art. 28 del cod. nav. discende, come in parte accennato, che ne formano oggetto i seguenti beni: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti marittimi (così, l'art. 822 cod. civ.); nonché le «lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare» ed «i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo» (art. 28 cod. nav.), in modo tale da evitare ogni, pur possibile, confusione, con le categorie di beni appartenenti al «demanio idrico»¹⁰⁴. Si profila, così, una prima significativa

antropiche, vengano a trovarsi al di sopra di tale quota». In argomento, v. CASS., 19.2.2007, n. 3742, cit., in materia di sdemanializzazione tacita, nonché CASS., 11.5.2009, n. 10817, cit., in materia di relazione tra sdemanializzazione e demanio marittimo (in tal caso non ammessa).

¹⁰¹ Secondo CASS., 11.5.2009, n. 10817, in *Foro it.*, I, 2010, 456 ss.: «nel demanio marittimo è incluso, oltre il lido del mare e la spiaggia, anche l'arenile, ovvero quel tratto di terraferma che risulti relitto del naturale ritrarsi delle acque, e la sua natura demaniale – derivante dalla corrispondenza con uno dei beni normativamente definiti negli artt. 822 e 28 cod. nav. – permane anche qualora una parte di esso sia stata utilizzata per realizzare una strada pubblica, non implicando tale evento la sua sdemanializzazione, così come la sua attitudine a realizzare pubblici usi del mare non può venir meno per il semplice fatto che un privato abbia iniziato ad esercitare su di esso un potere di fatto, realizzandovi opere e manufatti. Del resto per i beni appartenenti al demanio marittimo, non è possibile che la sdemanializzazione sia realizzabile in forma tacita, risultando necessaria, ai sensi dell'art. 35 cod. nav., l'adozione di un espresso e formale provvedimento della competente autorità amministrativa avente carattere costitutivo». In argomento, inoltre, pur non nascondendo alcune perplessità, è stato, altresì, osservato che: «le azioni di autotutela di tipo amministrativo ex art. 823 c.c. non necessitano dell'avviso di avvio del procedimento anche in considerazione del fatto che, a seguito dell'ordinario svolgimento del processo di prevenzione, il bene appartiene definitivamente allo Stato e qualunque affermazione circa la titolarità dell'immobile non avrebbe potuto trovare ingresso in sede amministrativa e, dunque, nessuna utilità avrebbe potuto avere l'avviso ex art. 7 l. 241/1990» (così, T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 29.9.2007, n. 1539, in *Foro amm.*, 2007, 2899 ss.).

¹⁰² Cfr., in particolare, QUERCI, voce *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, cit., 92 ss.

¹⁰³ Per avere contezza del patrimonio costiero della nostra Nazione è possibile consultare uno dei tanti significativi saggi di provenienza dai professionisti, associazioni e sindacati del settore, tra questi, cfr. Aa.Vv., *L'impresa turistico-balneare* a cura di N. Carniimeo e S. Prete, Bari, 2011, 1 ss.

¹⁰⁴ V. l'art. 822 del cod. civ. e art. 1, co. 1, l. 5.1.1994, n. 36 (c.d. legge Galli), secondo cui: «tutte le acque superficiali e sotterranee ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risposta che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà». Sembra,

distinzione tra demanio marittimo costiero» e «demanio portuale»; ed inoltre, si manifesta l'ambiguità di alcune categorie di beni compresi nell'ambito di questo demanio, sì da rendere necessario l'intervento esegetico di dottrina e giurisprudenza. Si considerino, ad esempio, le seguenti ipotesi: il «lido del mare», sorgendo, ad esempio, questione in relazione alle costruzioni effettuate «in prossimità» di questo¹⁰⁵; l' «area rivierasca»¹⁰⁶; l' «arenile»¹⁰⁷; la «darsena»¹⁰⁸; le «scogliere» e i «promontori»¹⁰⁹; le «rade» e i «porti»¹¹⁰, estendendosi la

dunque, potersi ritenere che, in effetti, tutte le «acque» sembrano costituire, *ex lege*, beni pubblici demaniali e riservati, pur non mancando diverse ed opposte reazioni. A titolo esemplificativo: i fiumi (anche se non navigabili); i torrenti, le sponde e le rive interne (rientrando nel concetto di «alveo» (v. CASS., 27.1.2011, n. 1916, cit.); non, invece, le sponde e le rive esterne (che appartengono ai proprietari dei suoli; v. CASS., 9.10.1991, n. 10607, in *Foro it.*, 1992, I, 724); le isole, che si formano nel letto di fiumi o torrenti (CASS., sez. un., 10.8.2000, n. 565); laghi, i ghiacciai, i rivi i fossati, i colatoi; le acque sotterranee.

¹⁰⁵ Cfr., CASS., 9.3.2004, n. 4769, cit. che, dopo aver posto l'attenzione sulla sua natura di bene appartenente al «demanio naturale», afferma quanto segue: «il “bene in argomento”, sul quale sorge la costruzione alienata, giuridicamente non può essere propriamente il “lido del mare (art. 822 c.c.” – per tale intendendosi (Cass., s.u., 2 maggio 1962, n. 849 e id., sez. I, 5 novembre 1981 n. 5871) *stricto iure* quella porzione di riva che è a contatto diretto, nel suo limite esterno, con le acque del mare e che resta normalmente coperto dalle ordinarie mareggiate sicché ne riesce impossibile ogni altro uso oltre quello marittimo o pubblico – in quanto il lido del mare (come pure la spiaggia), per il primo comma dell'art. 822 c.c., “appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico” dello Stato stesso di tal che il lido del mare (*recte*, il suo utilizzo) non può costituire oggetto di concessione da parte di un ente territoriale (...) diverso dallo Stato: l'art. 824 c.c., come noto, assoggetta al “regime dei beni demaniali” se appartenenti “alle province o ai comuni” soltanto (primo comma) “i beni della specie di quelli indicati dall'art. 822, comma 2, c.c.” (tra i quali non è compreso il lido del mare) e (secondo comma) “i cimiteri e i mercati comunali”. Da tale rilievo discende che certamente il terreno (denominato “arenile comunale”) su cui insiste la costruzione trasferita non è il lido del mare». Secondo CASS., 28.5.2004, n. 10304, in *Foro amm.*, 2004, 1321, «costituiscono lido e spiaggia, e come tali sono comprese nel demanio marittimo, ai sensi degli artt. 822 c.c. e 28 c. nav., la striscia di terreno immediatamente a contatto con il mare, e comunque coinvolta dallo spostamento delle sue acque, tenuto conto anche delle maree, nonché di quell'ulteriore porzione, fra detta striscia e l'entroterra, che venga concretamente interessata dalle esigenze di pubblico uso del mare».

