

**Persona e proprietà nel caleidoscopio delle fonti ***

di

Francesco Rinaldi*

SOMMARIO: 1. Oltre il pubblico e il privato. – 2. Per uno «statuto» europeo della proprietà. – 3. La costituzionalizzazione della proprietà attraverso la funzione sociale e l'accessibilità a tutti (art. 42, co. 2, Cost.): quale proprietà interessa la Costituzione? – 4. Gli effetti della relazione pubblico/privato in materia di proprietà e la diversificazione dei modelli proprietari. – 5. La relazione pertinenziale: tra diritto privato e diritto urbanistico. Brevi cenni. – 6. Dal modello originario codicistico e costituzionale della proprietà al modello euro-unitario, sino ai beni comuni o «beni non proprietari»: il caso del Comune di Napoli. – 7. I beni pubblici, i diritti di uso pubblico, le proprietà collettive e gli usi civici. Una sintesi ricostruttiva. – 8. La prospettiva sovranazionale: la proprietà euro-unitaria e le occupazioni acquisitive e «sananti» della Pubblica Amministrazione. – 9. L'usucapione pubblica.

1. Oltre il pubblico e il privato.

La *proprietà* sembra porsi «al di sopra o al di là» della distinzione *pubblico/privato*, dando luogo ad un «*diritto comune che è diritto e basta*». Una distinzione, dunque, da considerare meramente orientativa, nelle riflessioni dell'Illustre Maestro, Salvatore Pugliatti¹.

* Il presente scritto costituisce la rivisitazione della *Relazione* tenuta in data 15.1.2019 presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito di un Seminario di Studi organizzato dal Prof. Enrico Quadri all'interno delle attività del Corso di Dottorato in *Diritto delle Persone, delle Imprese e dei Mercati*.

* Dottore di ricerca in Diritto Comune Patrimoniale presso l'Università degli studi di Napoli "Federico II".

¹ Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. *Diritto civile e Diritto Amministrativo*, a cura di M. Trimarchi, in *Storie dal Fondo* raccolte da P. Femia, Napoli, 2017, p. 23. Pur potendo apparire l'enunciazione «diritto civile e diritto amministrativo», «un po' ipocrita», tuttavia, essa ha «una sua giustificazione». Si potrebbe seguire anche «un'altra indicazione, cioè prospettare il tema dal punto di vista della struttura verbale in termini del tutto opposti: "Diritto amministrativo e diritto civile", se aderissimo ad una opinione diffusa, supportata anche dall'autorità di qualche grande giurista, secondo la quale il diritto pubblico è preminente nel campo del diritto generale. Ed essendo il diritto amministrativo un ramo del diritto pubblico, dovremmo attribuire la precedenza al diritto amministrativo ed enunciare il tema in questi termini: "Diritto amministrativo e diritto civile"». In merito alla prevalenza del diritto pubblico sul diritto

privato e, dunque, del diritto amministrativo rispetto al diritto civile, si ricordi Bacone: «*Jus privatum sub tutela iuris publici latet*». In argomento, fondamentali le riflessioni di Irti, Cerulli Irelli e Alpa. Secondo IRTI, in *Prefazione a Amministrazione pubblica e diritto privato* di V. CERULLI IRELLI, Torino, 2011, IX: «diritto privato e diritto pubblico si contendono territori, avanzano o indietreggiano, occupano nuovi spazi o ne vengono ricacciati»; e, rendendo omaggio alla tradizione romanistica, conclude: «che si dia, al di sopra o al di là di privato e pubblico, un diritto comune, un diritto che è diritto e basta». CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, cit., p. 1 ss., ricordando il pensiero di Ranalletti e Kelsen, pone in evidenza l'ambiguità di una ripartizione per *interessi*: «un diritto proprio dell'amministrazione»? (l'interrogativo è di chi scrive); «un ritorno al diritto privato»? (p. 4); «verso un'amministrazione in senso oggettivo» (p. 8); «pubblico e privato», qui osserva l'a.: «pubblico è ciò che attiene allo Stato, diceva Ranalletti, Pubblico è ciò che ha di mira gli interessi della collettività e non dei singoli (...)». Nel «pubblico» la «gestione degli interessi» è eteronoma, cioè, «imposta dall'esterno (la "nozione eteronoma di norma secondaria", evidenziata da Kelsen)» (p. 11). Dopo aver attribuito alla «distinzione pubblico-privato», un «valore meramente euristico, evocativo», l'a. conclude: «sulla base di questi principi (anche se ragionevolmente e correttamente intesi, al di là delle contraddizioni e delle reticenze delle leggi che si sono sovrapposti negli ultimi anni), lo spazio del diritto privato nell'amministrazione pubblica resta uno spazio stretto, sia per i suoi limiti esterni (ciò che può essere privatizzato), sia per i suoi limiti interni (ciò che, una volta "privatizzato", può svolgersi immune da condizionamenti pubblicistici, dal subire l'ingresso di istituti pubblicistici)». ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato, I, La "grande dicotomia" e la revisione della concezione tradizionale*, in *Seminari Mutinensi, Piccole Conferenze* a cura di A. Vignudelli, Modena, 2017, 7; Id., *Dal diritto pubblico al diritto privato, II, Il superamento della dicotomia nel diritto post-moderno*, in *Seminari Mutinensi, Piccole Conferenze* a cura di A. Vignudelli, Modena, 2017, 7. L'a., nell'ambito della Parte I, ripercorre la «storia» delle due categorie del *diritto pubblico* e del *diritto privato*, muovendo dalla celebre e dibattuta (v. Betti, Fritz Schulz, A. Guarino) formula di Ulpiano: «*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*» (D. 1.1.1.2; Ist. 1.4), in uso «nei manuali istituzionali italiani della fine del secolo scorso» (p. 12). Conduce, inoltre, un'indagine di tipo comparativo, con riferimento alle esperienze continentali («basilare la trattazione di Karl Larenz», p. 17 ss.); al mondo del *common law* (p. 22 ss.); e, naturalmente, all'esperienza italiana (p. 23 ss.), nell'ambito della quale assume particolare importanza il pensiero di Gianturco, di Barassi (che preferisce distinguere «non il diritto pubblico e il diritto privato», bensì «le norme di diritto pubblico e di diritto privato»), di Venzi, De Ruggiero, nel noto manuale *Istituzioni di diritto civile*; di Barbero, Trabucchi e Torrente; sino alla «svolta degli anni sessanta», attraverso le riflessioni di Giorgianni, Nicolò, Pugliatti, Massimo Severo Giannini, Giuseppe Guarino, Giuseppe Ferri, Francesco Santoro Passarelli. L'a. non omette, in maniera particolarmente significativa, di soffermarsi sull'«uso giurisprudenziale delle categorie diritto pubblico/diritto privato» (p. 57), che, in un primo momento, appare del tutto indifferente alla «crisi» delle enunciate categorie. L'interesse della giurisprudenza si manifesta, successivamente, in relazione alle: «categorie di enti», «tipi di attività», «natura degli atti», «capacità giuridica e legittimazione» degli enti pubblici, «contratti pubblici» e «rapporti di lavoro», a titolo esemplificativo. Nella Parte II assumono rilievo i «fattori unificanti» delle due categorie del diritto pubblico e del diritto privato (ad es., la *bioetica*), con particolare attenzione: alla dottrina degli *status* (p. 35 ss.), nell'ambito della quale fondamentale punto di riferimento sono le riflessioni contenute nella *Relazione conclusiva del convegno linceo* di P. RESCIGNO, *I principi generali del diritto*, in *Atti dei convegni lincei*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1992, 331; alla «costituzionalizzazione del diritto privato» (p. 42), cui pare fare da contraltare la «privatizzazione del diritto pubblico» (p. 54), «percorso più impervio ed appena al suo inizio» (p. 54), con

Nell'oceano di opinioni e profili d'indagine sul diritto di proprietà, la considerazione del principio *personalista* di cui in Costituzione sembra, nella prospettiva *propriataria*, prevalere e condurre verso una concezione del diritto di proprietà in termini di diritto di *libertà della persona*, intesa anche quale libertà da vincoli sul bene, che non siano giustificati da effettivi interessi pubblici *generalisti*². Un impulso, particolarmente significativo in tal senso, è offerto dal *diritto comunitario*, che impone il *dovere di rispettare i beni dei privati*³.

Colpisce sempre la semplicità del legislatore sovranazionale: «ognuno ha il diritto al *rispetto dei suoi beni*». La proprietà come diritto di *libertà e dignità della persona*, estranea al diritto comunitario l'idea della *funzione sociale*, divergendo i due modelli di proprietà: quello interno e costituzionale e quello *euro-unitario*.

La proprietà che si identifica con il *bene* che fa parte del patrimonio⁴ della *persona*, per questo meritevole di *rispetto*, nel contesto di una concezione molto ampia di

particolare attenzione al pensiero di Cerulli Irelli (*Amministrazione Pubblica e diritto privato*, cit.) e di Alfredo Moliterni (*Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016).

² Cfr., P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 254 ss.

³ Così, l'art. 1 del *Protocollo Addizionale alla Convenzione europea del 1950*, per il quale «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni» e «nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

⁴ Tra le numerose e contrastanti definizioni proposte al «patrimonio» 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» (così, L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui, con particolare riguardo alla vendita di cosa altrui*, Padova, 1936, 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. BENZA, *Note a Windscheid*, I, Torino, 1930, 673; A. PINO, *Il 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. Secondo A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 1995, 394, 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». Cfr., F. BOCCHINI, in F. BOCCHINI-E. QUADRI, *Diritto privato*, Torino, 2018, 114; F. RINALDI, *La donazione di beni altrui*, Napoli, 2012, 72 ss.

bene, comprensiva anche dei *diritti di credito*, che entrano a far parte del patrimonio della persona.

Questa concezione della proprietà, come diritto di *libertà*, è accolta non soltanto dalle Corti sovranazionali, ma anche dalle Corti interne, attraverso una rielaborazione della ordinaria classificazione dei *beni pubblici e privati*⁵. Pur

⁵ Cfr. T.A.R. Toscana, Sez. III, 27.2.2015, n. 328, secondo cui. «laddove la concessione demaniale marittima stabilisca di concedere al concessionario il diritto di occupare un'area demaniale marittima allo scopo di mantenere un locale in muratura, viene ad essere costituito in capo al concessionario un diritto reale a immagine del diritto di superficie. Infatti, il diritto di mantenere una costruzione sul suolo altrui è proprio l'oggetto del diritto di superficie, così come delineato dall'art. 952 cod. civ. ("il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri"), con il risultato che siamo qui in presenza di un atto amministrativo che attribuisce al concessionario il diritto di superficie sugli immobili da questi realizzati sulla superficie demaniale. Ne discende che i suddetti beni sono in proprietà superficiaria del concessionario e non sono quindi di proprietà demaniale, situazione che si è protratta nel tempo, laddove la concessione sia stata successivamente rinnovata senza soluzione di continuità»; prosegue, in maniera significativa, la decisione annotata, «la mancanza di proprietà demaniale esclude quindi in radice che si possa parlare di "pertinenze demaniali marittime", mancando i presupposti di cui all'art. 29 del Codice della Navigazione, che definisce pertinenze del demanio marittimo "le costruzioni e le altre opere appartenenti allo Stato, che esistono entro i limiti del demanio marittimo e del mare territoriale", richiedendo quindi la titolarità della proprietà in capo allo Stato». Sotto un profilo di carattere pragmatico, preso in considerazione dall'annotata decisione, ne discende che, «nel calcolo del canone demaniale marittimo, l'Autorità concedente non deve tener conto dei beni che sono oggetto del diritto superficiario di cui è titolare il concessionario, non trovando perciò applicazione la disciplina di cui all'art. 1, comma 251, n. 2, riferito appunto alle opere pertinenziali, in luogo di quella di cui all'art. 1, comma 1, n. 1, lett. b), della legge n. 296 del 2006». La vocazione *balneare* della nostra penisola rende utile il riferimento al *demanio marittimo* (v. artt. 822 ss. cod. civ. e 28 cod. nav.), emergendo diverse questioni in ordine al regime concessorio ed all'utilizzo dei beni. In argomento, v.: 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.; F.A. QUERCI, voce *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 92 ss. Aa.Vv., *L'impresa turistico-balneare* a cura di N. Carnimeo e S. Prete, Bari, 2011, 1 ss. Si cfr., poi: CORTE COST., 1.7.2010, n. 233, in www.ambientediritto.it; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 9.1.2009, n. 12, in *Riv. giur. edilizia*, 2009, 2; CASS., 27.1.2011, n. 1916; CASS., 9.10.1991, n. 10607, in *Foro it.*, 1992, I, 724; CASS., 9.3.2004, n. 4769; Cass., s.u., 2 maggio 1962, n. 849 e id., sez. I, 5 novembre 1981 n. 5871; CASS., 28.5.2004, n. 10304, in *Foro amm.*, 2004, 1321; CASS., 30.7.2009, n. 17737, in *Riv. giur. ed.*, 2010, I, 1, 77 ss. Quanto all'utilizzazione (attraverso lo strumento concessorio), ad es. la «spiaggia», si ricordi la Direttiva Servizi *Bolkestein*, 2006/123/CE, e la 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 (v. C. di S., sez. VI, 27.12.2012, n. 6682; 22.4.2014, n. 2022, in www.giustizia-amministrativa.it). Utile è la comparazione con altri ordinamenti, quali 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

rilevando sempre la vocazione *economica* del diritto di proprietà, collocata nell'ambito dei *Rapporti economici* di cui in Costituzione, apprezzabile allorché si discorra di alcune peculiari categorie proprietarie, tra le quali la *proprietà edilizia* e le problematiche dello *ius aedificandi*.

Assicurare *libertà* sembra significare poter garantire bisogni essenziali della *persona*, la proprietà svolgendo, in tal senso, una fondamentale funzione di *giustizia sociale* e *carità*⁶. Di conseguenza, sembra legittimo interrogarsi circa il legame tra *libertà* e *proprietà*, sino ad osservare che senza proprietà potrebbe, in effetti, non esservi *libertà*.

2. Per uno «statuto» europeo della proprietà.

Ad edificare lo *statuto* moderno della proprietà sembra contribuire, in modo determinante, il diritto *europeo* e *comunitario*. Considerazione, questa, avvalorata dall'art. 17 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che colloca il diritto di proprietà nell'ambito dei diritti fondamentali di *libertà*⁷.

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).

⁶ Così, J. LOCKE, *Primo Trattato sul Governo*, 1690, par. 42. Una visione della proprietà, in termini di «ricchezza» a vantaggio di determinate categorie di *soggetti deboli*, ad esempio, i «poveri». In proposito, H. ARENDT, *Vita activa. 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 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 O *Carta di Nizza* del 7.12.2000, 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».

Senza omettere di ricordare, sotto un profilo storico ricostruttivo, che lo statuto moderno della proprietà affonda le sue origini nei moti rivoluzionari della Francia del 1789, culminati con l'adozione della *Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino*, antecedente storico della Costituzione, e con l'adozione del *Code civil* del 1804, monumento storico che ha influenzato tutte le future compilazioni⁸: pare fosse Napoleone ad aver reinterpretedo la *triade* dei valori «fratellanza, eguaglianza, libertà», in «libertà, eguaglianza e *proprietà*»⁹.

A completare il quadro storico ricostruttivo della *proprietà*, si consideri anche l'influenza del modello *socialista* della Russia rivoluzionaria del 1919, in un'ampia visione dello Stato come unico proprietario dei mezzi di produzione e, dunque, della «ricchezza». E si aggiunga, pure 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»¹⁰: «la proprietà *obbliga*». Formula sensibilmente modificata nell'ambito dell'art. 14, co. 2, dell'attuale Costituzione tedesca, nel senso che: «la proprietà *impone degli obblighi*» e, prosegue la disposizione, «il suo uso deve al tempo stesso servire al bene comune».

