



Documento

Relazione del 18-01-2019

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "SAPIENZA"
DOTTORATO DI RICERCA
IN DIRITTO PUBBLICO, COMPARATO, INTERNAZIONALE

– Curriculum Diritto amministrativo europeo dell'ambiente –

Resoconto incontro di dottorato 9 ottobre 2018
Avv. Gianfrancesco Fidone

di ARIANNA GRAVINA TONNA

Il modello dei beni comuni applicato all'ambiente

Il 9 ottobre 2018 l'Avv. Gianfrancesco Fidone, prendendo spunto da un suo recente libro^[1], ha trattato del modello dei beni comuni applicato all'ambiente.

Il relatore spiega anzitutto come la sua indagine scientifica si sia originata proprio intorno alle numerose tesi esistenti in dottrina sui beni comuni, le quali non hanno finora fornito una risposta esaustiva e sistematica al tema; tutti gli apporti teorici infatti hanno in comune la necessità di un approccio multidisciplinare, senza però al tempo stesso fornire validi indici di connessione: è un esempio di tali criticità la definizione di *common* valida per la scienza economica, la quale non è accolta pienamente dalla definizione di bene comune offerta dalla scienza giuridica, e viceversa. A fronte della vasta letteratura in tema e delle pratiche diffuse di valorizzazione dei beni comuni, l'autore ha quindi elaborato un modello attuabile anche ai beni ambientali.

Il primo problema teorico che il relatore ha affrontato consiste nella questione se i beni comuni siano un argomento di diritto positivo ovvero *de iure condendo*. Ebbene, a fronte di un'analisi sistematica dell'ordinamento, può affermarsi che gli stessi siano ascrivibili a pieno titolo nel diritto positivo. Numerose esperienze ed esempi dimostrano tale assunto: ne sono prova, infatti, i riscontri presenti in una copiosa legislazione regionale e nazionale, ancorché spesso caratterizzata da definizioni atecniche di «bene comune» e «comunità» (ne sono esempio, in particolare, gli artt. 1 e 17 del d. lgs. n. 117 del 2017); inoltre, alcune importanti pronunce della giurisprudenza (soprattutto le note sentenze della Cassazione, rese a sezioni unite, n. 3665 e 3811 del 2011) e le emergenti pratiche di cittadinanza attiva nell'amministrazione condivisa connesse a regolamenti per la cura e la rigenerazione di beni comuni urbani, confermano il riconoscimento dei beni comuni nel diritto vivente^[2].

Un secondo problema teorico attiene alla definizione dei beni comuni.

La definizione deve necessariamente portare ad una distinzione degli stessi dai beni pubblici: è perciò necessario chiarire le ragioni di tale distinzione. Gli studi sui beni comuni hanno recentemente assunto una dimensione eccessivamente dilatata ed omnicomprensiva: si discute di beni comuni materiali, immateriali, a vocazione locale ovvero globale. Tali ricostruzioni eccessivamente late offerte in riferimento ai beni comuni sono

di ostacolo all'individuazione di una loro nozione. La premessa concettuale per un'efficace definizione di tali beni ha a che fare con la differenza ontologica tra proprietà privata e proprietà pubblica. Tradizionalmente coesistono, in materia, due fondamentali orientamenti: uno oggettivo, l'altro soggettivo. Il primo cioè rintraccia la differenza tra i due profili dominicali in ragione della mera titolarità soggettiva del bene: sono quindi beni pubblici quelli che sono di proprietà della pubblica amministrazione, mentre sono beni privati quelli che appartengono soggettivamente a privati; questa corrente, che fa capo allo stesso Codice civile (il quale distingue appunto beni pubblici e privati sulla scorta dell'appartenenza formale), è stata oggetto di critica da parte della dottrina successiva all'esperienza di codificazione, anche da autori che inizialmente erano favorevoli a tale concezione soggettiva della proprietà privata e pubblica (tra essi, in particolare, si ricorda Vincenzo Cerulli Irelli): si è compreso, infatti, come per alcuni beni, ad esempio le reti, la titolarità privata conviva con l'assolvimento, da parte degli stessi beni, di un preminente interesse pubblico, con la conseguenza di una loro sussunzione nella categoria dei beni pubblici.