¹⁰⁶ A tal fine deve trattarsi di area «normalmente coperta dalle mareggiate ordinarie» oppure di area che, seppure «non sottoposta a mareggiate ordinarie, sia stata in antico sommersa e tuttora utilizzabile per uso marittimo, che comunque il bene sia necessariamente adibito ad usi attinenti alla navigazione» (Così, CASS., 23.4.1971, n. 2417,

¹⁰⁷ In aggiunta ed in senso conforme alle decisioni che precedono, specificamente CASS., 30.7.2009, n. 17737, in *Riv. giur. ed.*, 2010, I, 1, 77 ss., in quanto l'arenile costituisce «zona abbandonata dal mare nel suo ritrarsi» e, di conseguenza, costituisce «spiaggia».

¹⁰⁸ Diverse questioni sorgono in argomento, tra le quali, la non demanialità della darsena costruita su suolo privato (v. CASS., 31.1.2012, n. 1379, in *Giust. civ.*, 4, I, 921; e CASS., sez. un., 5.2.2002, n. 1552, in *Foro it.*, 2003, I, 765).

¹⁰⁹ Non fanno parte del demanio marittimo, ove costruita d aun privato (v. CASS., 2.5.1962, n. 849, in *Foro amm.*, 2004, 1963, II, 123).

¹¹⁰ «Secondo la giurisprudenza, la nozione di porto cui fa riferimento l'art. 28 c. nav. Presuppone una realtà che deve esistere naturalmente, e come tale assolvere alla funzione sua propria, anche senza opere di adattamento o perfezionamento, intendendosi con tale nozione il tratto di mare

demanialità, in tal caso, anche alle «zone di terraferma» occupare dalle «opere portuali», nonché alle «zone di mare (bacini) comprese tra i moli», nonché questi ultimi e le «banchine»¹¹¹; le «pertinenze demaniali marittime», in relazione alle quali diverse questioni sorgono circa la sorte, in termini di accessione, di «opere non amovibili» realizzate su zone demaniali (v. art. 49 cod. nav.)¹¹².

Quanto all'utilizzazione (attraverso lo strumento concessorio) dei beni del demanio marittimo – alcuni dei quali, come la «spiaggia» particolarmente ambiti per ovvie e comprensibili ragioni –, per effetto di noti interventi comunitari¹¹³ e di comparazione con altri ordinamenti¹¹⁴, si manifestano nuove, complesse e delicate questioni. Ci si riferisce, in particolare, alla permanente attualità ed efficacia del *diritto di insistenza*¹¹⁵ (definibile anche in termini di

chiuso che per la sua particolare natura fisica è atto al rifugio, all'ancoraggio ed all'attracco delle imbarcazioni provenienti dall'alto mare, Ne deriva che non è assimilabile al porto e non fa parte del demanio marittimo naturale una darsena costruita a secco su area privata, così come i porti interni fluviali, realizzati lungo i fiumi o i laghi, afferiscono al demanio idrico e non a quello marittimo» (così, POLICE-TARASCO, *op. cit.*, 111 ss.; cfr., inoltre, CASTORINA CHIARA, *op. cit.*, 117; MANGANARO, *Il porto da "bene demaniale" ad "azienda"*, in POLICE, *I beni pubblici*, cit., 247 ss.). In giurisprudenza, v. CASS., 11.5.20109, n. 10817, in *Giust. civ.*, 2010, I, 1197; C. DI S., sez. VI, 27.3.2003, n. 1601, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1108.

¹¹¹ Cfr., CASS., 21.4.1999, n. 3950, in *Notariato*, 2000, 319.

¹¹² In argomento, cfr. TAR Abruzzo Pescara, sez. I, 20.3.2012, n. 144.

¹¹³ Ci si riferisce, specialmente, alla nota *Direttiva Servizi c.d. Bolkestein* (Direttiva 2006/123/CE) ed alla procedura di infrazione nei confronti dell'Italia chiusa con l'approvazione del d.l. n. 194 del 2009, conv. in l. n. 25 del 2010, aventi ad oggetto, tra l'altro, il principio della gara pubblica circa l'assegnazione della concessione demaniale di uso del bene demaniale ad impresa turistico balneare, nonché la durata ed il rinnovo delle concessioni preesistenti. In argomento, cfr., in particolare: C. di S., sez. VI, 27.12.2012, n. 6682; e la più recente decisione del C. di S., sez. VI, 22.4.2014, n. 2022, particolarmente significativa in ordine alla disciplina della durata e del rinnovo delle concessioni demaniali marittime, anche in sotto il profilo del principio del *legittimo affidamento*.

¹¹⁴ Il riferimento è, in particolare, alle esperienze di Francia e Spagna. «In Francia innanzitutto l'accesso alla spiaggia è libero e gratuito, la spiaggia è infatti un bene pubblico ad uso generale, nel pieno spirito dei principi della rivoluzione francese e in particolare del principio di "égalité"». Più problematica è la vicenda spagnola della *Ley de Costas*, oggetto di riforma e che si differenzia in maniera significativa dal caso italiano, in quanto «sono considerate libere e non si rilasciano concessioni su di esse, ma lo svolgimento di attività "ricreativo-turistica" va esercitata fuori dall'area della spiaggia». In argomento, cfr. A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, 437 ss., cui si rinvia per una approfondita ed aggiornata ricostruzione delle vicende riferite nel testo, nonché per un'attenta analisi comparatistica dei citati ordinamenti e per ogni opportuno approfondimento di natura bibliografica.