L'esperienza del Costituente tedesco appare, nella sua problematicità, molto significativa, in quanto sembra muovere, da un lato, in una direzione *comunitarista* e *solidale*; ma, dall'altro, attraverso la considerazione del diritto di proprietà, come

⁸ Cfr. ALPA, *Diritto civile italiano Due secoli di Storia*, Bologna, 2018, 99 ss.: «sorto come atto politico necessario ad esprimere la frattura con l'*Ancien Régime*, e come complesso normativo destinato a unificare e razionalizzare le regole che governavano i rapporti tra privati, il *Code civil* reca le stimate dell'illuminismo, ma, come si è detto, non è l'espressione fedele degli ideali della Rivoluzione francese; anzi essendosi arrestato il processo politico sociale rivoluzionario con l'avvento al potere di Napoleone, il *Code* esprime piuttosto le esigenze del ceto borghese che aveva acquisito il potere e con un codice voleva rinsaldarlo»; prosegue l'a., «è un capolavoro di chiarezza, di sintesi e di acume tecnico». «La caduta di Napoleone» non comportandone, difatti, la automatica «abrogazione», «né in Francia, né nei territori conquistati». Il *Code civil* «è il testo normativo sul quale in tutto il mondo si sono raccolte più analisi», ed è «al tempo stesso il punto di partenza e il metro con il quale misurare l'originalità della nostra esperienza». Senza neppure omettere di ricordare, sotto il profilo della compilazione, che «le diverse relazioni del codice (le prime tre dovute a Cambacérès, e l'ultima all'impegno di Portalis) tendono a contemperare le regole della tradizione romanistica, la loro sistemazione ad opera del Domat e Pothier, con le consuetudini e le discipline locali particolari» (p. 100).

⁹ Cfr. S. RODOTA', *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, p. 75.

¹⁰ Cfr., RODOTA', *op. ult. cit.*, 11.

diritto fondamentale della persona¹¹, 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, postulato dei tragici eventi della Germania di Weimer.

3. La costituzionalizzazione della proprietà attraverso la funzione sociale e l'accessibilità a tutti (art. 42, co. 2, Cost.): quale proprietà interessa la Costituzione?

In Italia, la costituzionalizzazione del diritto di proprietà avviene attraverso il riconoscimento del diritto e l'introduzione del limite della *funzione sociale* (art. 42, co. 2, Cost.), con l'abbandono delle enfatiche formule presenti nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, che definiva la proprietà «diritto sacro ed inviolabile».

La disciplina costituzionale della proprietà, non soltanto l'art. 42, co. 2, della Costituzione e la *funzione sociale*, ma tutte le altre disposizioni (artt. 42-47 Cost., tutela del lavoro, del risparmio, della proprietà agraria, sino all'*abitazione*), è il frutto del *compromesso* tra le diverse forze *politiche* presenti in Assemblea Costituente: da una parte, le forze propulsive dei principi cardine dello *Stato liberale di diritto*; dall'altra, quelle assertrici di una lettura in chiave *sociale e solidale* delle disposizioni costituzionali, ad opera sia delle forze che potremmo definire *socialiste*, sia della *dottrina sociale* della Chiesa¹². Forze presenti sin dall'art. 1 Cost., attraverso il riferimento al *lavoro*, e dall'art. 2 Cost., in materia di diritti fondamentali della persona.

Le istanze egualitarie e solidaristiche, presenti nell'Ordinamento, sembrano svolgere un ruolo significativo nell'edificazione dello *statuto costituzionale* 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.), con la

¹¹ La Costituzione tedesca colloca il diritto di proprietà nell'ambito del catalogo dei diritti fondamentali della persona, dopo la *dignità* (art. 1) ed i *diritti di libertà*.

¹² In argomento, fondamentali le riflessioni di A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni*, Torino, 1963, spec. 265 ss., 507 ss.

possibilità di *accedere* a determinate categorie di proprietà «*favorite*», quali, ad esempio, *l'abitazione* e la *proprietà coltivatrice diretta*, destinate a soddisfare necessarie esigenze di vita¹³, *trait d'union* con la *non categoria* dei *beni comuni*, sui cui ci si soffermerà in prosieguo.

Dal quadro sommariamente tracciato emerge la complessità ed eterogeneità delle fonti di regolamentazione dello *statuto proprietario*, tra loro non univoche né in armonia, dando luogo a diversi modelli proprietari. A titolo riassuntivo e senza alcuna pretesa di completezza, si consideri: la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789, che definisce la proprietà diritto fondamentale della persona, *sacro* ed *inviolabile*, ed alla quale fa eco lo Statuto Albertino che, utilizzando, in maniera significativa, il plurale, afferma all'art. 29 che «tutte le proprietà sono inviolabili»; l'art. 544 del *Code civil*¹⁴, tradotto dall'art. 436 del primo codice civile italiano *post* unitario del 1865¹⁵, in una prospettiva personalistica ed individualistica particolarmente accentuata, sino allo *ius abutendi*¹⁶, ripresa anche nell'ambito del vigente codice civile del 1942¹⁷, con disciplina molto complessa, espressione della relazione *pubblico/privato*, che qualifica la *proprietà*. Occorre, difatti, considerare le disposizioni di cui agli artt. 822-831 cod. civ., in materia di *beni pubblici*, collocati prima della disciplina della proprietà; nonché gli artt. 834-839 cod. civ., che recano disciplina in materia di espropriazione, requisizione, beni storici e artistici, rinviando alla legislazione speciale: in particolare, alla *legge urbanistica*, coeva al codice civile (l. n. 1150 del 1942), alla *legge ponte* (l. n. 765 del 1967), che ha introdotto i limiti inderogabili allo *ius aedificandi*, alla disciplina degli

¹³ Cfr. gli artt. 42 e 47 Cost.

¹⁴ «*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*».

¹⁵ «La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, purché non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti».

¹⁶ Cfr. R. J. POTHIER, *Traité du domaine de propriété*, Paris, 1772, 4 ss., il quale definiva il diritto di proprietà: «*le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui ni aux lois*»; e C.S. ZACHARIAE, *Cours de droit civil français* (1840), edizione a cura di C. Aubry e C.F. Rau, Bruxelles, 1850, 7 ss. Osserva, in argomento, ALPA, *Diritto civile italiano Due secoli di storia*, cit., 114, si deve allo Zachariae l'«opera sistematica» del *Code civil*, avendo questi applicato al *Code civil* il metodo pandettistico».

¹⁷ All'art. 832 cod. civ., che, non definendo il diritto di proprietà, ne indica il contenuto: «il proprietario ha il diritto di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento giuridico».

standard urbanistici (D.M. n. 1444 del 1968); e, naturalmente, alla prima legge espropri, l. n. 2359 del 1865, integrata dai più recenti *Testo Unico dell'edilizia* (Dpr n. 380 del 2001 smi) e *Testo Unico dell'espropriazione* (Dpr n. 327 del 2001 smi).

Nell'ambito della ricostruzione delle fonti di regolamentazione del fenomeno proprietario, un utile punto di riferimento è rappresentato dalle annotate disposizioni della Costituzione tedesca, prima e dopo Weimer¹⁸. Ed in ambito comunitario, particolare valore assumono i citati art. 17 della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, che colloca la proprietà tra le libertà fondamentali, e art. 1 del *Protocollo addizionale alla Convenzione europea* del 1950, che, con formula leggera ed elastica, sancisce il principio del *rispetto dei beni dei privati*¹⁹.

Naturalmente, gli artt. 42-47 Cost., ricordando i *Lavori preparatori* alla Costituzione in relazione all'art. 42, co. 2, risultato di due non omogenei testi ad opera di due Sottocommissioni, la I e la III, a dimostrazione delle diverse forze ed anime presenti in Assemblea costituente²⁰.

¹⁸ Artt. 153 della Costituzione del 1919 e 14, co. 2, della vigente Costituzione del 1949, oggetto di revisione nel 2006.

¹⁹ Sono, altresì, da menzionare l'art. 345 del *Trattato FUE*, che lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri, mostrandosi nutro; e l'art. 6 del *Trattato UE*, che, pur neutro, attribuisce alla *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* valore di trattato.

²⁰ Il testo proposto dalla I Sottocommissione prevedeva, in primo luogo, che «i beni economici ed i mezzi di produzione potessero essere in proprietà di privati, di cooperative, di istituzioni e dello Stato»; in secondo luogo, che «la proprietà privata, frutto del lavoro e del risparmio, fosse riconosciuta al fine di garantire la libertà e lo sviluppo della persona e della sua famiglia»; in terzo luogo, che «allo scopo di rendere la proprietà personale accessibile a tutti, di coordinare le attività economiche nell'interesse collettivo e di assicurare il diritto al lavoro e ad una vita degna per tutti gli uomini, la legge dovesse: determinare i modi di acquisto e di trasferimento, i limiti di estensione e le modalità di godimento della proprietà privata della terra e degli altri mezzi di produzione; riservare allo Stato, ad istituzioni ed a comunità di lavoratori e di utenti la proprietà di determinate categorie di imprese aventi carattere di servizio pubblico o di monopolio di fatto; trasferire agli enti suddetti, mediante esproprio con indennizzo, la proprietà di determinate imprese o di determinati complessi di beni». Questa ipotesi di testo sembra, in effetti, caratterizzata dal riferimento ai «mezzi di produzione» ed alle «comunità intermedie» tra singoli e Stato; nonché «la limitazione del riconoscimento della proprietà privata ai soli casi in cui questa sia "frutto del lavoro e del risparmio"»; ed inoltre, la «finalizzazione cui deve tendere l'attività di "coordinamento" dell'economia, e cioè assicurare il diritto al lavoro e ad una vita degna, nonché garantire la libertà e lo sviluppo della persona e della sua famiglia», Evidente il riferimento alla *dottrina sociale della Chiesa* (cfr. *Commentario breve alla Costituzione* a cura di Crisafulli e Paladin, Padova, 1990, p. 296 ss.; RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., 301). Diverso il testo della III Sottocommissione, più vicino a quello accolto in Costituzione, che, in particolare, nel disciplinare la proprietà dei beni economici, ne prevedeva la possibilità

Sembra utile porre in comparazione la *Relazione al cod. civ.*, in materia di proprietà, con la *costituzionalizzazione* del diritto di proprietà di cui l'art. 42, co. 2, Cost., dal raffronto risultando una concezione del diritto di proprietà non univoca, bensì una diversificazione tra il modello *proprietario* originario codicistico e quello costituzionale.

Difatti, se è vero che «la Costituzione muove dal concetto di proprietà che si fa strada nel codice»; tuttavia, è altrettanto vero che «la considerazione unitaria dell'istituto assume nel testo costituzionale motivazione e valore assai diverso»²¹. Si osservi, in ragione di quanto precede, che il codice civile sembra respingere la concezione del diritto di proprietà come diritto «primigenio» e «naturale», pur confondendosi le «origini della proprietà» con le «origini dell'umanità» stessa²²; e muovendo riferimento alla *famiglia* e alla *Carta del lavoro* (*Dichiarazioni II e VII*).

In ordine alla disciplina costituzionale della proprietà, è da porre due interrogativi: in primo luogo, quale sia la *proprietà* che interessi la Costituzione, concludendo per i beni *socialmente rilevanti* (c.d. *proprietà sociale*, che apre alla categoria dei *commons*)²³; in secondo luogo, per quali ragioni si sia avvertita

«privata, cooperativistica e collettivistica» e che la proprietà fosse (solo) «riconosciuta e garantita dallo Stato».

²¹ Cfr. P. RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 254 ss., ma spec. 269.

²² Così, la *Relazione al cod. civ.* n. 402, spec. 2^a cpv.: «sono infatti le Dichiarazioni della Carta del lavoro che danno nuovo fondamento all'istituto della proprietà, le cui origini si confondono quasi con le origini dell'umanità, e che stende le sue radici (...) nell'ordinamento stesso della famiglia»; prosegue, il 4^a cpv., «oggi la configurazione della proprietà si sposta su un altro piano: non più si tratta di un diritto primigenio e naturale dell'individuo, a cui sono portate specifiche limitazioni in correlazione a determinate esigenze sociali o ad esigenze di coordinamento con altri diritti. La misura stessa del diritto si desume organicamente dalle finalità per cui il potere è riconosciuto e varia quindi in relazione ai diversi beni suscettibili di appropriazione». La *Dichiarazione II* della *Carta del lavoro* stabilisce il principio per il quale il «lavoro sotto tutte le sue forme è un dovere sociale», ed inoltre che «il complesso della produzione è unitario dal punto di vista nazionale: i suoi obiettivi sono unitari e si riassumono nel benessere dei singoli e nello sviluppo della potenza nazionale». La *Dichiarazione VII* pone il principio per il quale «lo Stato corporativo considera l'iniziativa privata come lo strumento più efficace e più utile nell'interesse della Nazione», evocando, altresì, il principio della «collaborazione delle forze produttive». In argomento, si ricordino le fondamentali riflessioni di F. ENGELS, *L'origine della famiglia della proprietà privata e dello Stato* (1891), ristampa a cura di F. Codino, Roma, 2005, 51 ss.

²³ Basti rinviare a E. QUADRI, *Diritto privato* a cura di F. Bocchini ed E. Quadri, Torino, 2018, spec. p. 519.

l'esigenza di introdurre in Costituzione, nell'ambito dell'art. 42, Cost., il riferimento alla *proprietà privata*, in aggiunta alla *proprietà pubblica*²⁴.

Il riferimento che l'art. 42, co. 2, Cost., muove al *riconoscimento* della proprietà privata – «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge», al pari dell'*iniziativa economica*, salva l'*utilità sociale* (art. 41 Cost.) – è da intendere nel senso di riconoscere un diritto preesistente all'ordine giuridico, *primigenio e naturale*. Un diritto fondamentale (di *libertà, dignità e sicurezza*) dell'individuo, attraverso il cui riconoscimento si assicura la sua inviolabilità e, con essa, lo sviluppo della personalità (art. 2 Cost.); e che lo Stato non concede ma può solo riconoscere e limitare in relazione alla *funzione sociale* ed al *fine pubblico* o *d'interesse generale* (in quest'ultima accezione, specialmente nell'ambito delle fonti europee).

Un diritto, dunque, intangibile ed insopprimibile, a differenza, si osservi, degli altri *iura in re aliena* che, non ricevendo la stessa garanzia costituzionale, potrebbero, invece, essere *soppressi*, anche in considerazione della riserva di legge ordinaria in materia, demandando la Costituzione alla regolamentazione del legislatore ordinario quanto a forme e modi di acquisto del diritto di proprietà.

4. Gli effetti della relazione pubblico/privato in materia di proprietà e la diversificazione dei modelli proprietari.

Nell'ambito delle riflessioni sin qui svolte, la relazione *pubblico/privato* sembra, dunque, aver vantaggiosamente condizionato l'indagine e la definizione stessa del diritto di proprietà ed il suo contenuto. Ciò, almeno a partire dalla costituzione dello Stato nazionale, per semplificare, dalla prima legislazione *post unitaria* fondamentale del 1865, oltre al *codice civile*, la coeva prima *legge espropri* del 1865.

²⁴ Dalle lezioni di Salvatore Pugliatti. *Diritto civile e Diritto Amministrativo*, cit., 27. L'art. 42 Cost. reca, difatti, le seguenti disposizioni: co. 1, «la proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati»; co. 2, «la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti»; co. 3, «la proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale»; co. 4, «la legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità».

Non considerare questa complessa relazione o condizione del diritto di proprietà – diritto storicamente condizionato più di ogni altro e dal quale, ancora oggi, dipende l'organizzazione sociale, economica e politica di uno Stato²⁵ –, offuscherebbe, sembra potersi ritenere, una concezione unitaria del diritto di proprietà, almeno inteso come diritto fondamentale della persona, pur tra le numerose difficoltà d'indagine sulle altrettanto numerose e diverse *categorie proprietarie*: l'uso del *singolare* in materia di *proprietà* non è ammesso, le *proprietà*, secondo l'invito del grande Maestro, Salvatore Pugliatti. E pur tra le *costellazioni di interessi* del diritto di proprietà, «misura» di ogni rapporto giuridico²⁶ e «calco»

²⁵ 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.).

²⁶ Si consideri, ad esempio, la teoria dell'*abuso del diritto*, che muove dal *divieto degli atti emulativi* di cui all'art. 833 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 al 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

adoperato per «modellare la stessa nozione generale di diritto soggettivo»²⁷, anche di natura *fondamentale*.

Non tenere conto di questa relazione, *pubblico/privata*, conduce ad una visione frammentaria del diritto proprietà. Valutazione, questa, che si manifesta specialmente allorché ci si confronta con alcune delle infinite declinazioni del diritto di proprietà: proprietà *umana*; proprietà *economica*; proprietà e *società* o

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 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.