Attraverso lo studio ed il recupero della tradizione dottrinale di Massimo Severo Giannini^[3], oltre che del dato costituzionale (art. 42 Cost.), si è delineato un definitivo superamento della dottrina "soggettivista" della proprietà, individuando il *discrimen* tra il profilo dominicale pubblico o privato in ragione della funzione svolta dal bene: sono quindi da considerarsi privati i beni funzionali all'interesse privato, mentre sono beni pubblici quelli funzionali all'interesse pubblico.

Oggi la dottrina si interroga circa la possibilità di configurare, a metà strada tra l'interesse pubblico e quello privato, l'interesse di comunità. L'elemento distintivo rispetto alle citate teorie elaborate dalla dottrina può essere individuato proprio nel rapporto tra i beni e la comunità: i beni comuni sono cioè beni che afferiscono ad una comunità, identificando un rapporto differenziato con la stessa rispetto ai beni pubblici, i quali si rivolgono invece alla collettività indistinta. È necessario quindi individuare la natura dei beni pubblici: essi sono quelli che servono l'interesse della pubblica amministrazione ovvero i beni ad uso generale, utilizzati dalla collettività indistinta; assume particolare rilevanza per la teoria dei beni comuni la categoria dei beni pubblici di uso generale: è possibile rintracciare, all'interno di tali beni, quelli utili alla comunità? In altri termini, è possibile distinguere, all'interno di tale categoria, i beni utilizzabili esclusivamente dalla comunità? E lo stesso bene può prestarsi ad usi diversi, uno generale tipico della collettività ed uno comune riferito alla comunità?

L'elemento distintivo e di novità rispetto agli approdi dottrinali in tema di beni comuni può essere rappresentato dalla ricerca, all'interno della categoria dei beni pubblici ad uso generale, di beni utilizzabili esclusivamente da una comunità. È necessario cioè comprendere se uno stesso bene possa essere pubblico, come tale aperto all'uso generale, ed al contempo arrecare un'utilità diversa – sia per qualità, sia per quantità – rispetto al generico beneficio ricevuto dal *quisque de populo*. Se ciò in un senso consente di allargare l'ambito definitorio del bene comune, poiché vi sarebbero ricondotti tutti i beni pubblici, d'altro canto induce ad un'attenta valutazione delle relazioni tra beni e cittadini, le quali – come dimostra l'emersione delle recenti prassi di cittadinanza attiva – si differenziano appunto in ragione della funzione assolta dai beni. Il bene comune è infatti funzionale, o perché attiene a diritti fondamentali o perché evoca ragioni identitarie e culturali, instaurando un rapporto speciale con la comunità e con ciascuno dei suoi membri: questo particolare rapporto è stato definito dall'autore *di uso comune*. È possibile cioè affermare che tra il bene e la comunità si instauri una relazione particolare, un senso di comunanza? Se tale relazione non esiste o non si instaura, il bene non può essere considerato comune. È quindi necessario individuare una definizione di comunità: una nozione può essere ritrovata, in prima battuta, nel definire la comunità come quel gruppo di persone che ha un interesse omogeneo rispetto ad un bene. Un'analisi sistematica dell'ordinamento individua gli usi civici come istituti originari delle comunità, anzi propriamente come *usi di comunità*: non a caso, le comunità degli usi civici possono essere aperte o chiuse, essendo le prime costituite e tramandate in via ereditaria, mentre le seconde accessibili sulla scorta di requisiti e qualità personali. Sono quindi le comunità aperte a rappresentare un utile elemento di costruzione della teoria dei beni comuni, poiché molti beni assumono per le comunità un interesse differenziato rispetto a quello del *quisque de populo*.