¹¹⁵ Che può essere definito in termini di situazione giuridica soggettiva di cui è titolare il concessionario del bene pubblico e, sembra potersi ritenere, si concretizza nell'attribuzione a

diritto di *preferenza*, v. art. 37 cod. nav.)¹¹⁶ ed in relazione all'opportuno rinvigorirsi ed affermarsi di sovraordinati principi di concorrenza e trasparenza, a tutela sia degli *utilizzatori finali* (che potremmo definire, *i consumatori dei lidi* ed altro di riferimento), ed in termini di *eguaglianza*; sia degli imprenditori del settore che intendano accedere al mercato di riferimento (un mercato, peraltro, che può essere considerato sensibilmente protetto) in condizioni di parità. In quest'ultimo caso, a presidio anche di sentiti principi di libertà di stabilimento.

Si tratta, come appare sin troppo evidente, di tematiche di particolare interesse, che meriterebbero ben altro approfondimento, sulle quali, tuttavia, per evidenti ragioni di sintesi non è possibile in questa sede soffermarsi se non con un cenno.

7. – Particolarmente significativa si manifesta, con ogni dovuta precisazione, l'estensione della categoria dei *beni pubblici patrimoniali*, anche a dispetto della sua *residualità*, rispetto ai beni demaniali, cui si è fatto cenno dianzi, a testimonianza della *crisi* della categoria generale dei beni pubblici, determinata anche da una sempre più difficile ed ambigua differenziazione tra *beni del demanio*, del *patrimonio indisponibile* e del *patrimonio disponibile*¹¹⁷.

Il legislatore, agli artt. 826 e 830 del cod. civ., analogamente ai beni del demanio, organizza per *categorie* anche i beni del patrimonio, disponibile ed

questi di un diritto di *preferenza* circa l'utilizzabilità del bene, rispetto ad altri concorrenti, nel caso in cui, venuta a scadenza la concessione demaniale, l'amministrazione proceda alla «riassegnazione» del bene demaniale.

¹¹⁶ Pare il caso di ricordare che il comma 2 dell'art. 37 cod. nav. È stato abrogato ad opera del d.l. n. 194 del 2009, conv. in l. n. 25 del 26.2.2010). Sulla portata dell'art. 37, *ante e post* riforma, v.: C. di S., sez., V, 21.11.2011, n. 6132; TAR Liguria, sez. I, 24.4.2013, n. 718, in www.lexitalia.it.

¹¹⁷ In argomento, cfr. A. POLICE - A. L. TARASCO, *Dei beni appartenenti allo Stato, agli Enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, Sub art. 822 cod. civ., in *Comm. Cod. Civ.* a cura di E. Gabrielli, vol. 3, *Della proprietà*, artt. 810-868 c.c., cit., 97 ss., ma spec. 102 ss.; e G. GRÜNER, *Sub artt. 823 e 824 cod. civ.*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di E. Gabrielli, vol. 3, *Della proprietà*, artt. 810-868 c.c., cit., 169 ss.; M. RENNA - A. GIUSTI, *Sub art. 826 cod. civ.*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di E. Gabrielli, vol. 3, *Della proprietà*, artt. 810-868 c.c., cit., 180 ss.

indisponibile¹¹⁸, dell'ente pubblico, stabilendo, però, un ben diverso regime giuridico, meno restrittivo di quello dei beni demaniali.

I beni del patrimonio indisponibile sono beni che appartengono anch'essi allo Stato o ad altri enti pubblici territoriali e, dunque, sono destinati a soddisfare interessi pubblici generali, senza, tuttavia, essere del tutto assoggettati alla disciplina dei beni demaniali (v. art. 826, co. 1, cod. civ.)¹¹⁹. L'art. 828 del cod. civ. si preoccupa, difatti, di precisare che, diversamente dai beni demaniali, i beni del patrimonio indisponibile sono assoggettati al regime del diritto privato, nell'ambito di una complessa relazione di compatibilità con il *particolare* regime pubblicistico. I beni del patrimonio indisponibile, difatti, sono insuscettibili di usucapione e di espropriazione forzata, analogamente ai beni demaniali, e non possono essere oggetto di atti di disposizione di natura privatistica se in contrasto con la destinazione pubblica, non potendo essere a questa «sottratti» – secondo la formulazione dell'art. 828, co. 2, cod. civ. – «se non nei modi stabiliti dalla legge»¹²⁰.

L'atto «*negoziale*» di disposizione di simili beni è, dunque, condizionato al *placet* pubblico, comunemente attraverso un provvedimento amministrativo

¹¹⁸ Cfr., la *Relazione al cod. civ.*, n. 396: «ho accolto nel codice (art. 826) la distinzione tra patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato, già sancita nel citato regolamento per l'esecuzione della legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, riportando in questa seconda categoria le foreste che le leggi in materia, con diversa accezione del termine «demanio», dichiarano costituire il «demanio forestale» dello Stato; le miniere; le cave e torbiere, quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo; le cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico ritrovate nel sottosuolo; i beni costituenti la dotazione della Corona; le caserme, le navi da guerra, gli aeromobili militari e le armi in genere».

¹¹⁹ Cfr., specialmente: BIANCA, *La proprietà*, cit., 108 ss.; COLOMBINI, voce *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, 1990, 7 ss.; FALZONE, *I beni del patrimonio indisponibile*, Milano, 1957, 7 ss.; AVANZI, *Il nuovo demanio nel diritto civile, amministrativo, ambientale, comunitario, penale, tributario*, Padova, 2000, 43 ss.; MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2009, 9 ss.; DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in *Beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di Police, Milano, 2008, 20 ss.; CASTORINA-CHIARA, *Beni pubblici*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 2008, 293 ss.

¹²⁰ Cfr., ancora la *Relazione al cod. civ.*, n. 399, per la quale: «nel disciplinare la condizione giuridica dei beni patrimoniali dello Stato, delle province e dei comuni, l'art. 828, secondo comma, sancisce la limitazione che caratterizza il regime dei beni patrimoniali indisponibili: questi non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano». Analogamente, precisa la *Relazione*, accade per i beni degli enti territoriali destinati ad «un pubblico servizio», di cui all'art. 830, co. 2, del cod. civ.

di concessione, sempre revocabile dall'amministrazione¹²¹. Di conseguenza, l'atto di disposizione di simili beni reso in violazione del *regime particolare* pubblicistico non potrà essere considerato valido per l'Ordinamento, discutendosi, poi, sulla forma di invalidità, tra annullabilità e nullità, con preferenza, in effetti, per quest'ultima, venendo, pur sempre, in rilievo un interesse pubblico generale¹²².