²⁷ Cfr., S. RODOTA', *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 2013, spec. 43 ss.

proprietà *sociale*, dei beni *socialmente rilevanti*, che evoca la «non categoria proprietaria» dei *beni comuni*; proprietà *pubblica* e proprietà *pubblica non statale*; proprietà *capitalistica*; proprietà *collettiva* e *d'impresa*, che evoca il complesso rapporto tra proprietà e *controllo*; proprietà *fondiarie*, proprietà *agraria* o *coltivatrice diretta*; e la proprietà *edilizia*, con particolare riferimento ai *limiti* allo *ius aedificandi*, osservando che, prima della *legge urbanistica* del 1942, della *legge ponte* del 1967 e del suo *regolamento attuativo* rappresentato dalla disciplina degli *standard urbanistici* di cui al DM n. 1444 del 1968, che hanno introdotto i *limiti inderogabili* allo *ius aedificandi*, questo era considerato pura estrinsecazione del diritto di proprietà.

Ciò che si vuol rilevare è, dunque, che, nel momento in cui ci si accorge dell'esistenza della Costituzione²⁸, ci si rende conto che si è molto lontani dal *dominium* dell'antica Roma dei Cesari.

Se, in effetti, senza *proprietà* non sembrerebbe esservi *libertà*, perché non vi sarebbe *negozialità* – anche in merito al rilievo sulla proprietà del Beccaria, «terribile, e forse non necessario diritto»²⁹ –; è pur vero, però, che le annotate *fonti* dimostrano l'ampia ammissione di limiti e restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà. La *Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789, antecedente storico del nostro art. 42, co. 2, Cost., ha, difatti, introdotto un primo rilevante riferimento alla *funzione sociale* della proprietà, soprattutto nella dichiarata prospettiva dell'*eguaglianza sociale*, nel senso dell'*accessibilità a tutti*. Non, dunque, una logica esclusivamente individualistica, ammettendosi, già nel *Diritto delle Pandette* di Windscheid, «restrizioni» al diritto di proprietà³⁰; 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

²⁸ Cfr., RODOTA', *op. ult. cit.*, 477.

²⁹ Scriveva C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, 1764, XXII ss. «Dubbio», questo, che Bentham definì «sovversivo dell'ordine sociale» (J. BENTHAM, *Principles of the civil code*, I, Edinburg, 1843, IX ss.). Le due citazioni sono tratte da S. RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., le cui riflessioni restano fondamentali in argomento.

³⁰ «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.).

della povertà entrambe senza limiti»³¹. 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*³². Questo *elemento* – determinato dalla *rivoluzione industriale* del XIX secolo – ha, indubbiamente, prodotto un mutamento di direzione e di funzione nelle logiche proprietarie dell'*esclusività*, unitamente alla valorizzazione dei beni produttivi, del *lavoro* e delle energie creative³³, aprendo, così, al nuovo itinerario della proprietà verso i *beni comuni*. Diversamente ritenendo – si consideri la *proprietà edilizia* ed i *limiti inderogabili* allo *ius aedificandi* – si attribuirebbero al diritto di proprietà valenze e prerogative che, probabilmente, non ha mai posseduto, se non nella forma dell'antico *dominium*.

5. La relazione pertinenziale: tra diritto privato e diritto urbanistico. Brevi cenni.

³¹ Così, F. K. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di a cura di V. Scialoja, I, Torino, 1886, 368.

³² 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*.

³³ 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.

Nelle pagine che precedono, si è rivolta attenzione alla categoria della *proprietà edilizia*, non soltanto in una prospettiva di tipo comparativo tra *statuti proprietari*, bensì al fine di osservare l'evoluzione che si registra in materia di *oggetto* del diritto di proprietà, determinata dalla diversità dei beni sui quali, più o meno intensamente, il potere di disposizione³⁴ proprietario può essere esercitato; e che ha

³⁴ Il «potere di disposizione» sembra poter essere configurato in termini di esercizio di un potere giuridico e non una semplice possibilità di fatto, pur non nascondendosi perplessità anche in ordine ad una simile conclusione. Perplessità o disagio ricostruttivo, questi, che derivano dal fatto che – ci ricorda Pugliatti – il potere di disposizione è un tema «delicatissimo; espressione tra le più equivoche». Prosegue l'insigne Maestro: «sicchè periodicamente si rinnova attorno ad esso, ed appare ora più ora meno vivo ed intenso, l'interesse degli studiosi, e si rinnovano pure le dispute e le discussioni (...) che (...) se hanno fatto nascere nuove questioni e suscitato nuovi problemi (...) non hanno contribuito a precisare il concetto, né sotto il profilo funzionale né sotto quello strutturale; e forse neppure sono riuscite a vincere lo scetticismo e la sfiducia che fanno dubitare circa la opportunità della sua adozione» (S. PUGLIATTI, *Saggi di diritto civile, Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951, 7, che raccoglie i due saggi *L'atto di disposizione ed il trasferimento dei diritti* del 1927 e *Considerazioni sul potere di disposizione* del 1940). In argomento, specificamente ed in maniera particolarmente significativa, F. BOCCHINI, *Limitazioni convenzionali del potere di disposizione*, Napoli, 1977, spec. 200. L'a., dopo aver rilevato l'incerta configurazione di un simile potere, osserva che «non manca chi, a ragione, tende a ridimensionare la portata di questo problema generalmente riferito alla teoria generale, preferendo, invece, condurre l'indagine intorno alla impostazione e alla soluzione dei concreti problemi positivi» (il riferimento è a R. CICALA, *L'adempimento indiretto del debito altrui*, Napoli, 1968, 164). L'a. rileva ancora che: «crediamo che la perenne polemica, se il potere di disposizione stia dentro o fuori del diritto soggettivo, sia per molti aspetti frutto di una impostazione troppo angusta del problema che talvolta si è lasciata maggiormente suggestionare dal profilo *formale* del potere di disposizione, come potere di porre in essere l'atto di disposizione, piuttosto che sentirsi attrarre dal suo contenuto *materiale*, come possibilità di realizzazione di un interesse». Assume, dunque, rilevanza «l'interesse perseguito dagli stipulanti». In argomento, in maniera particolarmente efficace, R. TOMMASINI, *Limiti legali e convenzionali al potere di disporre*, in *Limiti convenzionali e legali al potere di disporre* a cura del Comitato Regionale Notarile della Sicilia, Palermo, 1994, 13, il quale osserva che «il riferimento al potere di disposizione è stato determinato dalla esigenza sistematica di fornire una adeguata spiegazione di alcuni istituti in cui il trasferimento del diritto viene attuato da un soggetto diverso dal suo titolare (sono classiche le ipotesi dell'acquisto dall'erede apparente ed *a non domino*) senza una preventiva analisi rivolta ad individuarne i suoi dati specifici. Successivamente è emersa la necessità di tentare una sua rielaborazione sistematica». In argomento, fondamentali, inoltre, le riflessioni di: D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 1; E. GARBAGNATI, *Diritto subiettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1941, 550; U. NATOLI, *Il diritto soggettivo*, Milano, 1943; C.M. BIANCA, *Diritto civile, I, La norma giuridica – I soggetti*, 1990, Milano, 43 ss. Osserva, inoltre, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2001, spec. 8 e 47: «il titolare di un diritto soggettivo fu paragonato all'uomo che ha il potere di chiudere un interruttore della corrente elettrica e usufruire, in tal modo, di una forza che è al di fuori di lui. La forza giuridica per attuare il contenuto degli interessi umani c'è solo quando l'interesse è giuridicamente riconosciuto». La tematica del diritto soggettivo ha dimensioni tali da impedire ogni tentativo di approfondimento in questa sede, sia pure solo con riferimento ad inevitabili scelte presupposte ai fini della trattazione. Per ogni approfondimento in materia, anche di

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 «proprietà»³⁵.

carattere storico, sociologico e comparatistico, basti rinviare a: A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, 5, cui si rinvia anche per opportuni approfondimenti di natura bibliografica; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, I, 243-264; R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149 ss.; D. BARBERO, *Il diritto soggettivo*, in *Foro it.*, 1939, IV, 1 ss.; Id., in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano 1953; N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 351; particolarmente significativa, in proposito, la ricostruzione di L. BIGLIAZZI GERI – U. BRECCIA – F.D. BUSNELLI – U. NATOLI, *Diritto civile. Norme, soggetti e rapporto giuridico*, I, 1 e I, 2, Torino, 1987, spec. 340 e 570 ss.: l'interesse assume la funzione di controllo della situazione giuridica soggettiva che pur dar luogo a possibile conflitto, appunto, d'interessi; senza naturalmente potersi dimenticare, S. PUGLIATTI, *Abuso di rappresentanza e conflitto d'interessi*, in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, 305; F. CARRESI, *In tema di difetto e di abuso di rappresentanza*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, 209; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 589; in chiave critica, L. FRANCIOSI, *Il conflitto d'interessi nella rappresentanza*, in *Tratt. dir. priv. diretto da Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, VI, Torino, 2000, 69 ss.; C. DONISI, *Il contratto con sé stesso*, Napoli, 1982; ancora, più di recente, A. GENTILI, *A proposito de il "diritto soggettivo"*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 367. Particolarmente utili, poi, le riflessioni sulla «reificazione» del diritto soggettivo, ed in chiave critica, di K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, trad. it., Milano 1967, 70, annoverato tra gli esponenti del realismo giuridico scandinavo; in Italia, più di recente, S. CASTIGLIONE, *Realismo giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVI, Torino, 1997, 143; sempre in chiave critica alla reificazione del diritto soggettivo, è la posizione di un altro celebre esponente del realismo giuridico, A. ROSS, *Diritto e giustizia*, trad. it., Torino, 1990, v. spec. 164: «bisogna ribadire che il concetto di diritto soggettivo è senza alcun riferimento semantico. Esso non designa qualche fenomeno che si inserisca tra la fattispecie e le conseguenze giuridiche derivate, ma è un mezzo che consente di rappresentare ... il contenuto di un insieme di norme giuridiche». Inoltre, sulla storicità del concetto di diritto soggettivo, P. BARCELLONA, *Il problema dei rapporti tra il soggetto e l'ordinamento*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, Milano 1978, 56. Secondo F. CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, II, Padova, 1931, spec. 175 e 225, «dall'essenza del diritto soggettivo per il quale la tutela dell'interesse è rimessa alla volontà del titolare discende la conseguenza della necessità di una manifestazione di tale volontà, perché possa verificarsi un trasferimento del diritto». Ancora: E. ZIMMERMANN, *Die Lehre von der Stellvertretenden negotiorum Gestio*, 138, che distingue capacità e potere di disposizione; VON THUR, *op. ult. cit.*; P. ÖRTMANN, *Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil*, I, Berlin, 1929, 319; ENNECCERUS, in L. ENNECCERUS - U. LUHMANN, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 1954, Tübingen, § 136, 343, sostiene che «il potere di disposizione non può confondersi con la capacità negoziale, perché non è come questa, una proprietà della persona in sé, ma un rapporto con il diritto, oggetto della disposizione». In tal senso anche, G. F. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1872, 106; Id., *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig, 1838, § 51; Id., *System des gemeinen Civilrechts*, München, 1832, § 35; REGELSBERGER, *op. ult. cit.*, § 147; BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1929, 339 ss.; CICALA, *Il rapporto giuridico*, Milano, 1959, 78.

³⁵ 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.

Nell'ambito della proprietà *edilizia*, sembra potersi cogliere appieno la relazione *pubblico/privata*, tale da determinare una scollatura tra modi di concepire il diritto di proprietà *privata* e *pubblica*, cui seguono delicate alchimie in ordine all'esercizio dei poteri dispositivi, conformativi ed espropriativi inerenti al contenuto della proprietà. Se, da un lato, difatti vi è il *potere di disporre* del *privato*, anche in opposizione all'esercizio non legittimo del *potere pubblico*, conformativo o espropriativo, nel porre limiti alla proprietà ed allo *ius aedificandi*; dall'altro, vi è, pur sempre, il *potere pubblico* che *amministra l'urbanistica*³⁶ e, con essa, la proprietà *privata*, nell'interesse pubblico generale, sino all'esclusione dei poteri *proprietary privati*.

Con una rinnovata ansia di regolamentazione in tempi attuali, nell'ambito degli effetti scaturenti dall'introduzione dei *limiti inderogabili* allo *ius aedificandi* – per effetto della *legge urbanistica* n. 1150 del 1942, della *legge ponte* n. 765 del 1967 e della disciplina degli *standard urbanistici* di cui al DM n. 1444 del 1968 –, spunti di riflessione di particolare interesse derivano dalla «nuova» dimensione assunta dal concetto di *relazione pertinenziale*, molto mutata rispetto al suo alveo naturale ed originario di disciplina nell'art. 817 del cod. civ.³⁷.

La nozione di *pertinenza urbanistica*³⁸ ha caratteristiche sue proprie tali da differenziarla dalla nozione di *pertinenza* in senso civilistico, più ampia³⁹, e dalla nozione di *pertinenza* rilevante nell'ambito del diritto penale.

³⁶ Cfr. G. CAMPOS VENUTI, *Amministrare l'urbanistica*, Torino, 1967, 17 ss.

³⁷ L'art. 817 del cod. civ., al co. 1, stabilisce che: «sono pertinenze le cose destinate in modo durevole a servizio o ad ornamento di un'altra cosa», prosegue il co. 2, «la destinazione può essere effettuata dal proprietario della cosa principale o da chi ha un diritto reale sulla medesima». Ulteriore disciplina è contenuta nei successivi artt. 818 e 819 del cod. civ. Si cfr. anche la *Relaz. al cod. civ.* n. 390.

³⁸ La nozione civilistica di *pertinenza* (art. 817 cod. civ.) è più ampia di quella urbanistica, evocata, nell'ambito della definizione degli «interventi di nuova costruzione», dall'art. 3, lett. e 1 e 6, del T.U. Edilizia (DPR n. 380 del 2001, s.m.i.): «quelli di trasformazione edilizia e urbanistica del territorio non rientranti nelle categorie definite dalle lettere precedenti», manutenzione ordinaria, straordinaria, restauro, risanamento conservativo, ristrutturazione, tali essendo considerati, tra gli altri: «e. 1) la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma esistente, fermo restando, per gli interventi pertinenziali, quanto previsto alla lettera e.6); la lett. e.6 prevede tali interventi di nuova costruzione: «gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree,

qualifichino come interventi di nuova costruzione, ovvero che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale» (v. anche l'art. 32 del TUED, in particolare riferimento alle «cubature accessorie»). Ove si configuri pertinenza sarà sufficiente la Scia (prima la Dia); in caso contrario, per evitare possibili *abusi* edilizi, sarà necessario il rilascio del permesso di costruire. L'intervento edilizio pertinenziale, per essere considerato tale, deve essere di dimensioni modeste e ridotte (in termini di volume, v. C. di S., sez. IV, 26.3.2013, n. 1709; Cass. pen, sez. II, 8.1.2013, n. 519; Tar Campania Napoli, sez. VI, 9.3.2012, n. 1228), tale da non determinare un aumento del «carico urbanistico», inteso quale effetto prodotto dall'insediamento umano primario, in termini di opere e strutture collettive in relazione al numero degli abitanti del territorio. L'intervento pertinenziale urbanistico sembra, quindi, caratterizzato da tre condizioni: essere funzionalmente ed esclusivamente inserito al servizio di un manufatto principale; essere privo di autonomo valore di mercato; non deve essere valutabile in termini di cubatura (v. C. di S., sez. IV, 4.9.2013, n. 4448). Così da non poter essere il manufatto pertinenziale «utilizzato autonomamente e separatamente dal manufatto cui accede» (tra le tante, v. Tar Lombardia Brescia, sez. II, 23.2.2013, n. 198). Ad esempio, non sono considerati interventi pertinenziali: tettoie (anche in legno) che comportino modifica della sagoma e del prospetto dell'edificio (v. Tar Veneto, sez. II, 14.12.2011, n. 1831; Cass., pen., sez. III, 30.7.2013, n. 23912, in merito ad una tettoia di copertura); porticati destinati ad incrementare la superficie del manufatto (v. Tar Campania Napoli, sez. II, 26.5.2011, n. 2862; Cass. pen., sez. III, 1.8.2013, n. 33323); patii trasformati in volumi abitativi (v. Cass. pen., III, 19.2.1998); vani derivanti dalla chiusura di un balcone (Cass. pen. Sez. III, 8.2.2006); un fienile relativo ad un immobile residenziale (v. Tar Bologna, sez. II, 13.9.2006, n.2029, ove l'immobile avesse configurato ipotesi di capannone per allevamento di bestiame, il manufatto accessorio «fienile», sarebbe potuto essere considerato pertinenza, nei limiti di legge indicati); verande (in vetro e alluminio, nel caso specifico) che, pur se pertinenziali all'abitazione (nel caso specifico, realizzata sulla balconata di un appartamento), tuttavia, determinano una «variazione planovolumetrica ed architettonica dell'immobile» (v. Tar Lazio Roma, sez. II ter, 8.7.2009, n. 6639). Sono, invece, considerate opere pertinenziali: piccole baracche prefabbricate in lamiera, collegate a edificio rurale (v. Cass. pen., sez. III, 30.5.2007); l'opera posta su area immediatamente retrostante il fabbricato di ridotte e modeste dimensioni (v. Tar Piemonte, sez. I, 22.6.2005, n. 2310); la sopraelevazione di un muro di cinta, di ridotte e modeste dimensioni, al fine della protezione della proprietà (v. C. di S., sez. V, 22.10.2007, n. 5515; C. di S., sez. V, 16.10.2002, n. 5610, in merito alle recinzioni delle costruzioni); una significativa ipotesi di fioriere in cemento (nel caso specifico, altezza di cm. 60), pertinenziali ad «impianti tecnologici al servizio di edifici già esistenti» (art. 7, co. 2, d.l. 23.1.1982, n. 9), in presenza di tutte le caratteristiche dell'intervento pertinenziale (v. Tar Lombardia Brescia, sez. I, 8.7.2009, n. 1449). Ipotesi peculiare sono, poi, i «parcheggi privati» (*boxes, garages*): *obbligatori* (v. l. *ponte* n. 765 del 1967; l. n. 47/85, costitutiva del *vincolo pertinenziale legale*; si v., però, la l. n. 246 del 2005 per superamento di detto vincolo; in argomento, v. CASS., 24.2.2006, n. 4264); *facoltativi* (v. *legge Tognoli*, l. n. 122 del 1989; e CASS., 16.2.2012, n. 2248); *liberi* (in argomento, v. CASS., 1.8.2008, n. 21003). Il TUED non innova alla nozione di pertinenza, come elaborata dalle Corti (cfr. C. di S., sez. IV, 15.1.2013, in tema di rapporto tra condono edilizio e pertinenza). Una significativa decisione, C. di S., sez. VI, n. 5180 del 10.11.2017, che conferma Tar Campania Napoli, sez. VI, n. 186 del 2016, ha osservato che: «la qualifica di pertinenza urbanistica è applicabile soltanto a opere di modesta entità e accessorie rispetto a un'opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici "et similia", ma non anche a opere che, dal punto di vista delle dimensioni e della funzione, si connotino per una propria autonomia rispetto all'opera cosiddetta principale e non siano coesenziali alla stessa, tale, cioè, che non ne risulti possibile alcuna diversa utilizzazione economica»; prosegue l'annotata decisione, «l'art. 6 del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede che occorre il permesso di costruire soltanto per gli interventi pertinenziali «che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume

Non potendo essere questa la sede per approfondimenti eccessivi, deviando, altrimenti, dall'indagine, tuttavia, qualche cenno appare utile sulla molto dibattuta e controversa necessità o meno di *scorporare (sottrarre)*, in occasione del rilascio di un nuovo titolo edilizio (ad es., un permesso di costruire) i volumi di fabbricati *preesistenti*, ai fini del calcolo della volumetria assentibile sul fondo⁴⁰. Si tratta di una problematica di peculiare complessità, scontando un alto grado di indeterminatezza, dalla soluzione prescelta potendo dipendere l'*alterazione* della capacità edificatoria di un terreno e, con essa, il suo valore commerciale. Se, ai fini della *densità edilizia (indici territoriale e fondiario)*, e nel rispetto degli *standard*

dell'edificio principale». A differenza della nozione civilistica di pertinenza, ai fini edilizi il manufatto può essere considerato una pertinenza quando è non solo preordinato ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale e funzionalmente inserito al suo servizio, ma è anche sfornito di un autonomo valore di mercato e non incide sul «carico urbanistico» mediante la creazione di un «nuovo volume». Nell'ordinamento statale, infatti, vige il principio generale per il quale occorre il rilascio della concessione edilizia (o del titolo avente efficacia equivalente), quando si tratti di un «manufatto edilizio»: salva una diversa normativa regionale o comunale, ai fini edilizi manca la natura pertinenziale quando sia realizzato un nuovo volume, su un'area diversa ed ulteriore rispetto a quella già occupata dal precedente edificio, ovvero sia realizzata una qualsiasi opera, come ad es. una tettoia, che ne alteri la sagoma» (v. anche Cons. di Stato, sez. IV, n. 615 del 2012). Manca, dunque, la natura pertinenziale, ove il nuovo volume sia realizzato su «area diversa ed ulteriore rispetto a quella già occupata dall'edificio precedente/principale, ovvero quando sia realizzata una qualsiasi opera che ne alteri la sagoma, come ad esempio una tettoia» (Cons. di Stato, VI n. 51280/2017 cit.; Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 615; Sez. VI, 24 luglio 2014, n. 3952). Secondo Cass. pen, 14.7.2017, n. 34533, in relazione all'art. 31, co. 1, TUED: «la costruzione di una tettoia di copertura di un terrazzo di un immobile non può qualificarsi come pertinenza, in quanto si tratta di un'opera priva del requisito della individualità fisica e strutturale propria della pertinenza, costituendo parte integrante dell'edificio sul quale viene realizzata, di cui rappresenta un ampliamento. La sua realizzazione pertanto, in difetto del preventivo rilascio del permesso di costruire, integra il reato di cui all'art. 44 del D.P.R. 380/2001».

³⁹ «La nozione di pertinenza dettata dal diritto civile è più ampia di quella che regola la materia urbanistica, con la conseguenza che beni che, secondo la disciplina privatistica, hanno natura pertinenziale, non sono tali ai fini dell'applicazione delle regole che governano l'attività edilizia, quanto meno nei casi in cui gli stessi assumono una funzione autonoma rispetto ad altra costruzione, e sono quindi assoggettati al regime concessorio; pertanto non è pertinenza un intervento edilizio che non è coesistente al bene principale e che possa essere successivamente utilizzato in modo autonomo e separato» (v. C. di S., sez. VI, 1.12.2003, n. 7822). La nozione di pertinenza urbanistica ha «peculiarità sue proprie che la differenziano da quella civilistica, dal momento che il manufatto (...) deve essere anche sfornito di autonomo valore di mercato e dotato comunque di un volume modesto rispetto all'edificio principale, in modo da evitare il c.d. "carico urbanistico"», con necessità del permesso di costruire (C. di S., sez. VI, n. 19 del 2016).

⁴⁰ La volumetria *assentibile* è da valutare attraverso una verifica dell'indice edificatorio *residuale* nella zona interessata, c.d. *suscettività edificatoria residuale*.

urbanistici, gli edifici preesistenti non sembrano poter essere considerati *tamquam non essent*, in quanto «dato reale»⁴¹; tuttavia, in che termini e secondo quali *quantità* dover *asservire* il terreno rimasto libero, appare *altro* discorso.

In un oceano di opinioni discordi, lo strumento urbanistico – il PRG, ed in particolare la *relazione preliminare* e le NTA – è destinato ad assumere valore preminente di regolamentazione, atteso che, in sede di redazione, nel momento in cui vengono fissati gli indici di edificabilità, si dovrebbe tener conto dello stato di fatto (preesistente), *dato reale*. Questa fase conoscitiva è alla base della stesura del PRG e delle NTA, potendosi, diversamente, dubitare dell'effettivo valore di simili strumenti⁴².

⁴¹ Così, Ad. Plen. C. di S., n. 3 del 2009: «in sede di determinazione della volumetria assentibile su una determinata area secondo l'indice di densità fondiaria in vigore, è computabile anche la costruzione realizzata prima della l. 17 agosto 1942 n. 1150, quando cioè lo *ius aedificandi* era considerato pura estrinsecazione del diritto di proprietà, trattandosi di circostanza ininfluenza in sede di commisurazione della volumetria assentibile in base alla densità fondiaria, cioè a quella riferita alla singola area e che individua il volume massimo consentito su di essa, il che comporta la necessità di tener conto del dato reale costituito dagli immobili che su detta area si trovano e delle relazioni che intrattengono con l'ambiente circostante». Il quesito posto dall'ordinanza di rimessione all'Ad. Plen: «se una costruzione, la cui area di sedime coincide con il mappale su cui insiste (655), per essere stata censita nel 1858, possa essere considerata costruzione preesistente, la cui volumetria debba essere computata in quella assentibile secondo l'indice di densità fondiaria in vigore».

⁴² Si indicano due diversi criteri di regolamentazione: a) l'utilizzazione del criterio della situazione in atto al momento della formazione dello strumento vigente; b) oppure l'utilizzazione del criterio dell'entità del lotto di pertinenza al momento in cui fu rilasciato il titolo edilizio relativo al fabbricato esistente, secondo gli indici allora vigenti. Il secondo criterio (sub b) sembra preferito da parte della dottrina e dalla più recente giurisprudenza (v. G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2014, 159). Una scelta di preferenza non semplice, non nascondendosi l'importanza del primo criterio (sub a), nel tentativo di poter attribuire allo strumento urbanistico generale una funzione di *azzeramento* dei volumi preesistenti, l'edificato preesistente potendo essere considerato non del tutto scontato (v. Ad. Plen. n. 3 del 2009, che diverge dalla decisione del Tar Lombardia). E' legittimo interrogarsi sulle conseguenze di una generalizzata rilevanza dell'edificato preesistente, ai fini dei volumi assentibili in sede di rilascio del titolo edilizio: se, per paradosso, l'edificato costruito senza necessità di asservimento (ad esempio, in quanto anteriore al 1942) ha esaurito già tutta la volumetria assentibile nella zona omogenea in cui si trova la costruzione? Cosa accadrà? Si demolisce la parte eccedente? Perché non conforme alle NTA del piano vigente? Ed ai rimanenti lotti asserviti nell'area sarebbe impedita alcuna possibilità edificatoria? Inoltre, un mutamento dello strumento urbanistico ed una riduzione delle potenzialità edificatorie, determinerebbero l'ulteriore paradosso di una sopravvenuta abusività del preesistente? Così da rendere, paradossalmente, necessario un accertamento di conformità alla luce del nuovo strumento urbanistico anche nei confronti di un fabbricato preesistente, ad esempio, condonato? Insomma, una perenne insanabilità o una instabile sanabilità? In argomento, cfr., G. D'ANGELO, *Indici di edificabilità, costruzioni preesistenti e successivo trasferimento di area*, in *Riv. giur. edilizia*, 1973, 380

Pur tra opposte reazioni, sembra, in effetti, introdursi un «nuovo» concetto di *asservimento* in considerazione, cioè, della *relazione pertinenziale* del fabbricato *preesistente* con l'ambiente circostante, ed al di fuori del contesto comune di una *cessione di cubatura*⁴³, comunemente utilizzata come sinonimo di *asservimento*⁴⁴, con

ss.; A. MANDARANO, *Il calcolo della potenzialità edificatoria del lotto in seguito ad un nuovo piano regolatore*, in *Urb. e app.*, 2009, 341 ss.; E. CAVALIERI, *La computabilità della volumetria di edifici preesistenti ai fini del rilascio del permesso di costruire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1 ss.

⁴³ Fattispecie a *formazione progressiva e complessa*, nell'ambito della quale confluiscono dichiarazioni negoziali nel contesto di un procedimento amministrativo, produrrà l'effetto traslativo della cubatura, tra i contraenti e verso l'amministrazione, solo con l'emissione del provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato. Il mancato rilascio del provvedimento produrrà la caducazione dell'accordo tra le parti (v. Cass., 24.9.2009, n. 20623; Tar Sicilia Catania, sez. I, 7.7.2011, n. 1677; Cass., n. 21177 del 2009). Assume rilievo la *ratio* dell'istituto della cessione di volumetria o cubatura che, secondo la giurisprudenza, è rinvenibile nel presupposto logico dell'asservimento del volume edificatorio di un fondo ad un altro, rinvenuto nell'indifferenza, ai fini del corretto sviluppo della densità edilizia, come configurato negli atti pianificatori, della materiale collocazione dei fabbricati sul territorio (v. C. di S., n. 2488 del 2006). Questi accordi hanno ricevuto regolamentazione con l'art. 5 del d.l. n. 70 del 2011, conv. in l. n. 106/2011: «contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori, comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale», assoggettati a trascrizione (v. art. 2645-quater c.c., introdotto dal d.l. n. 16 del 2012, conv. in l. n. 44 del 2012; vi sono anche previsioni regionali, ad es., l.r. Lombardia, 11.3.2005, n. 12.; l.r. Veneto n. 58 del 1978.). L'asservimento, inerendo al terreno, opera con una sorta di ambulatorietà passiva (tipico dei diritti di servitù ed obbligazioni *propter rem*, con le quali pure ci si potrebbe confrontare nel definire la natura dell'atto di asservimento), così da essere opponibile anche nei confronti dei terzi acquirenti del lotto asservito (trascrizione). Articolate le posizioni della dottrina: *Teoria del diritto di servitù*, secondo cui la cessione di volumetria determinerebbe la costituzione di un diritto di servitù tipica, concepita come non aedificandi (se riferita alla cessione di cubatura totale) o *altius non tollendi* (se la cessione è parziale), anche se, per determinare l'effettivo incremento edificatorio del fondo, è sempre necessario un provvedimento dell'ente locale. L'effetto dell'incremento della capacità edificatoria mediante la costituzione della servitù dipenderebbe, quindi, dall'autorizzazione del Comune, in termini di *condicio iuris* o di *presupposizione*; *Teoria del diritto di superficie*, secondo cui, si tratterebbe non della figura tipica di tale diritto in quanto non è in gioco il diritto di fare e mantenere una costruzione sul fondo altrui, ma quello di edificare sul fondo proprio, sul presupposto del superamento del dogma del *numerus clausus* (che potrebbe intendersi superata alla luce del citato intervento legislativo del 2011, che avrebbe ampliato il catalogo dei diritti reali, ove si attribuisse detta natura); *Teoria della rinuncia abdicativa*, secondo cui la cessione di cubatura darebbe luogo alla rinuncia abdicativa del cedente a richiedere la concessione a suo favore, cui farà seguito il rilascio della licenza edilizia maggiorata a favore dell'altro proprietario. Teoria, questa, per la verità, duramente criticata, in quanto non sarebbe in grado di spiegare quale sia il diritto che dovrebbe essere oggetto di rinuncia, essendo comprensibile la rinuncia operata in riferimento ad un diritto soggettivo ma non comprensibile quella riferita ad una delle facoltà in esso ricomprese senza l'estinzione del diritto stesso; *Teoria del negozio traslativo di un diritto reale*, prevalente sino alle ultime decisioni citate, secondo cui si tratterebbe di un negozio traslativo di un diritto reale immobiliare, con il quale il cedente scinde, in tutto o in parte, la facoltà inerente al suo diritto di costruire, formando un diritto autonomo e trasferendolo in maniera definitiva ad un terzo beneficiario; *Teoria del negozio con effetti*

effetti sull'applicazione dell'*indice edificatorio*⁴⁵. La necessità di tener conto della volumetria impegnata in preesistenti fabbricati⁴⁶ è il postulato del cd. *effetto*

meramente obbligatori (Gazzoni), condivisa dalla giurisprudenza, che nega effetti reali all'accordo tra privati. Come indicato sopra (nel riferire di Cass. del 2009), ruolo preminente sarebbe svolto in tale ricostruzione dal provvedimento amministrativo, di natura discrezionale (per altro non più intesa come discrezionalità soltanto tecnica, come nel caso di mero rilascio della concessione) e di modifica allo stesso assetto del piano regolatore in vigore. L'accordo resta collocato sul piano dell'impegno della parte cedente a non azionare la richiesta del permesso a costruire e, di riflesso, a non edificare e contestualmente a fare quanto necessario per agevolare una concessione maggiorata a favore dell'acquirente (v., C. di S., sez. V, 26.9.2000, n. 5091; Tar Lazio Roma, sez. II, 27.7.2004, n. 7478). La *ratio* dell'asservimento di un terreno è indirizzata fundamentalmente ad accrescere la potenzialità edilizia di un'area tramite l'utilizzo della cubatura di un'altra particella (v. C. di S., Sez. V, 17.6.2014; già C. di S., Ad. Plen., n. 3 del 2009; C. di S., Sez. V, 26.9.2013, n. 4757; C. di S., Sez. V, 30.3.1998, n. 387 in *giustizia-amministrativa.it*).

⁴⁴ Cfr. Ad Plen n. 3 del 2009: «nel dettare norme sulla edificabilità dei suoli nei comuni privi di strumenti urbanistici» l'art. 4 della l. n. 10 del 1978 stabiliva «il primato del momento pianificatorio, riducendo e quanto meno depotenziando in modo significativo il diritto di edificare del privato, sulla base del principio che, relativamente ai suoli di qualsivoglia regolamentazione, opera pur sempre una disciplina suppletiva di salvaguardia dagli eccessi di intensificazione».