In coerenza con quanto affermato, la proprietà non deve essere concepita come un istituto granitico e assoluto, bensì come un fascio di utilità: l'intento non è infatti quello di attribuire un profilo dominicale ulteriore e diverso per i beni pubblici, ma di riconoscere le diverse utilità che il cittadino ne ricava e che legittimano il suo diritto di uso comune; ed è proprio in ciò che risiede il suo diritto all'uso comune: rispetto a quel determinato bene, tale uso ricomprende tutte le utilità che non attengono ai tipici profili della proprietà. In tal senso, l'uso comune assume la funzione di limite al diritto del proprietario, il quale conserva tutti gli usi riferibili al bene che derivano

dal suo diritto dominicale ma è tenuto a tollerare e tenere in debito conto il diritto altrui all'uso comune; ciò non esclude il potenziale verificarsi di conflitti, sia tra comunità e soggetti proprietari, sia fra comunità stesse.

È quindi necessario definire altresì, dopo averne formulato una nozione, lo statuto giuridico dei beni comuni. Ai fini di tale analisi, costituisce un apporto teorico fondamentale la ricostruzione offerta da M.S. Giannini. I beni pubblici ad uso generale hanno infatti, come contrappeso nel cittadino, degli interessi di mero fatto; tali beni rivestono cioè per il cittadino un interesse di mero fatto ed egli non è titolare di un diritto alla non esclusione. Il problema teorico risiede nella distinzione della situazione giuridica del soggetto appartenente alla comunità rispetto a quella del *quisque de populo* appartenente alla collettività indistinta, al fine di comprendere se sia possibile la configurazione di una posizione giuridica diversa in luogo dell'interesse di mero fatto. L'orientamento costruito e perseguito dall'autore trae origine proprio da tale concetto, già individuato dai contributi dottrinali di Giannini, secondo cui è necessario il riconoscimento ai membri della comunità di un diritto di non esclusione: grazie al recupero della disciplina degli usi civici è possibile infatti distinguere, attraverso un titolo, le posizioni di coloro che appartengono alla comunità. È necessario però individuare la natura di tale titolo, che l'autore ritiene risieda in un diritto reale, riconducendolo propriamente al diritto di uso pubblico cui faceva riferimento Giannini. Tale titolo può essere sia documentale, sia consuetudinario; il diritto connesso a tale bene degrada a interesse legittimo nei rapporti con la pubblica amministrazione. Una simile configurazione permetterebbe la giustiziabilità di tali interessi, pur non risolvendo del tutto il requisito della loro qualificazione e differenziazione; in realtà infatti i beni comuni, come anticipato, sono già differenziati rispetto ai beni pubblici, proprio in ragione del loro legame con la comunità; diverse sono le argomentazioni a sostegno della qualificazione: il requisito della *vicinitas*, evocato in numerose pronunce giurisprudenziali, consentirebbe infatti il valido riconoscimento di un interesse legittimo al vicino distinguendolo dal *quisque de populo*.

Una volta individuati, in capo al membro della comunità, un diritto soggettivo alla non esclusione dall'uso consentito e un interesse legittimo correlato allo stesso, è necessario affrontare il tema delle tutele: ove si riconosca infatti la posizione giuridica soggettiva del membro della comunità, è necessario accordarvi anche apposite azioni, essendo il diritto necessariamente correlato all'azione: una possibile azione può essere rappresentata dall'azione per l'efficienza dell'amministrazione.

Altro importante tema da risolvere nella teoria dei beni comuni è quello della gestione. Il diritto d'uso della comunità non costituisce infatti un diritto di gestione, ma consente al membro della comunità di vedersi riconosciuta una posizione giuridica soggettiva che lo legittima ad esperire alcuni strumenti di tutela, tra cui l'impugnazione del provvedimento amministrativo che ostacoli il suo diritto di accesso al bene. Il tema della gestione si interseca però necessariamente con gli usi propri del soggetto proprietario: è quindi necessario un titolo ulteriore per la gestione del bene. Un utile esempio è rappresentato dai patti di collaborazione: in tali casi, infatti, la gestione si innesta sul consenso del soggetto proprietario che riconosce l'interesse della comunità per il bene; si tratterebbe quindi di un titolo concessorio, ancorché di origine pattizia. Per contro, non può essere riconosciuta validità ed efficacia alle prassi di occupazione abusiva di beni: queste sono illegittime, poiché anche ove fosse individuabile l'interesse di comunità differenziato (che potrebbe risolversi anche in un diritto di non uso, ossia nel valido impedimento, riferito al proprietario, di un uso contrario all'interesse di comunità) rispetto all'uso generale accordato alla collettività indistinta, lo stesso non consentirebbe alla comunità di appropriarsi di usi che non le sono propri. Gestione e occupazione integrano quindi due situazioni diverse e inconciliabili, ove nella prima è presente un titolo qualificante e legittimante (come i patti di collaborazione), mentre nella seconda è assente. In tema è diffusa peraltro una pericolosa confusione tra le attività di gestione compiute dalle associazioni di volontariato e la gestione comune: quest'ultima è solo quella propria della comunità di riferimento, mentre la gestione affidata ad associazioni senza fine di lucro è riconducibile alla gestione privata, ancorché appunto senza fine di lucro. Il problema assume rilevanza anche in relazione alle procedure di selezione: la modalità concorsuale è infatti funzionale al compimento di un'operazione selettiva, laddove il diritto differenziato riconosciuto ai membri della comunità renderebbe superflua la necessità di una tale selezione.