¹²¹ Secondo CASS., sez. un., 22.11.1993, n. 11491: «i beni patrimoniali indisponibili, al pari di quelli demaniali, attesa la comune destinazione alla soddisfazione di interessi pubblici, possono essere attribuiti in godimento a privati soltanto nella forma della concessione amministrativa, la quale, anche quando si configuri come concessione-contratto – vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della p.a. e di una convenzione attuativa (contratto) – implica sempre l'attribuzione al privato di un diritto condizionato, che può essere unilateralmente soppresso dall'amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico». Ed inoltre, al fine dell'appartenenza al patrimonio indisponibile è del tutto irrilevante la «determinazione» dell'ente se, poi, a questa non corrisponde l'effettiva destinazione ad un fine pubblico (così, CASS., sez. un., 23.6.1993, n. 6950, cit.). Più di recente, secondo CASS., sez. un., 24.05.2007, n. 12065, in *www.altalex.it*: «la tutela della condizione giuridica dei beni demaniali, gravati di uso civico, richiede - allorchè ai privati venga consentito, nei limiti previsti dalle varie leggi speciali l'uso di detti beni - la contemporanea permanenza in capo alla pubblica amministrazione di poteri autoritativi, deve ritenersi che il relativo provvedimento integri una concessione c.d. costitutiva e le relative controversie, pertanto, non possono che essere devolute alla giurisdizione dei giudici amministrativi. Il rapporto avente ad oggetto l'attribuzione al privato di usi eccezionali su beni pubblici, ivi compresi i beni patrimoniali indisponibili, il quale ponga l'amministrazione concedente in una posizione di supremazia, non è riconducibile ad un contratto di natura privatistica, difettando il requisito della posizione paritetica delle parti, ma bensì ad un atto amministrativo di concessione di bene pubblico e, pertanto, la controversia introdotta dal concessionario nei confronti della amministrazione concedente, al fine di far valere la perduranza di quel rapporto e la spettanza del godimento del bene contro atti diretti al suo recupero, in riferimento alla pretesa cessazione della concessione, esula dalla competenza giurisdizionale del Giudice ordinario ed è devoluta alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo. In particolare, i beni patrimoniali indisponibili, al pari di quelli demaniali, attesa la comune destinazione alla soddisfazione di interessi pubblici, possono essere attribuiti in godimento a privati soltanto nella forma della concessione amministrativa, la quale, anche quando si configuri come concessione-contratto - vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della Pubblica Amministrazione e di una convenzione attuativa (contratto) -, implica sempre l'attribuzione al privato di un diritto condizionato, che può essere unilateralmente soppresso dall'Amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico, con la conseguenza che, emesso il relativo provvedimento amministrativo, con l'intimazione della restituzione del bene, la posizione del privato stesso degrada ad interesse legittimo ed è suscettibile di tutela davanti al giudice amministrativo e non in sede di giurisdizione ordinaria. La giurisdizione del giudice amministrativo sussiste se la controversia, riguardante il rapporto di concessione di beni pubblici, investe la durata, o l'eventuale rinnovazione di essa a seguito della scadenza originaria, ovvero i provvedimenti inerenti alla sua cessazione e specificamente gli atti di recupero posti in essere dall'Amministrazione nell'esercizio dei propri poteri pubblicistici di autotutela».

¹²² In materia, cfr.: BIANCA, *op. ult. cit.*, 110, che si muove nella prospettiva della nullità, invitando, tuttavia, a distinguere «tra atti deliberativi e il contratto di alienazione. In presenza di un atto che autorizza l'alienazione, la destinazione pubblica del bene viene meno fino a quando l'atto non venga annullato. Pertanto, l'alienazione non risulta come tale contraria alla legge, ma è suscettibile di annullamento a seguito dell'annullamento dell'atto autorizzativo. Radicalmente nulla è, invece,

Appartengono al patrimonio indisponibile, secondo la previsione dell'art. 826, co. 2, del cod. civ. – assetto normativo destinato ad essere ridefinito per effetto del *federalismo demaniale*¹²³ –, tra gli altri, le foreste e i boschi¹²⁴, le cave e le miniere¹²⁵. Si tratta, come si evince anche dalla citata *Relazione al cod. civ.* (n. 396) di categorie paradigmatiche, anche in chiave storica e ricostruttiva, e che presuppongono, al fine dell'*appartenenza*, la sussistenza del requisito oggettivo della effettiva destinazione al soddisfacimento di interessi pubblici, anche in termini di *servizio pubblico*¹²⁶, non apparendo dirimente, a tal fine, la semplice

l'alienazione che prescinda dall'atto amministrativo e che contrasti con la destinazione del bene». In argomento, cfr.: CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, cit., spec. 145 ss.; CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, cit., 290 ss.; CANNADA-BARTOLI, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 823 ss.; GALLETTO, voce *Demanio (negozio di diritto privato sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, V, 1989, 171 ss. In proposito, può essere utile il riferimento alla complessa relazione, in termini di validità/invalidità, tra il provvedimento di aggiudicazione di una pubblica gara di appalto ed il contratto concluso, che registra diverse possibili opzioni ermeneutiche (in argomento, cfr. A. DE SIANO-F. RINALDI, *Brevi riflessioni su contratto e giurisdizione in attesa del recepimento della cd. "Direttiva ricorsi"*, in *Giustizia Amministrativa*, VI, 2009, 1 ss., cui si rinvia anche per ogni opportuno approfondimento bibliografico e riferimento giurisprudenziale).

¹²³ Cfr. il d.lgs. n. 85 del 28.5.2010, in attuazione della delega ex art. 19, l. 5.5.2009, n. 42. In dottrina, in particolare A. POLICE, *Il federalismo demaniale: valorizzazione nei territori o dismissioni locali?*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 1234 ss.

¹²⁴ Cfr. A. M. SANDULLI, voce *Boschi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, V, 617 ss.; LATESSA, *Foreste e boschi*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, 534 ss.; FIORITO, *Le foreste e i boschi*, in *Tratt. dir. amm., Dir. amm. Speciale*, a cura di S. Cassese, IV, Milano, 2003, 3229 ss.