⁴⁵ Inteso quale coefficiente volumetrico o anche di superficie edificabile in rapporto alla superficie del lotto, che non coincide necessariamente con la proprietà del richiedente il titolo edilizio, come sembra dimostrare l'irrelevanza del frazionamento, non ammettendosi, si ritiene, che, attraverso successivi frazionamenti del lotto o della particella, si possa dar luogo a lotti liberi, il cui indice o capacità edificatoria è stata già utilizzata per una precedente, esistente costruzione, attualmente insistente sul lotto o sussistente sul lotto prima del suo frazionamento (così, C. di S., sez. IV, 29.8.2012).

⁴⁶ Cfr. C. di S., Sez. IV, n. 6397 del 13.11.2018, «in materia di indici di edificabilità, il Consiglio di Stato ha enucleato nel tempo una serie di principi, tutti ispirati alla logica (di sistema) del contrasto dei tentativi di elusione posti in essere dai privati per cercare di aggirare le sempre più stringenti normative conformative del diritto di proprietà in senso restrittivo sotto il profilo edilizio. Queste le principali coordinate esegetiche: 1) Il d.m. 2 aprile 1968, che fissa gli standards di edificabilità delle aree, distingue la densità edilizia in densità territoriale e densità fondiaria. La densità territoriale è riferita a ciascuna zona omogenea e definisce il complessivo carico di edificazione che può gravare sull'intera zona e, pertanto, il relativo indice è rapportato all'intera superficie della zona, ivi compresi gli spazi pubblici, quelli destinati alla viabilità e simili. La densità fondiaria è invece riferita alla singola area e definisce il volume massimo consentito su di essa, ed il relativo indice (cd. indice di fabbricabilità) va applicato all'effettiva superficie suscettibile di edificazione, con esclusione delle aree destinate ad uso pubblico (Consiglio di Stato sez. IV 22 febbraio 1993 n. 182); 2) In relazione ad immobili edificati prima dell'emanazione del d.m. 2 aprile 1968 n. 1444 e, comunque, nei casi in cui difetti legittimamente un provvedimento edilizio abilitativo, è in facoltà delle amministrazioni comunali dettare una disciplina urbanistico-edilizia che attribuisca rilievo, ai fini della identificazione dell'asservimento pertinenziale e, quindi, ai fini della determinazione della volumetria assentibile, a elementi, anche provenienti dai privati richiedenti, in grado di consentire una ricognizione della reale situazione dei luoghi e del concreto carico edificatorio esistente (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 23 aprile 2009 n. 3); 3) L'istituto dell'asservimento si è configurato per effetto dell'entrata in vigore del d.m. 2 aprile 1968 n. 1444, con il quale sono stati introdotti nell'ordinamento, in attuazione dei precetti recati dall'art. 17 l. 6 agosto 1967 n. 765, limiti inderogabili di densità edilizia (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 23 aprile 2009 n. 3);

conformativo o di conformazione del diritto di proprietà, a sua volta, conseguenza delle limitazioni alla edificabilità⁴⁷.

In un simile contesto, torna utile ricordare la significativa definizione del diritto di proprietà, imperante l'abrogato codice civile del 1865 e offerta da Scialoja, secondo cui la proprietà privata è un «rapporto di diritto privato per il quale una cosa, come pertinenza della persona, è completamente soggetta alla volontà di questa in tutto

4) In sede di determinazione della volumetria assentibile su una determinata area secondo l'indice di densità fondiaria in vigore, è computabile anche la costruzione realizzata prima della l. 17 agosto 1942 n. 1150, quando cioè lo "ius aedificandi" era considerato pura estrinsecazione del diritto di proprietà, trattandosi di circostanza ininfluenza in sede di commisurazione della volumetria assentibile in base alla densità fondiaria, cioè a quella riferita alla singola area e che individua il volume massimo consentito su di essa, il che comporta la necessità di tener conto del dato reale costituito dagli immobili che su detta area si trovano e delle relazioni che intrattengono con l'ambiente circostante. Qualsiasi costruzione, anche se eretta senza il prescritto titolo, concorre al computo complessivo della densità territoriale (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria 23 aprile 2009 n. 3); 5) Nel caso in cui un lotto urbanisticamente unitario sia già stato oggetto di uno o più interventi edilizi, la volumetria residua, o la superficie coperta residua, va calcolata previo decurtamento di quella in precedenza realizzata, con irrilevanza di eventuali successivi frazionamenti catastali o alienazioni parziali, onde evitare che il computo dell'indice venga alterato con l'ipersaturazione di alcune superfici al fine di creare artificialmente disponibilità nel residuo (Consiglio di Stato, Sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2941); 6) Nel caso in cui l'originario lotto urbanistico abbia acquisito una maggiore potenzialità edificatoria in dipendenza di modifiche alla disciplina urbanistica e, quindi, la parte rimasta ineditata sia suscettibile di edificazione, per verificare la sua effettiva potenzialità edificatoria occorre sempre partire dalla considerazione che, in virtù del carattere « unitario » dell'originario lotto interamente asservito alla precedente costruzione, non possono non computarsi le volumetrie realizzate sul lotto urbanistico originario (considerato complessivamente), il quale è l'unico ad aver acquisito e mantenuto una "propria" potenzialità edificatoria; conseguentemente la verifica dell'edificabilità della parte del lotto rimasta ineditata e la quantificazione della volumetria su di essa realizzabile non può che derivare, per sottrazione, dalla predetta potenzialità (computata alla luce della densità edilizia consentita dalla normativa urbanistica vigente al momento del rilascio delle concessioni di cui si controverte), diminuita della volumetria dei fabbricati già realizzati sull'unica, complessiva area (Consiglio di Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3766)» (v. C. di S., sez. VI, 22.5.2018, n. 3050, in un caso di sottotetto adibito a palestra oggetto di ordine di demolizione perché privo di titolo edilizio; che conferma T.A.R. Campania Napoli, n. 4730 del 2015).

⁴⁷ «Il diritto di edificare inderoga alla proprietà dei suoli nei limiti stabiliti dalla legge e dagli strumenti urbanistici, tra i quali quelli diretti a regolare la densità di edificazione ed espressi negli indici di fabbricabilità; il diritto di edificare, pertanto, è conformato anche da tali indici, di modo che ogni area non è idonea ad esprimere una cubatura maggiore di quella consentita dalla legge e dallo strumento urbanistico e, corrispondentemente, qualsiasi costruzione, anche se eseguita senza il prescritto titolo, impegna la superficie che, in base allo specifico indice di fabbricabilità applicabile, è necessaria per realizzare la volumetria sviluppata» (così C. di S., sez. V, 12.7.2005, n. 3777; v. anche Cass. pen., sez. III, 21177/2009; Consiglio di Stato, Sez. V, 17.06.2014 n. 3094). In una simile prospettiva, sembra rilevare non tanto la natura di *negozio atipico ad effetti obbligatori* della cessione di cubatura, quanto piuttosto l'asservimento inteso in termini di consumazione della volumetria disponibile.

ciò che non sia vietato dal diritto pubblico o dalla concorrenza dell'altrui diritto»⁴⁸. Definizione che evoca gli *effetti conformativi* della legislazione in materia di proprietà ed il principio di *conformazione*, che hanno consentito la riduzione del potere di disposizione sino all'esclusione dello *ius aedificandi*.

6. Dal modello originario codicistico e costituzionale della proprietà al modello euro-unitario, sino ai beni comuni o «beni non proprietari»: il caso del Comune di Napoli

Riassumendo quanto osservato, sembra possibile distinguere quattro modelli proprietari: un modello tradizionale ed originario *codicistico*, incentrato su una proprietà *esclusiva*, in una logica personalistica ed individualistica pura; il modello *costituzionale*, incentrato sulla *proprietà socialmente rilevante*, diritto naturale e primigenio che la Costituzione può solo riconoscere, ma anche limitare attraverso la *funzione sociale* ed il *fine pubblico* o di *interesse generale*; un modello *euro-unitario*, orientato ad una concezione della proprietà come *diritto di libertà*, in particolare l'art. 17 della *Carta di Nizza* e l'art. 1 del *Protocollo Addizionale*, che muove dalla nozione di *bene*, per giungere ad un'ampia nozione di *proprietà*, intesa quale *bene* che fa parte del *patrimonio* della *persona*, meritevole di protezione. Al riguardo, potendosi discutere sull'opportunità della scelta del legislatore comunitario nel tutelare questi *beni*, riconducibili al diritto di proprietà, non all'interno della *Convenzione europea* del 1950, bensì nell'ambito di un *Protocollo Addizionale*, secondo alcune significative impostazioni, a voler escludere la proprietà dal catalogo dei *diritti umani*⁴⁹.

Nel prosieguo dell'indagine, ci si soffermerà su alcune significative applicazioni della *proprietà euro-unitaria*, con particolare riferimento al fenomeno delle *occupazioni acquisitive* ad opera della *Pubblica amministrazione*, che sembra fornire

⁴⁸ La definizione è tratta dal DE RUGGIERO-MAROI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano-Messina, 1940, 348.

⁴⁹ La questione è di più ampia portata, inerendo alla stessa concezione del *diritto fondamentale*. In argomento, cfr., in particolare, R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 41 ss.; V. BALDINI, *Che cosa è un diritto fondamentale? La classificazione dei diritti fondamentali. Profili storico-teorico-positivi*, in questa *Rivista*, 2016, 1, 1.

spunti di riflessione particolarmente utili in ordine all'*incontro/scontro* tra i due modelli, quello interno e costituzionale e quello *euro-unitario*.

L'ultimo modello sembra poter essere individuato in quello, più recente e molto discusso, dei *beni comuni*, da considerare, piuttosto, *risorse naturali ed umane*, una *non proprietà esclusiva*, bensì una *proprietà inclusiva*, ove si preferisca, *collettiva o diffusa*: certamente un nuovo itinerario della proprietà ed una nuova via dei diritti della persona, nella prospettiva dei diritti umani⁵⁰.

Noto è il dibattito sui beni naturali e sugli interessi collettivi a conservare e proteggere simili categorie, o *non* categorie in senso giuridico, di beni. Si tratta di un complesso tentativo di introdurre queste *pretese* nell'ambito del catalogo delle prerogative private, in termini di diritti fondamentali della persona. Un'aspirazione degna per il giurista, verso migliori condizioni di vita e di benessere, assicurando lo sviluppo della *personalità* attraverso la semantica proprietaria, seppure in termini negativi, ossia di *beni e diritti adespota, senza titolare*, in quanto appartenenti al *genus* umanità⁵¹. Un rafforzamento dei diritti umani attraverso il paradigma proprietario, il calco utilizzato per modellare anche i diritti fondamentali della persona⁵², con complesse questioni in merito alla legittimazione all'esercizio dei diritti conseguenti, godimento e tutela, se *uti singuli* o *uti socius*⁵³.

Ciò che, però, sembra maggiormente rilevare è il configurarsi di un'ipotesi di «proprietà comune responsabile» della risorsa stessa⁵⁴. L'origine del dibattito sui *beni comuni* o *commons* proviene, difatti, dall'*Economia*, da un concetto di «risorsa», peraltro, limitata nel suo utilizzo; riflessione che, solo di recente, si è trasferita nel mondo del *Diritto*: si considerino beni quali l'acqua, il cibo, la conoscenza, l'ambiente, il paesaggio, la Terra, dalla cui fruizione si avverte l'impossibilità di

⁵⁰ Cfr., RESCIGNO, voce *Proprietà (dir. priv.)*, cit., spec. 285 ss.

⁵¹ Fondamentali, al riguardo, le riflessioni di R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, in *Jus*, 1960, 149 ss.

⁵² Un esempio significativo è fornito dal ricorso al diritto di proprietà al fine di proteggere il diritto della personalità alla riservatezza ed alla intimità della propria sfera privata, appunto, attraverso la protezione del domicilio.

⁵³ Tipiche problematiche degli interessi collettivi e diffusi, si consideri, ad esempio, la tutela del paesaggio e dell'ambiente.

⁵⁴ Basti rinviare a E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2014, 225 ss.

una esclusione, in quanto risorse necessarie alla vita umana⁵⁵. Evidente il *disagio* del giurista, non trattandosi di *beni* in senso *codicistico*⁵⁶, e mutando, solo in parte, il contesto in ambito *euro-unitario*, trattandosi, rilevano gli economisti, di *beni cd. rivali*, il cui consumo egoistico è destinato a privare altri della stessa possibilità, ad esempio: una specie ittica cacciata liberamente⁵⁷ e, naturalmente, l'acqua, una delle prime risorse naturali a trasformarsi in *commons*⁵⁸.

Si fa avanti, con alcune necessarie precisazioni, un concetto di appartenenza collettiva, almeno *de iure condendo*⁵⁹, dovendosi, poi, distinguere i *beni comuni* da altre categorie di *proprietà collettive* e *usi civici*. Categorie, queste ultime, cui, da giuristi si è più abituati, da un punto di vista tradizionale e normativo dei *diritti reali*; e destinate a determinare assonanze particolarmente utili e significative con la *non categoria dei beni comuni*.

L'indagine, poi, sotto il profilo dell'*appartenenza collettiva* – concetto utilizzato con maggiore vantaggio ricostruttivo nell'ambito dei *beni pubblici* in senso stretto⁶⁰ – si sposta sotto il profilo dell'organizzazione e della *concretizzazione*⁶¹ dei *beni comuni*,

⁵⁵ Cfr. CASSETTA, *op. ult. cit.*, 226.

⁵⁶ Cfr. gli artt. 810 e ss. del cod. civ.

⁵⁷ L'esempio è tratto da CASSETTA, *op. ult. cit.*, 226. Si comprendono meglio interventi di regolamentazione in materia di pesca (es. periodi di pesca consentita, dimensioni del pescato) e, più ingenerale, di specie animali protette.

⁵⁸ Si ricordi il referendum sulla «privatizzazione dell'acqua» del 12-13 giugno 2011, che ha abrogato l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15 d.l. n. 135/2009. Ed al riguardo, CORTE COST., n. 199 del 2012, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, per contrasto con il risultato del referendum del giugno 2011, in quanto la disposizione impugnata avrebbe violato «il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.».

⁵⁹ Così, CASSETTA, *op. ult. cit.*, 226.

⁶⁰ Cioè, demaniali, «beni appartenenti allo Stato» (artt. 822 e ss.).

⁶¹ La *concretizzazione dei beni comuni* sembra da intendersi anche 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» (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

vero e proprio campo di battaglia dei diritti fondamentali della persona. In ogni caso, una *non proprietà responsabile* della *risorsa* stessa, al fine di assicurarne l'accesso attraverso un uso collettivo sostenibile.

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 essenziali necessità umane, 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. Di conseguenza, irrilevanti sembrano risultare forme di appartenenza individuali relative alla pretesa del godimento di simili *beni*, appunto, *comuni*, che si 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*; indifferenti potendo 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»⁶².

L'«accesso», difatti, trova il suo presupposto nell'umana ed universale necessità, che caratterizza il *bene comune*, sottraendolo non solo a logiche di *appartenenza*

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 la *Tassa sull'Europa*, per assicurare l'ingresso in Europa del nostro Paese. In argomento, cfr. V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Napoli, 2015, 11 ss.

⁶² 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, 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.

proprietarie, ma anche a logiche di appartenenza statuali, in una prospettiva di superamento della «gabbia degli status»⁶³.

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*⁶⁴, favorendo l'affermarsi di uno *status personae*, non riducibile nell'ambito di angusti confini territoriali, in una logica *anti status* ed egualitaria, non ammettendosi alcuna negazione di beni dell'umanità, primari ed essenziali, destinati ad assicurare la «sopravvivenza» di tutti, specialmente «dei più deboli»⁶⁵.

⁶³ L'espressione è di RODOTA', *Il diritto di avere diritti*, cit., 144.

⁶⁴ Cfr., in particolare, BAUMANN, *Danni collaterali*, cit., 6 ss.

⁶⁵ 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, *stato 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*

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 buone intenzioni, piuttosto che di conquiste effettive»⁶⁶, 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, il quale ci ricorda che: «la società è l'unione degli uomini, non gli uomini: il cittadino può perire, e l'uomo sopravvivere»⁶⁷.

Al riguardo, 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

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, QUADRI, in *Diritto privato*, cit., nt. 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 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)».

⁶⁶ Così, F. SAVATER, *Etica per un figlio*, Roma-Bari, 2000, spec. 105.

⁶⁷ MOSTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Ginevra, 1748, trad. it., Milano, 1999, p. 293.

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 tutti⁶⁸.

Il «catalogo» dei *beni comuni* è ampio, a titolo semplicemente indicativo: acqua; cibo; assistenza, specialmente sanitaria⁶⁹ e, dunque, *salute*; giustizia; libertà; conoscenza, con particolare attenzione all'istruzione ed agli strumenti *tecnologici* di *informazione* (quali, ad esempio, *internet*⁷⁰); la casa di *abitazione*, con particolare riferimento all'*abitazione familiare*; il lavoro; il *genoma umano*, con 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»⁷¹. 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 altrove⁷².

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'umanità⁷³ 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

⁶⁸ In argomento, cfr. G. CHIAPPETTA, *Gli status personae e familiae nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali*, Napoli, 2012, spec. 74 ss.

⁶⁹ Si consideri l'assistenza sanitaria gratuita o, comunque, a costi ragionevoli.

⁷⁰ In proposito, la proposta di modifica dell'art. 21 Cost., 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.

⁷¹ Cfr. H. ARENDT, *La vita della mente*, Bologna, 1987, 7 ss.

⁷² Fin troppo ovvio è il riferimento al sistema di gestione di rifiuti pericolosi specialmente in alcune regioni.

⁷³ Si considerino le *guerre per l'acqua*, in diversi continenti (Africa, l'Asia, l'America Latina).

«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»⁷⁴. Non, dunque, un livello congruo di disponibilità di acqua, ma un livello minimo di sopravvivenza per gran parte del genere umano⁷⁵. Ed inoltre, 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)»⁷⁶. 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».

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, e la cui disomogeneità rende necessario un tentativo di tassonomia⁷⁷.

7. I beni pubblici, i diritti di uso pubblico, le proprietà collettive e gli usi civici. Una sintesi ricostruttiva.

Nell'ambito dell'indagine intrapresa, è destinata ad assumere rilievo specifico la categoria dei *beni pubblici*, dei quali il codice civile tenta di offrire una disciplina completa, inerente, piuttosto che all'appartenenza, al loro regime, anche in caso di

⁷⁴ Si tratta della *Risoluzione A/64/L.63/Rev. 1*, dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, del 28.7.2010.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ L'esempio è tratto da RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., 485.

⁷⁷ In argomento, cfr. M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 7 ss.; e C. SALVI, *Beni comuni e proprietà privata (a proposito di "Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni")*, a cura di Maria Rosaria Marella, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 209 ss.

appartenenza ai privati⁷⁸. Due condizioni generali determinano la natura pubblica del bene: l'appartenenza ad un Ente pubblico (*bene pubblico/ente pubblico*); l'idoneità del bene a soddisfare interessi di ordine generale. Interessi, questi, che, attraverso l'adozione di peculiari regimi giuridici (quanto a circolazione e godimento), possono essere soddisfatti anche attraverso beni appartenenti a privati, quali, ad esempio, *beni di interesse storico e artistico*⁷⁹, di qui la categoria dei c.d. *beni di interesse pubblico*. Manifestandosi anche una crisi della classificazione codicistica⁸⁰.

⁷⁸ Cfr. la *Relazione al cod. civ.* n. 392, che, in ordine 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».

In materia di proprietà pubblica, cfr. G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Torino, 1999, spec. 12 ss.: «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».

⁷⁹ Cfr. l'art. 839 del cod. civ., «(...) cose di proprietà privata, immobili o mobili (...)». Ad esempio, quadri, biblioteche, gioielli, dimore storiche, castelli. Cfr. anche le disposizioni di cui al d.lgs. n. 42 del 2004 smi, meglio noto come *Codice dei beni culturali e del paesaggio*.

⁸⁰ 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. Riflessioni critiche sono rese da CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, 1987, 273 ss., che sembra 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».

Il riferimento al prisma dei beni pubblici è parso utile non tanto al fine di soffermarsi sulle diverse categorie di beni pubblici⁸¹, né tanto meno sulla loro funzione di mezzi e strumenti attraverso i quali lo Stato assicura il suo funzionamento; quanto, piuttosto, facendo leva sugli artt. 2, 9 e 42 Cost., al fine di considerare, nella diversa prospettiva dei *beni comuni*, di guardare al tema dei beni pubblici oltre una visione «prettamente patrimoniale-proprietaria, per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica»⁸². Impostazione, questa, significativa, atteso che, se un «bene immobile, indipendentemente dalla titolarità» *pubblico/privata*, per le sue «caratteristiche intrinseche»⁸³, è «destinato alla realizzazione dello Stato sociale, detto bene è da ritenersi comune», prescindendo, perché non rileva, «dal titolo di proprietà, in quanto bene strumentalmente vocato a soddisfare interessi di tutti i cittadini»⁸⁴. Il profilo dominante «cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento

⁸¹ Demaniali, del patrimonio indisponibile e del patrimonio disponibile (art. 826 cod. civ.): «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» (v. IANNARELLI - MACARIO, *La proprietà dello stato, degli enti pubblici, degli enti pubblici ecclesiastici, delle persone giuridiche e degli altri gruppi organizzati*, cit., 338; M. RENNA, *Privatizzazioni e beni pubblici*, in *Pubblica amministrazione e privatizzazione dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Rimini, 2004, 2).

⁸² Così, CASS., Sez. Un., 14.2.2011, n. 3665, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 525 ss., con commento di G. CARAPEZZA FIGLIA, *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*. La fattispecie concreta all'esame della decisione concerne una società privata che aveva chiesto accertarsi il proprio diritto di proprietà su una valle di pesca ubicata nella laguna di Venezia, deducendo la violazione dell'art. 42 Cost. in quanto nessun atto statale era mai intervenuto per dichiarare la demanialità della valle, dopo l'entrata in vigore dei due codici del '42, e violazione dell'art. 829 c.c. non essendo necessario alcun atto formale di sdemanializzazione per la cessazione della demanialità. L'Amministrazione affermava, invece, che il bene apparteneva al *demanio necessario*, in quanto anche storicamente, all'epoca dell'impero austriaco, la laguna veniva considerata (in conseguenza delle sue connotazioni fisiche) appartenere al demanio, necessario e marittimo (secondo le previsioni dell'art. 28 del codice della navigazione). In materia di demanio marittimo, cfr.: F.A. QUERCI, voce *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 92. Con ogni dovuta precisazione, circa una possibile «eliminazione» della categoria dei *beni pubblici in senso stretto* o *demaniali*, cfr. G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 12 ss.; e F. RINALDI, *Proprietà privata, beni pubblici e «beni comuni»*. *Note minime*, in *Contributi critici di diritto civile* a cura di A. Lepre e G. Di Martino, Napoli, 2017, spec. 234 ss., con particolare riferimento ai beni del demanio marittimo (p. 245).

⁸³ Il riferimento è, ad esempio, ai beni ambientali e paesaggistici.

⁸⁴ Così, CASS., Sez. Un., 14.2.2011, n. 3665, cit.

della umana personalità»⁸⁵, dovendosi assicurare l'accessibilità di tutti al bene, per le future generazioni, in una diversa concezione del principio *personalista* di cui in Costituzione.

L'indagine di manifesta di particolare interesse nella prospettiva collettivistica, investendo categorie quali le *proprietà collettive*, i *diritti di uso pubblico* e gli *usi civici*, dalle quali è da distinguere la *non categoria* dei *beni comuni*, pur non mancando evidenti analogie.

Quanto agli *usi civici*⁸⁶, solo un cenno in relazione alla problematica dei *diritti demaniali su cosa altrui*⁸⁷ ed ai *diritti di uso pubblico*, che sembrano presentare molte analogie con gli *usi civici* e con i *beni comuni*. Si considerino, ad esempio, i *diritti di visita di beni privati di interesse storico e artistico*⁸⁸. Sia i *diritti di uso pubblico* che gli *usi civici* possono essere considerati categorie di *beni collettivi*, almeno sotto il profilo

⁸⁵ Così, CASS., Sez. Un., 14.2.2011, n. 3665, cit.

⁸⁶ In argomento, 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». In dottrina, cfr., in particolare: GIANNINI, *Sull'esistenza degli usi civici di caccia*, in *Riv. dir. sportivo*, 1950, 101 ss.; F. ALIQUO', *Della proprietà collettiva civica o demaniale civica*, in *Riv. Dir. Agrario*, 1950, II, 28 ss.; SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. II, Napoli 1984, 728 ss.; PETRONIO, voce *Usi civici*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, 949 ss.; CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova 1983, spec. 383 ss.; DI SALVO, *Forme di sanatoria delle occupazioni dei terreni del demanio civico*, in *Nuovo dir. agr.*, 1990, 119 ss.; O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, IV, *I beni pubblici*, ristampa, Napoli, 1992, 321 ss.; F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* a cura di Cicu e Messineo, diretto da Mengoni, 2003, 145 ss.; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 220 ss.; QUADRI, *Diritto privato*, cit., 579 ss.

⁸⁷ Ad es., una servitù pubblica gravante su un fondo privato: un acquedotto, un gasdotto, una servitù di *via alzaia*, che grava sui fondi laterali ai corsi d'acqua, imponendo di lasciare libera una striscia di terreno al fine di consentire attracco e navigazione di natanti (art. 825 c.c.). In argomento, cfr., in particolare, R. RESTA e P. JARICCI, *Beni pubblici, Libro III Della proprietà*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 68 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 6, *La proprietà*, Milano, 1999, 52 ss.

⁸⁸ Ad esempio, castelli, dimore storiche. In proposito, si ricordi la *dicatio ad ptariam* da parte del privato che, con volontà espressa e duratura, destina determinati suoi beni a detto fine (v. CASS., n. 12181 del 1998; TAR Lombardia, n. 466 del 2011; in dottrina, v. CASSETTA, *op. cit.*, 223).

dell'appartenenza e destinazione a collettività di abitanti, gli *usi civici*, potendo gravare anche su *beni pubblici* e potendo consistere, secondo alcune impostazioni, anche in diritti di godimento, di uso e di proprietà spettanti a collettività su terreni di proprietà comunale o di terzi, *uti cives* e non all'ente rappresentativo della collettività, che si identifica nella frazione, nella collettività comunale o nelle c.d. collettività *infracomunali*⁸⁹. La presenza di *usi civici* e di *diritti di uso pubblico* comporta per il proprietario del bene l'obbligo di sopportare (*pati*) che membri di una collettività godano dei suoi beni⁹⁰. Senza neppure omettere di ricordare che un bene gravata da un *uso civico* si ritiene non possa essere espropriato, in ragione della peculiarità del suo regime che lo accomuna ad un bene pubblico demaniale⁹¹.

Le *proprietà collettive* si distinguono dagli *usi civici*, insistendo su terreni non di proprietà aliena o dello Stato, bensì della collettività stessa, che ne è beneficiaria⁹². Ciò che qui particolarmente sembra rilevare è che, sotto il profilo dell'uso e della tutela dei beni, simili categorie proprietarie collettive sembrano muoversi in dichiarata attuazione degli artt. 2, 9 e 42, co. 2, Cost., con evidenti analogie, ad eccezione del titolo legittimante (proprietà), con i *beni comuni*.

In riferimento a questi ultimi, e quali conclusioni di sintesi, è utile ricordare un esempio che riguarda il Comune di Napoli, ossia il caso della delibera di G.C. n. 17 del 18.1.2013 (cui ne sono seguite altre)⁹³. Si tratta di un significativo intervento, attraverso il quale vengono individuati e destinati ad un *uso comune* beni immobili inutilizzati o dismessi appartenenti al patrimonio disponibile del comune, di proprietà ecclesiastica o privata. Un intervento di regolamentazione in materia di

⁸⁹ Ad esempio, associazioni agrarie (v. CASSETTA, *op. ult. cit.*). Si usa discorrere di *demanio civico*. Ad esempio: diritti di pascolo, di pesca (nei laghi), di caccia, di raccolta della legna, di raccolta dei funghi. Com'è noto, gravano su beni immobili (boschi, pascoli) o su beni demaniali, e sono inalienabili e imprescrittibili (si ricordi la l. n. 1766 del 1927), sorgendo complesse questioni in merito alla liquidazione attraverso appositi organi commissariali.

⁹⁰ Cfr. CASSETTA, *op. ult. cit.*, 221, nel riportare il pensiero di SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 98.

⁹¹ Cfr. CASSETTA, *op. ult. cit.*, 221; QUADRI, *op. ult. cit.*, 580; nonché CASS., n. 19792 del 2011.

⁹² Si ricordino le comunità familiari o, comunque, ristrette che si organizzano territorialmente, ad esempio: nelle valli del Cadore (c.d. *regole cadorine*, in materia di diritti di pascolo e raccolta della legna e dei funghi), nelle valli alpine. Per una recente riorganizzazione, v. la legge n. 168 del 2017.

⁹³ Le delibere sono agevolmente accessibili dal sito del Comune di Napoli. Il fenomeno è, altresì, indicato con terminologia comune diffusa, in termini di «*Quartiere intelligente*».

beni comuni che prevede la costituzione, a tal fine, di un *Osservatorio* e di un *Servizio*, al dichiarato scopo di porre rimedio a gravi situazioni di degrado urbano, decoro e identità di spazi urbani, dunque, con importanti e vantaggiose conseguenze anche sotto il profilo della *sicurezza pubblica*. Proprio in attuazione di quella *funzione e proprietà sociale* di cui in Costituzione (art. 42, co. 2, Cost.), volta ad assicurare protezione a *beni socialmente rilevanti*, quali sono i *beni comuni, beni non proprietari*.

8. La prospettiva sovranazionale: la proprietà euro-unitaria e le occupazioni acquisitive e «sananti» della Pubblica Amministrazione.

La prospettiva *sovranazionale* della proprietà, nell'ambito della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (art. 17) e del *Protocollo addizionale* (art. 1) alla *Convenzione europea*, costituisce la cornice di uno *statuto europeo* del diritto di proprietà.

Un modello di proprietà *euro-unitario*, che si aggiunge, ma divergendo, a quello interno e costituzionale, e che sembra ridurre i margini di apprezzamento degli Stati membri, in una logica sempre meno individualista e personalista del diritto di proprietà, per effetto del maggior rilievo che gli Ordinamenti sembrano attribuire all'interesse pubblico generale.

Questa sovrapposizione di modelli crea problemi ma ne risolve anche molti, indagando alcune fattispecie concrete, quali le *occupazioni acquisitive* della Pubblica Amministrazione, rappresentazione di un incontro/scontro, comunque un utile dialogo, tra i diversi modelli *proprietary* e le differenti concezioni del *potere conformativo* ed *espropriativo*.

Il fenomeno dell'*acquisizione «sanante»*, oggetto di censura ai danni dell'Italia, sembra affermare la portata del principio di *conformazione* anche nei confronti del potere pubblico: non solo il privato, ma anche l'Amministrazione pubblica dovrà conformare l'esercizio del potere, espropriativo e concessorio (su beni di proprietà pubblica), al rispetto dei principi di legge in materia di diritti fondamentali della persona, nella veste *proprietary*. Il potere conformativo della Pubblica

Amministrazione, di imporre, cioè, vincoli alla proprietà privata⁹⁴, non può, alla luce delle fonti europee, spingersi in maniera tale da svilire le potenzialità economiche del bene, azzerandone il valore, tenendo conto delle sue qualità oggettive e della destinazione impressa dal proprietario⁹⁵.

Si manifesta la *vocazione economica* del diritto di proprietà (diritto di *libertà*), assumendo rilievo «nuovo» la disciplina costituzionale della proprietà, collocata non tra i *Rapporti civili* e, cioè, nell'ambito dei diritti fondamentali, né tra i *Rapporti etico-sociali*, bensì nell'ambito dei *Rapporti economici*⁹⁶. Secondo la Corte Costituzionale⁹⁷, ai fini dell'attivazione della garanzia di cui all'art. 42 Cost., sembra essere necessario non la «sottrazione di poteri»⁹⁸, limitabili nel rispetto di determinate condizioni; bensì la «sottrazione di valori economici»⁹⁹: così, per effetto della *riserva di legge* di cui in Costituzione, potrebbero essere escluse dalla proprietà privata «certe categorie di beni» o essere imposti vincoli di destinazione a tutela di interessi generali¹⁰⁰. Il profilo economico (indennitario/risarcitorio), in caso di illegittimo esercizio del potere ablatorio, espropriativo o conformativo, da parte dell'amministrazione sembra, in effetti, far pervenire sia la giurisprudenza interna che quella comunitaria ad analoghe conclusioni¹⁰¹.