¹²⁵ Si aggiunga, in proposito, il riferimento al patrimonio indisponibile delle Regioni relativamente a foreste, cave e torbiere che non «appartengano» a privati (v., ad es., l'art. 11 della l. 281 del 1970). In argomento, cfr. ABBATE, voce *Miniera (beni)*, in *Enc. dir.*, XXVI, 398 ss.

¹²⁶ In argomento, cfr.: CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, 4 ss.; CHICCO, *La destinazione di un bene a un pubblico servizio*, in *Rass. avv. Stato*, 1955, 7 ss.; più di recente, LOLLI, *I beni pubblici per destinazione; formazione ed estinzione della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1997, 643 ss.; RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 11 ss. In proposito, è da rilevare come complessa e controversa sia, in realtà, la delimitazione della nozione di «servizio pubblico», manifestandosi, da un lato, una tendenza a limitare, in linea generale, l'ambito di una concezione pubblica del «servizio» rivolto ai cittadini, e rilanciandosi una concezione di tali servizi in chiave marcatamente privatistica, avendosi, cioè, riguardo alla relativa natura di contratto di diritto privato, nell'ambito del quale le parti contraenti si trovano in posizione paritetica. In tal senso, sembra intervenire CASS., SEZ. UN., 27.11.2002, n. 16831, in *Urb. e app.*, 2003, 529, con commento di DE GIOIA, *Le Sezioni Unite rilanciano la concezione cd. Soggettiva di servizio pubblico?*, secondo cui, con riferimento al servizio di smaltimento dei rifiuti di cui al D.P.R. 10.9.1992, n. 915, «soltanto lo smaltimento di quelli urbani, in quanto obbligatoriamente riservato ai comuni in privativa, è espressamente definito «servizio pubblico», mentre tale natura non può riconoscersi – stante la concezione c.d. soggettiva di servizio pubblico seguita da detto D.P.R. – all'attività di smaltimento dei rifiuti speciali nell'ipotesi in cui essi siano «dai produttori conferiti ai soggetti esercenti il servizio pubblico relativo ai rifiuti urbani, sicché la convenzione al riguardo stipulata, ad onta della denominazione di concessione attribuita dalle parti, deve essere riguardata come un contratto di diritto privato, nel quale le parti stesse sono poste su un piano paritetico». Il concetto di «servizio pubblico» meriterebbe di essere approfondito, in considerazione della pronuncia della CORTE COST., 5.7.2004, n. 204, in *Riv. giur.*

volontà di destinazione dell'ente pubblico¹²⁷. Con riferimento a quest'ultima categoria, appartengono al patrimonio indisponibile, ai sensi del comma 3 dell'art. 826 cod. civ. (e art. 830 cod. civ.), anche «gli edifici destinati a sede degli uffici pubblici» e «gli altri beni destinati ad un pubblico servizio», distinguendosi, dunque, anche nell'ambito di questa categoria, tra *patrimonio indisponibile necessario ed artificiale o accidentale*¹²⁸.

edil., 2004, I, 1211. A questa tendenza si accompagna, sotto altro profilo, una dubbia ed ambigua concezione in senso «soggettivo» o in senso «oggettivo» di servizio pubblico. Nel primo senso, comunemente inteso come «attività produttiva di utilità sociale, di carattere prestazionale, rivolta ai cittadini» (cfr. VOLPE, *La giurisdizione esclusiva. I servizi pubblici*, in AA.VV., *Verso il nuovo processo amministrativo* a cura di Cerulli Irelli, Torino, 2000, 94 ss.), ed in quanto attività non autoritativa esercitata da un pubblico potere, può essere assunto sia dalla Pubblica amministrazione sia da un privato attraverso un provvedimento concessorio; in senso «oggettivo», invece, dovrebbe aversi riguardo al fine di interesse pubblico perseguito di volta in volta, in relazione al quale riconoscere come pubblico il servizio assunto. In questa diversa direzione, v., in particolare, PROTOTSCHING, *I servizi pubblici*, Padova, 1964, 37. Concezione oggettiva, questa, adottata dall'AD. PLEN. CONS. STATO, con il parere n. 30 del 1998, in relazione all'art. 33 del D. lgs. n. 80/98, secondo cui il servizio pubblico comprenderebbe «tutte le attività svolte da qualsiasi soggetto, riconducibili ad un ordinamento di settore, sottoposte cioè a controllo, vigilanza o a mera autorizzazione da parte di una amministrazione pubblica». Ed in favore della quale propende parte della giurisprudenza: CASS., Sez. Un., 30.3.2000, n. 71, in *Urb. e app.*, 2000, 602, con nota di GAROFOLI, per la quale il servizio pubblico «è caratterizzato da un elemento funzionale (soddisfacimento diretto dei bisogni di interesse sociale) che non si rinviene nell'attività imprenditoriale, anche se indirizzata e coordinata a fini sociali».

¹²⁷ Non è «sufficiente la determinazione dell'ente pubblico di imprimere al bene il carattere di patrimonio indisponibile» (così, CASS., 2.12.1996, n. 10733). Ed inoltre, «affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili perché “destinati ad un pubblico servizio”, ai sensi dell'art. 826, comma 3, c.c. deve sussistere un doppio requisito: la manifestazione di volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico, e per ciò un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene ad un pubblico servizio, e l'effettiva ed attuale destinazione del bene al pubblico servizio» (così, CASS., 13.3.2007, n. 5687, in *Giust. civ.*, 2007, 3 ss.). V. anche CASS., sez. un., 15.9.1999, n. 391, cit. Anche, se nel senso di un recupero dell'elemento volontaristico, potrebbe essere indiciato l'art. 42 *bis* del T.U. E. (d.P.r. n. 327 del 2001), in materia di *acquisizione sanante*, introdotto, come è noto, in seguito alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 43 del TUE (v. Corte Cost., sentenza n. 293 dell'8.10.2010). In argomento, v. GIUSTI, *op. ult. cit.*, 206 ss. In giurisprudenza, tra le tante, cfr.: T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 14.1.2011, n. 43, in *www.giustizia-amministrativa.it*; C. di S., sez. IV, 28.1.2011, n. 676, in *www.lexitalia.it*; v. anche CASS., sez. un., 27.11.2002, n. 16831, in *Foro amm. CDS*, 2002, 2805; C. di S., sez. IV, 30.1.2009, n. 513, in *Foro amm. CDS*, 2009, 145 ss.; C. di S., sez. IV, 15.6.2006, n. 5381, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2509 ss.