⁹⁴ Si considerino, ad esempio, i limiti inderogabili allo *ius aedificandi*.

⁹⁵ Si usa parlare di «*espropriazione di fatto*». In argomento, v. RODOTA', *Il terribile diritto*, cit., 323 ss.

⁹⁶ Si ricordi CORTE COST., n. 5 del 30.1.1980, in www.giurcost.org, che dichiarava la parziale illegittimità della legge Bucalossi (l. n. 10 del 1977) e la l. n. 865 del 1971 (legge sulla *casa*), statuendo che il potere conformativo dell'amministrazione non può annullare del tutto le potenzialità economiche del diritto di proprietà, inerendo lo «*ius aedificandi* al diritto di proprietà» e non potendo essere considerato «oggetto di concessione attributiva», ma solo «limitazione» (oggi, attraverso la previsione di titoli edilizi di cui al Testo Unico dell'edilizia DPR n. 38 del 2001 smi, tra attività edilizia libera e vincolata). Di qui, il riconoscimento in favore del privato espropriato del bene di indennità non in relazione a valori astratti, bensì concreti (da ultimo, il *valore venale*, in ipotesi sia di vincoli espropriativi o destinati all'esproprio che conformativi).

⁹⁷ Ci si riferisce, in particolare a CORTE COST., 29.5.1968, n. 55, in www.giurcost.org.

⁹⁸ C.d. «contenuto giuridico» della proprietà (CORTE COST., 29.5.1968, n. 55, cit.), ad esempio, il potere edificatorio.

⁹⁹ C.d. «contenuto economico» della proprietà (CORTE COST., 29.5.1968, n. 55, cit.).

¹⁰⁰ Si considerino anche le *servitù pubbliche* o di *uso pubblico*. In argomento, v. CORTE COST. 29.5.1968, n. 55, cit.

¹⁰¹ In proposito, si ricordi CORTE COST., 24.10.2007, n. 348, in www.giurcost.org, annotata da R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'articolo 117, primo comma, della Costituzione*, in *Federalismi.it*; A. MOSCARINI, *Indennità di*

Un esempio significativo di *espropriazione di fatto*, nella delineata prospettiva ermeneutica, è rappresentato dall'«impedimento all'accesso» alla proprietà privata da parte degli occupanti turchi dell'isola di Cipro, che avevano impedito alla Loizidou (ricorrente) di accedere alla zona ove erano ubicati i suoi *beni*, così determinando la perdita *di fatto* di disponibilità degli stessi. La Corte EDU, in applicazione dell'art. 1 del *Protocollo addizionale*, aveva sanzionato il comportamento della Turchia, non ritenendo rilevante la sottile distinzione tra regolamentazione ed espropriazione, imponendo la fonte *euro-unitaria* il «dovere di rispettare i beni dei privati»¹⁰².

Senza ripetere quanto in precedenza osservato, nell'ambito delle fonti europee si manifesta una concezione particolarmente elastica in materia di protezione della proprietà, rivolta alla più generale tutela dei *beni* che fanno parte del patrimonio del privato, inclusi i diritti di credito¹⁰³. Emerge una maggiore flessibilità della

espropriazione e valore di mercato del bene: un passo avanti e uno indietro della Consulta nella costruzione del patrimonio costituzionale europeo, in Federalismi.it. Secondo l'annotata decisione, in particolare, «l'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto nel 2001 con la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, ha confermato il precitato orientamento giurisprudenziale di questa Corte. La disposizione costituzionale ora richiamata distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali», tra i quali «indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo». Secondo la Corte, «il dovere di rispettare gli obblighi internazionali incide globalmente e univocamente sul contenuto della legge statale».

¹⁰² Cfr. CORTE E.D.U., 18.12.1996, n. 15138/89/1996, caso Loizidou c. Turchia, consultabile nel sito della Corte, www.echr.coe.int; e in *Riv. dir. int.*, 1996, 193 ss. Si trattava di un caso di occupazione da parte delle truppe turche della parte settentrionale dell'isola di Cipro, nonché della «creazione della RTCN in questa regione».

¹⁰³ Nell'ambito della concezione *euro-unitaria* della proprietà, l'art. 1 del *Protocollo addizionale* ed il «dovere di rispettare i beni del privato», trova applicazione anche in ipotesi di protezione dei diritti di credito che fanno parte del patrimonio (in tal senso, sono in proprietà) del privato. Ad es., il caso del diniego di iscrizione di alcune categorie di professionisti ad una lista di esperti contabili da parte delle autorità olandesi, privandoli, di conseguenza, della possibilità di esercitare la professione in determinati settori, e, così, di *accedere* a possibilità di reddito, clientela e, cioè, di incremento del patrimonio, c.d. diritto al *goodwill* (v. CORTE E.D.U., 26.6.1986, nn. 8543/79, 8674/79, 8675/79, 8685/79, caso Van Marle e altri c. Paesi Bassi, in www.echr.coe.int). Cfr. anche CORTE E.D.U., 5.1.2000, n. 33202/96/2000, caso Beyeler c. Italia, in www.echr.coe.int, in materia di alienazione di beni di interesse storico, soggetti a prelazione in favore dello Stato; diritto di prelazione che lo Stato esercita non al momento dell'acquisto, bensì soltanto al momento della vendita del quadro acquistato dal Beyeler a terzi. La Corte ha sanzionato il comportamento dello Stato, forse, anche discriminatorio, per aver esercitato solo successivamente e il diritto di prelazione: l'inerzia e la tolleranza manifestate in precedenza consentirebbero la tutela del bene del privato anche in ipotesi di «violazioni formali», nel caso

previsione sovranazionale (art. 1 del *Protocollo addizionale*), nel muovere non diretto riferimento alla proprietà¹⁰⁴, bensì al «rispetto del bene» del privato, pur alludendo con chiarezza alla tutela della proprietà, assumendo valore l'effettivo uso del bene. Un procedimento, forse, inverso rispetto a quello interno, nel senso, cioè, di muovere dalla protezione del bene per giungere alla tutela del diritto di proprietà e non viceversa.

9. *L'usucapione pubblica.*

Molti dei principi indicati sono posti alla base delle declaratorie di illegittimità, per contrasto con le norme EDU¹⁰⁵, della regolamentazione interna del fenomeno delle *occupazioni acquisitive*, in particolare dell'*acquisizione sanante* e con riferimento al 'vecchio' testo dell'art. 43, sostituito dall'art. 42-bis del Testo unico sull'espropriazione (Dpr n. 327 del 2001 smi). Attraverso l'art. 43 si consentiva all'Amministrazione di acquisire la proprietà privata pur nel mancato rispetto dei requisiti di legittimità della procedura ablativa, per ciò definita *sanante*, ove effettivamente l'opera pubblica fosse stata realizzata e destinata all'uso pubblico. Si considerava giustificabile il sacrificio della perdita della proprietà privata in presenza di illegittima attività amministrativa.

L'istituto è stato dichiarato *fuori legge*, invocando la protezione della proprietà privata, in termini di *rispetto dei beni del privato* (art. 1 del *Protocollo addizionale*), diritto fondamentale della persona, non consentendo all'Amministrazione di trarre vantaggio da comportamenti illegittimi, con argomentazioni parzialmente analoghe poste a base delle regole di tutela dell'*affidamento legittimo* in ipotesi di *confisca urbanistica*¹⁰⁶ e *lottizzazione abusiva*¹⁰⁷.

specifico, mancato rispetto del diritto di prelazione, evocando anche principi di legittimo affidamento. In argomento, v. N. CARDULLO, *L'occupazione acquisitiva: origine ed evoluzione dell'istituto nella giurisprudenza delle giurisdizioni superiori*, 2016, Napoli, 25 ss., spec. 33.

¹⁰⁴ Sembra che l'atto formale della titolarità finisca con l'aver minor valore, ai fini della tutela.

¹⁰⁵ Spec. art. 1 del *Protocollo addizionale* e art. 17 della *convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

¹⁰⁶ Cfr. CORTE COST., 1.4.2015, n. 49: «la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni, abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite». Nel caso specifico non si faceva a luogo alla condanna, per intervenuta prescrizione del reato, sorgendo, così, la questione della possibilità della confisca urbanistica anche in assenza di condanna, con estensione alla posizione del terzo acquirente di

Nell'ambito delle citate fonti comunitarie, il diritto di proprietà rileva, al contempo, come diritto fondamentale di *libertà* della persona e come principio regolatore generale comunitario ed europeo.

Dall'art. 1 del *Protocollo addizionale* sembra, difatti, con chiarezza potersi evincere che, ai fini della legittimità dell'esercizio del potere ablativo, sia necessaria non soltanto la conformità alla legge, ma anche la *pubblica utilità* e *l'interesse generale*, secondo *ragionevolezza*. Le limitazioni al potere ablatorio discenderebbero, secondo l'interpretazione della Corte EDU, piuttosto che da vincoli solidaristici, da effettivi interessi generali.

Molti i 'momenti' fondamentali in materia di *occupazioni acquisitive* ed *acquisizioni sananti*¹⁰⁸, manifestandosi un forte contrasto tra decisioni, in particolare tra le prime

buona fede. La Corte, muovendo dalle sentenze della Corte EDU «Sud Fondi» e «Varvara», dopo aver considerato la natura di «sanzione penale» della confisca urbanistica (arg. ex art. 7 CEDU), e dopo aver ammesso la possibilità della confisca urbanistica «senza condanna penale», esclude l'applicazione della sanzione nei confronti del «terzo acquirente di buona fede, che ha a buon titolo confidato nella conformità del bene alla normativa urbanistica».

¹⁰⁷ Cfr. C. di S., sez. VI, 20.9.2017, n. 4400, in materia di *lottizzazione abusiva*, che ribalta l'esito del giudizio, affermando la *diligenza*, quale «declinazione della nozione di *colpa*» (non la *buona fede soggettiva*), del terzo acquirente degli immobili abusivamente lottizzati; ed escludendo, di conseguenza, che, in simili ipotesi, il terzo possa subire la sanzione della «confisca», in applicazione dei principi comunitari sovraordinati (arg. ex art. 7 CEDU) e dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e la relativa sanzione (v. sentenze: 4 marzo 2014, r. n. 18640/10, resa nella causa Grande Stevens e altri c. Italia; 10 febbraio 2009, ric. n. 1439/03, resa nella causa Zolotoukhine c. Russia; si v. anche Corte di giustizia UE, grande sezione, 5 giugno 2012, n. 489, nella causa C-489/10; e, naturalmente la nota decisione della Corte EDU, 20.1.2009, Sud Fondi s.r.l. c. Italia).

¹⁰⁸ Ci si riferisce alle numerose decisioni intervenute in argomento, ad opera dei Giudici Ordinari (di merito e di legittimità), dei Giudici Amministrativi, della Corte Costituzionale, delle Corti Europee, dando luogo a forti scontri anche sulla giurisdizione. Solo per citarne alcune: CASS., sez. un., 26.2.1983, n. 1464, in *Foro it.*, 1983, I, 626; CASS., 11.7.1990, n. 7210, in *Foro it.*, 1990, I, 2789; CASS., sez. un., 16.7.1997, n. 6515, in *Foro it.*, 1997, I, 3592; CASS., sez. un., 25.2.2000, n. 2148, in *Dir. e giust.*, 2000, 10; CASS., sez. un., 9.6.2006, n. 13431, in *Foro it.*, 2007, 1589; CASS., sez. un., 2.7.2007, n. 14594 e CASS., sez. un., 19.4.2007, n. 9324, in *Foro it.*, 2008, I, 5375; CASS., sez. un., 28.1.2010, n. 1787, in *Foro it.*, 2011, I, 4598. Le decisioni dei Giudici Amministrativi consultabili in *www.giustizia-amministrativa.it*: C. di S., Ad. Plen., 22.10.2007, n. 12; C. di S., sez. IV, 12.2.2010, n. 801; C. di S., sez. IV, 2.3.2010, n. 1222, C. di S., sez. IV, 15.2.2013, n. 914. Le note decisioni di CORTE COST., n. 204 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 4, 2181; e n. 191 del 2006, in *Foro it.*, 2006, 1, 1625; ma già CORTE COST., 31.7.1990, n. 384; 27.12.1991, n. 486; 29.5.1995, n. 188; 9.11.1996, n. 369; 24.10.2007, n. 349, agevolmente consultabili sul sito della Corte Costituzionale. Tra le decisioni delle Corti europee, in aggiunta a quelle in precedenza citate, si ricordi, in particolare: CORTE EDU, 7.8.1996, n. 14025/88/1996, c. ZUBANI c. ITALIA; CORTE EDU, 8.12.2005, n. 58858/2000, c. GUIISO-GALLISAY c. ITALIA; CORTE EDU, 30.5.2000,

decisioni della Corte Costituzionale – nel senso della legittimità dell'*acquisizione sanante* ed *accessione invertita*, giustificando il sacrificio della proprietà privata – e le contrarie decisioni della Corte EDU che, invece, ha sempre ritenuto *fuori legge* il fenomeno, neppure l'irreversibile trasformazione dei luoghi potendo *sanare* l'illegittima acquisizione. Con complesse conseguenze sul piano risarcitorio del danno patrimoniale e non patrimoniale, e sul piano indennitario, in considerazione della controversa natura di *illecito permanente* dell'occupazione illegittima¹⁰⁹, i cui effetti verrebbero meno soltanto per effetto della restituzione del bene al privato, di accordo transattivo, di compiuta usucapione (ove ammessa), di rinuncia abdicativa del privato; o, infine, per effetto dell'adozione di un provvedimento *ex 42-bis*¹¹⁰, da poter considerare, tra le diverse impostazioni, un nuovo modo di acquisto della proprietà privata, a determinate condizioni di *rispetto dei beni del privato*¹¹¹.

Nel concludere queste piccole riflessioni, sembra assumere rilievo il legame tra *acquisizioni sine titulo* (*sananti* o meno) ad opera della Pubblica Amministrazione e usucapione c.d. *pubblica*¹¹².

n. 31524/96/2000, c. il noto caso BELVEDERE ALBERGHIERA c. ITALIA; ed il caso SCORDINO c. ITALIA, CORTE EDU, 17.5.2005. Per un'attenta ricostruzione, cfr. CARDULLO, *op. cit.*, 73 ss.

¹⁰⁹ Cfr., CASS., sez. un., 19.1.2015, n. 735, in *Guida al diritto*, 2015, 54, in caso di mancata adozione del decreto di esproprio successivamente al decreto di occupazione d'urgenza (scaduto), che qualifica l'occupazione illegittima «illecito istantaneo ad effetti permanenti».

¹¹⁰ Il 'vecchio' art. 43 T.U. espropri fu dichiarato incostituzionale da CORTE COST., 8.10.2010, n. 293, dinanzi alla quale la questione fu sollevata da T.A.R. CAMPANIA NAPOLI, (con tre note ordinanze del 28.10.2008 e del 18.11.2008), provocando, così, l'intervento legislativo del 2011 (*legge di stabilità*, d.l. n. 98 del 2011, art. 34), che, nel tentativo di porre fine alla *querelle*, ha introdotto l'art. 42 *bis*, al cui testo si rinvia (in argomento, v. G. CERISANO, *La procedura di espropriazione per pubblica utilità*, Padova, 2013, 495 ss.).

¹¹¹ Assumendo particolare rilievo il citato co. 4 dell'art. 42-*bis*, in relazione alla predeterminazione dei motivi di interesse generale che dovrebbero giustificare il sacrificio del privato e rendere legittima l'adozione del provvedimento, che dovrà dimostrare l'assenza di «alternative» (ad esempio, l'irreversibile trasformazione e l'effettiva utilizzazione a scopi pubblici del bene). La previsione normativa è, come noto, stata oggetto di diversi rilievi di costituzionalità sollevati dalla Corte di Cassazione, ma respinti da CORTE COST., 30.4.2015, n. 71, in *Urb. e app.*, 2015, 767 ss., in particolare, in considerazione dell'efficacia *ex nunc* del provvedimento *ex art. 42 bis*, operando, si potrebbe osservare, come una sorta di *riedizione del potere pubblico*, di conseguenza non più *sanante* dell'illecito pubblico. In argomento, si cfr. una significativa decisione in materia di *silenzio inadempimento* su provvedimento *ex art. 42 bis* del T.A.R. CAMPANIA NAPOLI, 6.10.2017, n. 4687, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹¹² In materia di usucapione, cfr. M. COMPORTI, voce *Usucapione*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994, 1 ss.

Si è, d'anzì osservato che l'Amministrazione può acquisire il bene del privato solo *direttamente*¹¹³, tuttavia, è nota l'esistenza, nell'ambito dell'ordinamento, della possibilità di acquisti a titolo originario della proprietà, tra i quali l'occupazione materiale protratta nel tempo che, tra i principali effetti del possesso, può, a determinate condizioni, determinare l'usucapione del bene¹¹⁴, laddove l'aggettivo «pubblico» non sembra evocare un istituto speciale, bensì l'usucapione *privatistica* in favore di un soggetto pubblico, possibile beneficiario dell'acquisto a titolo originario.

Rispetto ai requisiti ordinari del possesso *ad usucapionem*¹¹⁵, nel caso dell'usucapione *pubblica* la giurisprudenza e la dottrina tendono ad aggiungere di ulteriori, derivanti dalla natura *pubblica* dell'acquirente: l'idoneità del bene all'uso pubblico; la corrispondenza dell'uso ad una pubblica utilità; l'esercizio di un potere da parte dell'amministrazione o di una collettività di persone (agenti *uti cives*) corrispondente all'esercizio di un diritto reale di godimento¹¹⁶; il disconoscimento, anche implicito, di ogni contrario diritto del proprietario; la non configurabilità nel proprietario di atti di mera tolleranza; la continuità dell'uso pubblico per la durata stabilita dal codice civile¹¹⁷.

In passato, si osserva, non vi era, sostanzialmente, spazio per l'usucapione pubblica, determinando l'irreversibile trasformazione del fondo *l'accessione invertita*

¹¹³ Acquisizione *diretta* e non *indiretta*, ossia attraverso un procedimento ordinario di esproprio, che potrà concludersi con l'emissione del decreto di esproprio o, in alternativa, con la cessione volontaria delle aree *ex art. 45 del T.U. espropri*; oppure attraverso un libero accordo transattivo; o, infine, attraverso l'adozione del provvedimento *ex art. 42 bis*, con efficacia *ex nunc* ed a seguito di attenta e ponderata valutazione di interessi, pubblici e privati, in conflitto.

¹¹⁴ Cfr. l'art. 922 del cod. civ. che, tra i modi di acquisto della proprietà, indica l'occupazione e l'usucapione, in aggiunta all'invenzione, all'accessione, alla specificazione, all'unione e commistione, ai contratti alla successione per causa di morte e «altri modi stabiliti dalla legge». L'usucapione è, poi, disciplinata, come indicato nel testo, tra i principali effetti del possesso, agli artt. 1158 ss. del cod. civ.

¹¹⁵ Continuità, non interruzione, possesso pacifico e non violento, manifesto e non clandestino, ed il decorso di un determinato periodo di tempo determinato dal legislatore, non ammessa la *Verwirkung* (v. artt. 1158 e ss. c.c.). La buona fede non rileva ai fini dell'usucapione, la malafede rilevando ai fini di un allungamento dei tempi di usucapione.

¹¹⁶ Questi primi tre requisiti sembrano evocare la *funzione sociale* della proprietà, in termini di *pubblica utilità*, di cui si è ampiamente discusso nelle pagine che precedono, in attuazione dell'art. 42, co. 2, Cost.

¹¹⁷ Per un'attenta sintesi ricostruttiva, v. CARDULLO, *op. cit.*, 181; P. LORO, *Usucapione pubblica in generale*, in *esproprioonline, espropriazione per pubblica utilità*, 2009, 256 ss.

e, dunque, l'acquisto immediato a titolo originario; l'usucapione potendo operare, in modo residuale, in caso di *occupazioni usurpative*, ossia in assenza di un valido provvedimento dichiarativo di pubblica utilità.

Non più ammessa, oggi, l'occupazione acquisitiva – a dispetto anche della non più evocativa terminologia *sanante* –, l'acquisto della proprietà da parte del soggetto pubblico non sembra più poter discendere dalla irreversibile trasformazione del fondo, rendendosi necessario l'acquisto *provvedimentale diretto* o l'accordo con il privato, come dianzi accennato.

Ove manchi il provvedimento o l'accordo, ci si chiede, dunque, se potrà, ove ne sussistano i presupposti, l'usucapione in favore della pubblica amministrazione. Il fondamento filosofico dell'ammissibilità dell'usucapione è, comunemente, individuato in un tentativo di 'salvataggio' dell'amministrazione, con ogni dovuta precisazione, con l'effetto di veder declinate azioni restitutorie e risarcitorie, specialmente in ipotesi di occupazioni *sine titulo* risalenti nel tempo¹¹⁸.

Nel contesto di uno scontro tra orientamenti è, forse, da orientarsi nella direzione di una non scontata ammissibilità dell'usucapione pubblica, finendo l'Amministrazione pubblica con il trarre esclusivi vantaggi da una condotta pur sempre colpevole ed illegittima, non omettendo di rilevare la *gratuità* dell'acquisto a titolo originario, con esclusivo sacrificio del privato che non riceverà alcun indennizzo o risarcimento: una sorta di *usucapio libertatis* a tutto vantaggio della PA.

Senza poter scendere in eccessivi approfondimenti, la più recente giurisprudenza amministrativa sembra considerare con massima cautela e prudenza l'usucapione pubblica, ammessa in via del tutto residuale: da alcune decisioni che ammettevano, senza troppi scrupoli, l'usucapione pubblica¹¹⁹, si giunge, difatti, ad orientamenti

¹¹⁸ Comunemente derivanti da occupazioni d'urgenza senza emissione, nei 5 anni, del decreto di esproprio, divenendo, dunque, occupazioni *sine titulo*.

¹¹⁹ Si ricordi, CONSIGLIO GIUST. AMM. SICILIA, 14.1.2013, n. 9, in www.giustizia-amministrativa.it, che ammette senza incertezze la pubblica usucapione, con effetti retroattivi all'inizio della relazione di fatto, venendo «meno *ab origine* il connotato di illiceità del comportamento della PA che occupa *sine titulo* il bene privato poi usucapito». Un effetto di 'purificazione', come dire, integrale, impedendo ogni possibile azione restitutoria, indennitaria o risarcitoria del privato. In relazione alla decorrenza del termine per l'usucapione sorgono, poi,

più cauti che ritengono «assai discutibile la teorizzata usucapibilità dei beni illecitamente occupati dalla P.A.»¹²⁰, argomentando dalla dubbia compatibilità con l'art. 1 del *Protocollo addizionale alla Convenzione europea del 1950* e rilevando il possibile configurarsi di comportamenti non pacifici, ai fini del possesso utile *ad usucapionem*. Ulteriori argomentazioni contrarie ad una generalizzata ammissibilità dell'usucapione pubblica sono, poi, indicate: nella natura di illecito permanente dell'occupazione *sine titulo*; nell'imprescrittibilità dell'azione di rivendicazione della proprietà privata; nella carenza dell'*animus*, agendo l'amministrazione nella consapevolezza dell'altruità del bene¹²¹; e nella rilevanza del momento *temporale*¹²².

Il principio del «rispetto dei beni dei privati», di cui all'art. 1 del *Protocollo addizionale*, espressione del diritto di proprietà quale diritto fondamentale di *libertà e dignità* della persona, non sembra tollerare né ammettere acquisizioni o espropriazioni indirette, in quanto non conformi ai principi del diritto comunitario, l'unica forma ammessa essendo quella provvedimentoale, così da evitare «equilibrismi interpretativi»¹²³.

diverse questioni: *ab origine*; dalla scadenza del decreto di occupazione d'urgenza, cui non segue il decreto di esproprio, operando una sorta di interversione nel possesso (art. 1141, co. 2, cod. civ.); sino alla discussa ipotesi del decreto di esproprio, poi annullato.

¹²⁰ Così, C. di S., n. 3346 del 2014, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²¹ Cfr. C. di S., n. 3596 del 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*; CASS., 23.2.2013, n. 5037, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, 7. L'Amministrazione opererebbe, cioè, quale mero detentore di bene altrui, rilevando altresì un comportamento «aggressivo», non pacifico, in riferimento anche all'art. 22 *bis* del T.U. espropri.

¹²² Con ciò volendosi ricordare alcune significative impostazioni, secondo le quali l'ammissibilità o meno dell'usucapione pubblica potrebbe, altresì, discendere da una diversificazione *temporale*, *ante* o *post* introduzione del T.U. espropri del 2001. Nel senso, cioè, di ammettere l'usucapione pubblica almeno a far data dall'entrata in vigore del T.U. espropri (2001), avendo questo introdotto efficaci strumenti di tutela del privato contro le illegittime occupazioni della pubblica amministrazione, con la conseguenza che l'inerzia del privato nel non utilizzarli potrebbe, ora, determinare gli effetti della perdita della proprietà per effetto dell'usucapione pubblica. In argomento, v. M. SANTISE, *L'usucapione entra a Palazzo Spada*, in *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo* a cura di M. Santise, Torino, 2018, 161 ss.; CARDULLO, *L'occupazione acquisitiva*, cit., 189 ss.; in giurisprudenza, v. TAR LAZIO ROMA, 2.10.2009, n. 9557, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹²³ Cfr., C. di S., sez. IV, 26.8.2015, n. 3988, in *giustizia-amministrativa.it*. Significativa, in argomento, è la ricostruzione operata da C. di S., Ad. Plen., n. 2 del 2016, del «quadro dei condivisibili principi che, successivamente all'ordinanza di rimessione della IV Sezione, sono stati elaborati dalla Corte costituzionale (cfr. sentenza n. 71 del 2015 cit.), dalle Sezioni unite della Corte di cassazione (cfr. decisioni n. 735 del 19 gennaio 2015 e n. 22096 del 29 ottobre 2015) e dal Consiglio di Stato (cfr. sentenze Sez. IV, n. 4777 del 19 ottobre 2015; n. 4403 del 21

Ove si ammetta l'usucapione *pubblica* – la cui compatibilità con il diritto comunitario ed europeo è molto dubbia –, dovrebbe ammettersi la simmetrica

settembre 2015; n. 3988 del 26 agosto 2015; n. 2126 del 27 aprile 2015; n. 3346 del 3 luglio 2014), all'interno della consolidata cornice di tutele delineata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per contrastare il deprecato fenomeno delle «espropriazioni indirette» del diritto di proprietà o di altri diritti reali (cfr., ex plurimis e da ultimo, con riferimento all'ordinamento italiano, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 3 giugno 2014, Rossi e Variaie; Sez. II, 14 gennaio 2014, Pascucci; Sez. II, 5 giugno 2012, Immobiliare Cerro; Grande Camera, 22 dicembre 2009, Guiso; Sez. II, 6 marzo 2007, Scordino; Sez. III, 12 gennaio 2006, Sciarrotta; Sez. II, 17 maggio 2005, Scordino; Sez. II, 30 maggio 2000, Soc. Belvedere alberghiera; Sez. II, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura)». La condotta illecita dell'amministrazione incidente sul diritto di proprietà, «illecito permanente ex art. 2043 c.c.», secondo la decisione potrebbe cessare, tra le altre ipotesi (provvedimentali o di accordo), anche per effetto di «una compiuta usucapione, ma solo nei ristretti limiti perspicuamente individuati dal Consiglio di Stato allo scopo di evitare che sotto mentite spoglie (i.e. alleviare gli oneri finanziari altrimenti gravanti sull'Amministrazione responsabile), si reintroduca una forma surrettizia di espropriazione indiretta in violazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale della Cedu (Sez. IV, n. 3988 del 2015 e n. 3346 del 2014); dunque a condizione che: I) sia effettivamente configurabile il carattere non violento della condotta; II) si possa individuare il momento esatto della *interversio possessionis*; III) si faccia decorrere la prescrizione acquisitiva dalla data di entrata in vigore del t.u. espr. (30 giugno 2003) perché solo l'art. 43 del medesimo t.u. aveva sancito il superamento dell'istituto dell'occupazione acquisitiva e dunque solo da questo momento potrebbe ritenersi individuato, ex art. 2935 c.c., il «giorno in cui il diritto può essere fatto valere». Secondo la Corte, «l'art. 42-bis configura un procedimento ablatorio *sui generis*, caratterizzato da una precisa base legale, semplificato nella struttura (uno *actu perficitur*), complesso negli effetti (che si producono sempre e comunque ex nunc), il cui scopo non è (e non può essere) quello di sanatoria di un precedente illecito perpetrato dall'Amministrazione (perché altrimenti integrerebbe una espropriazione indiretta per ciò solo vietata), bensì quello autonomo, rispetto alle ragioni che hanno ispirato la pregressa occupazione *contra ius*, consistente nella soddisfazione di imperiose esigenze pubbliche, redimibili esclusivamente attraverso il mantenimento e la gestione di qualsiasi opera dell'infrastruttura realizzata *sine titulo*». Conclude la decisione: «utilizzando un argomento esegetico caro all'analisi economica del diritto, può dirsi che la nuova disposizione, in buona sostanza, ha evitato che si riproducesse il *vulnus* arrecato dal superato art. 43 t.u. espr., ovvero la possibilità, accordata dalla norma all'epoca vigente, di far regredire la *property rule* (che dovrebbe assistere il privato titolare della risorsa), a *liability rule* (con facoltà della pubblica amministrazione di acquisire a propria discrezione l'altrui bene con il solo pagamento di una compensazione pecuniaria), introducendo pragmaticamente una regola di *second best*, da un lato, riducendo al minimo l'ambito applicativo dell'appropriazione coattiva, dall'altro, evitando che tale strumento divenga di uso routinario – causa maggiori costi, responsabilità erariale, impossibilità di far valere l'onerosità della restituzione quale giusta causa di acquisizione del bene, partecipazione rafforzata del proprietario alla scelta finale, motivazione esigente e rigorosa sulla impossibilità di configurare soluzioni diverse - configurandosi come una normale alternativa all'espropriazione ordinaria: in quest'ottica la procedura prevista dall'art. 42-bis non rappresenta più (per usare il linguaggio della Corte di Strasburgo) il punto di emersione di una *defaillance structurelle* dell'ordinamento italiano (rispetto a quello europeo) ma costituisce, essa stessa, espropriazione adottata secondo il canone della «buona e debita forma» predicato dal paradigma europeo». Cfr. anche C. di S., sez. IV, 21.9.2015, n. 4403, in www.giustizia-amministrativa.it; e con specifico riferimento alla prescrizione, TAR CAMPANIA NAPOLI, sez. V, 20.4.2018, n. 2636, in www.dirittifondamentali.it, 2018, 1 ss.

possibilità di usucapione da parte del privato su *beni pubblici*, che sembra, peraltro, trovare meno ostacoli a livello comunitario ed europeo.

Non sembra, difatti, potersi consentire che la specialità di uno *statuto* – qual è quello dei *beni pubblici*, peraltro in crisi – possa ridurre, sino ad escludere, categorie di *diritti fondamentali* e *beni comuni* (quali, *l'alloggio*), allorché il bene pubblico non sia più in condizione di soddisfare alcuna pubblica utilità e sia, invece, in grado di soddisfare, seppur minime e complesse, fondamentali esigenze e *risorse* di vita, l'unico *valore* prevalente dovendo essere considerato quello del *rispetto* della *persona* e dei suoi *beni primari*, finalizzati, questi, pur sempre alla soddisfazione di interessi reali e non astratti, privati o pubblici¹²⁴.

¹²⁴ Si rinvia ai numerosi casi oggetto di cronaca, specialmente in tempi recenti di grave crisi dei diritti fondamentali. Oltre che al caso del Comune di Napoli, cui si è, d'anzì, fatto riferimento, ci si riferisce, in particolare al *Piano Nazionale sulla Povertà* ed alle *linee guida ministeriali*; nonché ed ai virtuosi tentativi dello Stato e di alcune molto apprezzabili comunità locali (i comuni di Firenze e Ravenna, in particolare), di assicurare detti *beni primari*, muovendo dalla concessione a privati in difficoltà dell'*abitazione* in immobili di proprietà pubblica dismessi o abbandonati; per giungere, poi, alle altrettanto irrinunciabili esigenze *familiari* e *scolastiche*. Si tratta del progetto c.d. *Housing First*, che, peraltro, comporta oltre al recupero del patrimonio immobiliare pubblico dismesso, anche considerevoli risparmi di costi di assistenza ed alimentari e opportunità di investimenti ad incrementare le pubbliche entrate (oltre ai siti istituzionali e ministeriali di riferimento, si cfr. il noto programma *Presa diretta*, in onda su Rai 3 in data 4.2.2019, i cui contenuti sono agevolmente consultabili dal sito della Rai).