¹²⁸ Secondo CASS., sez. un., 15.9.1999, n. 391, cit.: «relativamente al carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili perché “destinati ad un pubblico-servizio (art. 826 comma 3 cod. civ.), dalla dottrina pubblicistica si precisa che, in linea generale, l'origine della indisponibilità, in concreto, si rinviene nella destinazione del bene al pubblico servizio. Ciò significa essere il momento originario della indisponibilità indipendente dal momento dell'acquisto, dato che questo può non coincidere con quello della destinazione. In particolare, proprio relativamente ai beni previsti dall'art. 826 comma 3 cod. civ., la destinazione del bene al pubblico servizio, quale elemento decisivo del momento iniziale della indisponibilità, esige un doppio requisito: occorre, cioè, la manifestazione dei volontà dell'ente titolare del diritto reale pubblico e, perciò, un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene ad un

L'indagine sulla disciplina dei beni patrimoniali indisponibili andrebbe, altresì, estesa al fenomeno della *privatizzazione* dei beni pubblici, dovendosi porre l'attenzione, come efficacemente osservato, sulla circostanza che diverse disposizioni della complessa ed articolata legislazione di riferimento sembrano essere «dirette ad evitare che, dopo la trasformazione di un ente pubblico in un ente privato, possano essere troppo agevolmente sottratti alle precedenti destinazioni i beni ora appartenenti a soggetti privati ma precedentemente usati per specifiche finalità pubbliche»¹²⁹.

Al di fuori delle ipotesi ora ricostruite, nell'ambito delle quali l'ordinamento stabilisce un regime di indisponibilità del bene pubblico in ragione della sua destinazione, il regime giuridico del bene in *proprietà* dell'ente pubblico è propriamente quello del diritto privato comune, costituendo, detti beni sottratti a vincoli pubblicistici di destinazione, il patrimonio in senso stretto dell'ente, ovvero il suo *patrimonio disponibile*¹³⁰, una categoria, dunque, residuale¹³¹. Fermo sempre, naturalmente, il rispetto delle regole del procedimento amministrativo in ordine ad ogni manifestazione di volontà e conseguente atto di disposizione dell'amministrazione relativamente a simili beni, che oltre ad essere alienabili, sono, altresì, usucapibili ed espropriabili.

pubblico servizio; quindi, il requisito oggettivo della effettiva ed attuale destinazione del bene al pubblico servizio» (in senso conforme, più di recente, CASS., sez. un., 28.6.2206, n. 14865; CASS., 16.12.2009, n. 26402; e CASS., 27.2.2012, n. 2962, particolarmente significativa in materia di alloggi destinati ad edilizia economica popolare).

¹²⁹ Cfr., BASSOLI, *Proprietà pubblica*, cit., 393 ss. Si considerino, a titolo esemplificativo, le seguenti disposizioni: d.lgs. 29.10.1999, n. 419, art. 3, co. 7, ; d.lgs. 16.3.1999, n. 79, in ordine alla rete elettrica; d.lgs. 18.8.2000, n. 267.

¹³⁰ In argomento, è da segnalare il caso del patrimonio degli *enti pubblici economici*, secondo una tradizionale terminologia. Si considerino, ad esempio, i Consorzi di Sviluppo Industriale su base regionale e disciplinati oltre che da legge generale da leggi regionali, che dettano regole anche in relazione alle procedure di acquisto (per espropriazione e convenzione) e dismissione di detti beni (per un esempio, la l. n. 16 del 1998 e s. m. e i. della regione Campania).

¹³¹ «Fanno parte del patrimonio disponibile dell'ente pubblico quei beni per i quali deve escludersi l'attuale ed effettiva destinazione a servizio pubblico – non essendo a tal fine rilevante la qualificazione data agli stessi dalle parti in causa, né la certificazione sulla loro natura da parte dell'amministrazione parte in causa, né l'utilizzazione, solo successiva ai fatti di causa, da parte di società finanziata dalla Cassa per il Mezzogiorno – trattandosi viceversa di beni utilizzati dall'ente proprietario come beni economici concessi in godimento a privati al fine del semplice procacciamento di proventi patrimoniali» (così, CASS., 5.10.1994, n. 8123, in *Foro it., mass.*, 1995).

Rientrano nel patrimonio disponibile: i *beni immobili vacanti* per effetto della previsione di cui all'art. 827 del cod. civ.¹³²; con alcune precisazioni e distinzioni¹³³, costituisce bene pubblico disponibile anche il *denaro* di proprietà dell'ente (salvo la complessa problematica dei fondi pubblici destinati¹³⁴), dando luogo alla complessa e controversa questione dei limiti alla *pignorabilità* del danaro dell'ente pubblico¹³⁵; rientrano nel patrimonio disponibile del Comune, le aree oggetto di reato di lottizzazione abusiva (v. art. 30, co. 3 e 8, del Testo Unico dell'Edilizia, d.P.r. n. 380 del 2001).

8. – La dimensione della «proprietà accessibile a tutti» – dunque, una *non proprietà individuale* – sembra destinata a svolgere un ruolo di assoluta centralità al fine di dare attuazione a quella *funzione sociale*, in chiave solidaristica ed egualitaria, destinata ad assicurare la soddisfazione di necessità umane essenziali di *vita*, adempimento di imperative esigenze di «sicurezza» e «dignità» della *persona umana e sociale* di cui in Costituzione, che trascende ogni possibile confine geografico e di mercato, immaginario od effettivo. Irrilevanti, pertanto, sembrano da doversi considerare forme di appartenenza individuali relative alla pretesa del godimento di simili *beni*, appunto, *comuni*, che si

¹³² Si ritiene si tratti di ipotesi di acquisto a titolo originario e non per successione, come avviene, invece, nel caso di cui all'art. 586 del cod. civ. (cfr., CASS., 11.3.1995, n. 2862, in *Foro it.*, 1996, I, 347 ss.). Si ricordi, in argomento, CASS., 14.3.1966, n. 942, in *Giust. civ.*, 1967, I, 93 ss.; in dottrina, specialmente, RESTA-IARICCI, *Dei beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Comm. cod. civ.* a cura di A. Scialoja e F. Branca, Milano, 1976, 134 ss.

¹³³ Secondo una parte della giurisprudenza, il denaro rientrerebbe nel patrimonio disponibile solo se proveniente da *atto iure privato rum*, «salvo iscrizione delle somme in bilancio», così da determinarne l'appartenenza al patrimonio indisponibile (v. CASS., 15.9.1977, n. 3986). Secondo altra parte, più recente, della giurisprudenza, invece, l'iscrizione in bilancio non sarebbe di per sé sufficiente al fine di determinare l'appartenenza del denaro al patrimonio indisponibile, essendo, a tal fine, necessario un atto normativo o un provvedimento amministrativo che, in maniera univoca, manifesti la volontà dell'amministrazione di destinare la somma al soddisfacimento di un interesse pubblico generale (v. CASS., 23.11.1985, n. 5823; v. anche CORTE COST., 21.7.1981, n. 138, in *Foro it.*, 1981, I, 2353 ss.).

¹³⁴ Cfr. BIANCA, *op. ult. cit.*, 111, e nt. 195, che fa riferimento anche alle servitù pubbliche e di diritti di uso pubblico su beni privati.

¹³⁵ In argomento, nota è la problematica relativa alla pignorabilità dei beni delle Aziende Pubbliche, quali, ad esempio, le Aziende Sanitarie Locali. In argomento, v. CASS., sez. lav., 25.10.1997, n. 10529; nonché TRIB. NAPOLI, 25.9.2006, in *Giurisprudenza di merito*, n. 7/8, 2007, 1919 ss., con commento di F. RINALDI, *L'incerta natura giuridica dell'Azienda Sanitaria Locale*.

caratterizzano per logiche *inclusive* e *non di mercato*, ma, soprattutto, *non proprietarie*, pur determinando in favore degli *aventi diritto al godimento* le medesime prerogative della *proprietà* in termini di accesso e tutela al *bene*. Ed indifferenti possono risultare le modalità organizzative del godimento dei *beni comuni* o *non proprietari*, costituendo una «terza dimensione», rispetto alla proprietà pubblica o privata, proprio in quanto «accesso e proprietà» agiscono, in tal caso, come «categorie autonome»¹³⁶.

L'«accesso», difatti, trova il suo presupposto nell'umana ed universale necessità, che caratterizza il *bene comune*, sottraendolo, dunque, non solo a logiche di *appartenenza proprietarie*, ma anche a logiche di *appartenenza statuali*, in una prospettiva di superamento dello *status civitatis*, tradizionalmente inteso in senso identitario e di appartenenza alla Nazione.

La «non categoria» dei *beni comuni* è destinata a produrre effetti dirompenti su tradizionali forme concettuali e categoriche, divenendo strumento di affermazione della dignità della persona in opposizione a logiche foriere di *diseguaglianze sociali*¹³⁷, favorendo l'affermarsi di uno *status personae*, non riducibile nell'ambito di angusti confini territoriali, se si vuole, in una logica *anti status* ed egualitaria, non potendo risultare ammissibile la negazione di beni primari ed essenziali dell'umanità a *persone* in ragione di una diversa appartenenza geografica.

Senza l'assicurazione di beni primari – quali: acqua, cibo, aria, conoscenza – non sembra, difatti, poter esservi alcun effettivo riconoscimento di diritti fondamentali ed umani, destinati, altrimenti, a restare un «catalogo di

¹³⁶ Cfr. RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., 462. L'a. indica, come riferimento normativo per la «categoria» dei beni comuni, l'art. 43 Cost., laddove prevede anche la possibilità di affidare «a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio che abbiano carattere di preminente interesse generale». In argomento, particolarmente significative le riflessioni di: J. RIFKIN, *L'età dell'accesso. La rivoluzione della New Economy*, trad. it. a cura di P. Canton, Milano, 2000; e di D. BOLLIER - S. HELFRICH, *The Wealth of the Commons. A World beyond Market & State*, Amherst, Mass., 2012.

¹³⁷ Cfr., in particolare, BAUMANN, *Danni collaterali*, cit., 6 ss.

buone intenzioni, piuttosto che di conquiste effettive»¹³⁸, come diffusamente sostenuto. I *beni comuni*, preziosissimi, sono *beni primari* che appartengono o, meglio dovrebbe dirsi, *non appartengono* a tutti in quanto *appartengono* al *genus umanità*. In questa definizione dei *beni comuni* in termini di *diritti umani e fondamentali* dell'individuo, si manifesta la necessità della edificazione di una *cittadinanza umana globale ed universale*, ricordando le straordinarie *parole* di Montesquieu, poste ad epigrafe di questo lavoro, il quale ci ricorda, inoltre che: «la società è l'unione degli uomini, non gli uomini: il cittadino può perire, e l'uomo sopravvivere»¹³⁹.

Al riguardo, pure è da considerare l'impulso delle Istituzioni comunitarie, ed in particolare, della Corte dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo, che riconducono all'art. 3 del Trattato di Lisbona, per il quale: «l'Unione combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale, la parità tra uomini e donne, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore». Con riferimento a questi ultimi, i rifletta sulla sorte di milioni di minori sfollati e rifugiati a causa dei gravi disordini nei loro Paesi, sorte, questa, che, in caso di *default* di uno Stato, potrebbe toccare a tutti ed ai *figli di tutti*¹⁴⁰.

Il «catalogo» dei *beni comuni* è ampio, a titolo semplicemente indicativo: acqua; cibo; assistenza, specialmente sanitaria¹⁴¹ e, dunque, *salute*; giustizia; libertà; conoscenza, con particolare attenzione all'istruzione ed agli strumenti *tecnologici di informazione* (quali, ad esempio, *internet*¹⁴²); la casa di *abitazione*, con particolare riferimento all'*abitazione familiare*; il lavoro; il *genoma umano*, con

¹³⁸ Così, F. SAVATER, *Etica per un figlio*, Roma-Bari, 2000, spec. 105. L'a. fa particolare riferimento a «libertà, giustizia, assistenza».

¹³⁹ MOSTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Ginevra, 1748, trad. it., Milano, 1999, p. 293.

¹⁴⁰ In argomento, cfr. G. CHIAPPETTA, *Gli status personae e familiae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, Napoli, 2012, spec. 74 ss.

¹⁴¹ Si consideri l'assistenza sanitaria gratuita o, comunque, a costi ragionevoli.

¹⁴² In proposito, si ricordi la proposta di modifica dell'art. 21 della Costituzione, nel senso di: «tutti hanno eguale diritto di accedere alla rete Internet, in condizioni di parità, con modalità tecnologicamente adeguate e che rimuovano ogni ostacolo di ordine economico e sociale». Proposta, questa, formulata dal RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., spec. 468 e nt. 18.

ogni comprensibile ed opposta reazione e dovuta precisazione; *l'aria* e, dunque, *l'ambiente*, il *paesaggio* e la *Terra* (nel senso di pianeta). Con riferimento alla *Terra, bene comune*, Hanna Arendt osserva, in maniera particolarmente efficace, che: «non l'Uomo ma gli esseri umani abitano questo pianeta. La pluralità è la legge della terra»¹⁴³. Un invito, dunque, alla prudenza, a non saccheggiare, depredare, inquinare le risorse di questo pianeta, potendo risultare difficile per l'umanità, almeno per adesso, immaginare una vita altrove¹⁴⁴.

In effetti, la questione non sembra tanto dover essere quella di fornire un catalogo di *beni comuni*, quanto, piuttosto, quella di acquisire *consapevolezza* in relazione ad una situazione che riguarda la sopravvivenza stessa dell'umanità¹⁴⁵ e, di conseguenza, quella di assicurare effettiva attuazione e *concretizzazione* del diritto al godimento dei *beni comuni*, attraverso il riconoscimento di *livelli prestazionali essenziali*, altrimenti, correndo il rischio di un mero e poco significativo riconoscimento formale.

Si consideri, ad esempio, *l'acqua*, potendo risultare significativa, sotto il profilo della *consapevolezza*, la necessità di una recente *Risoluzione* dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 28.7.2010, che afferma «l'importanza di un'equa disponibilità di acqua potabile sicura e pulita e di servizi igienici come parte integrante della realizzazione di tutti i diritti umani»¹⁴⁶. Non, dunque, un livello congruo di disponibilità di acqua, ma un livello minimo di sopravvivenza per gran parte del genere umano¹⁴⁷. Ed inoltre,

¹⁴³ Cfr. H. ARENDT, *La vita della mente*, Bologna, 1987, 7 ss.

¹⁴⁴ Fin troppo ovvio è il riferimento al sistema di gestione di rifiuti pericolosi specialmente in alcune regioni.

¹⁴⁵ Si considerino le *guerre per l'acqua*, in diversi continenti (con particolare riferimento all'Africa, l'Asia, l'America Latina).

¹⁴⁶ Si tratta della *Risoluzione A/64/L.63/Rev. 1*, dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 28.7.2010.

¹⁴⁷ In proposito, sarebbero da discutere sia i meccanismi di gestione di questo preziosissimo bene, sia le tariffe, forse, eccessive per un bene primario, che andrebbero graduate in relazione al *reddito* (sino all'esenzione per determinate fasce reddituali), sia gli sprechi. Ci si riferisce anche ai *Referendum* contro la *privatizzazione del servizio*; nonché alla complessità della disciplina normativa di settore che, in numerose ipotesi, sembra essere caratterizzata da una sovrapposizione di enti e discipline.

il cibo e, dunque, la lotta alla *fame* nel mondo, che può essere attuata attraverso diversi strumenti anche di ordine legislativo. Pare, in proposito, il caso di ricordare la «proposta di introdurre nella Costituzione indiana una misura concreta di cosa sia il diritto al cibo (una quantità mensile di riso)»¹⁴⁸. Ed infine, la *conoscenza*, in tal caso, ricordando la straordinaria efficacia dell'art. 5, co. 1, della Costituzione tedesca, secondo cui: «ognuno ha il diritto di (...) informarsi senza impedimenti da fonti accessibili a tutti».

Dunque, il «campo di battaglia» dei *beni comuni* è la loro *concretizzazione*, da intendersi come «pratica quotidiana garantita da una precisa strategia e un effettivo impegno 'anche' economico degli Stati, del mondo produttivo (delle imprese multinazionali in particolare) e della generalità dei cittadini. Ciò che colpisce di più è che al continuo discorso sui diritti non corrisponde spesso l'indispensabile accento sui doveri sia degli Stati, che dei singoli cittadini, mentre è evidente che, per un'effettiva tutela e direi promozione dei diritti umani, oltre all'impegno culturale (nel senso dell'educazione alla pace e al rispetto della vita e dei diritti inviolabili della persona) è assolutamente irrinunciabile una concreta strategia sia istituzionale che economica e sociale»¹⁴⁹.

I *beni comuni* sono, dunque, destinati a svolgere un'essenziale funzione di *concretizzazione* dei *diritti umani fondamentali* e, al pari della *dignità umana*, non sembrano costituire una *categoria giuridica*, trattandosi, piuttosto, di un concetto aspecifico ed anfibologico.

Essi si caratterizzano in quanto non tollerano discriminazioni o diseguaglianze sociali nell'accesso e nel godimento del bene, «se non a prezzo di una drammatica caduta in divisioni che disegnano davvero una società

¹⁴⁸ L'esempio è tratto da RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., 485.

¹⁴⁹ Così, C. AMIRANTE, *I diritti umani tra dimensione normativa e dimensione giurisdizionale?*, in *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica* a cura di L. D'Avack, Napoli, 2003, spec. 30 ss. In una simile prospettiva, l'a. ricorda anche l'importanza degli *Enti del Terzo settore* (del *Volontariato*), che, a livello internazionale ed interno, possono svolgere in materia un ruolo decisivo. Inoltre, si osserva, si potrebbe destinare una % del PIL al fine di soddisfare determinate *categorie* di *beni comuni* in favore di determinate categorie di persone sprovviste di sufficienti risorse finanziarie. L'a. ricorda, altresì, la *Tassa sull'Europa*, per assicurare l'ingresso in Europa del nostro Paese.

castale, dove ritorna la cittadinanza censitaria, visto che beni fondamentali per la vita, come la stessa salute, stanno divenendo, o rimangono, più o meno accessibili a seconda delle disponibilità finanziarie di ciascuno. Intorno ai beni comuni si propone così la questione della *democrazia* e della dotazione di diritti d'ogni persona»¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Così, RODOTA', *op. ult. cit.*, 474 ss.