Ciò detto, è necessario comprendere se la gestione comune sia anche una gestione efficiente.

Non è infatti possibile affermare che tale gestione, in quanto comune, sia per ciò stesso anche efficiente, stante la possibilità che la comunità, intesa come gruppo aperto di soggetti caratterizzato da un interesse omogeneo su un bene, non cooperi o non sia in grado di gestire il bene. L'esperienza degli usi civici getta luce circa l'eventualità che un determinato profilo gestionale possa rivelarsi efficace in alcuni casi ed inefficace in altri: i modelli di gestione individuati da E. Ostrom^[4] dimostrano però che in alcune condizioni la gestione comune del

bene da parte della comunità di riferimento può essere certamente efficiente e confermano che la gestione pubblica dei beni non determina necessariamente efficienza gestionale e amministrativa. È noto infatti che le gestioni pubbliche risultino spesso carenti o insufficienti e, allo stesso tempo, le gestioni private siano inesistenti poiché antieconomiche e non remunerative. La gestione comune quindi mira a recuperare questo perduto margine di efficacia, nella consapevolezza che la stessa non sia l'unica forma di coinvolgimento dei cittadini rispetto ai beni comuni; è necessario infatti concepire la gestione comune come un'alternativa rigidamente differente rispetto alla gestione privata: in merito, il recente Codice del terzo settore fa riferimento alla co-progettazione ed alla co-programmazione (art. 55), che intendono instaurare una cooperazione tra amministrazione ed enti del terzo settore. Ulteriore esempio di gestione privata, includente peraltro modalità di attrazione di capitali, è costituito dalla sponsorizzazione (art. 19). Sarebbe quindi possibile individuare, per ciascun bene, il miglior modello di gestione.

In generale, il tema dei beni comuni assume un'estrema rilevanza non solo per le sue potenzialità nella rideterminazione del rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione, ma per la sua capacità di fondare un nuovo modello universale per l'amministrazione. Lo schema classico costruito per lo studio del diritto amministrativo è, infatti, rappresentato dalla norma che conferisce il potere in base al quale è emesso il provvedimento riferito al cittadino destinatario: per contro, oggi si assiste ad una sempre maggiore emersione di fenomeni di cooperazione tra autorità amministrativa e cittadinanza, i quali tendono a modificare i termini di tale schema.

In merito è da osservarsi che il legislatore, con sempre maggiore frequenza, sta favorendo i modelli partecipativi, attraverso forme di co-gestione e co-programmazione di cui è esempio il baratto amministrativo, di cui all'art. 190 del d. lgs. n. 50 del 2016. Un'ulteriore questione attiene alla procedimentalizzazione di tali esperienze collaborative: è infatti necessario chiedersi se sia opportuno regolare il fenomeno, anche laddove tale "istituzionalizzazione" potrebbe ripercuotersi sulle istanze di semplificazione. Le principali criticità si addensano quindi intorno alle forme di organizzazione di tali fenomeni, che devono tendere necessariamente alla semplificazione e non alla eccessiva procedimentalizzazione.

Il modello proposto, che valorizza il ruolo svolto dalla comunità nella definizione di uno statuto giuridico dei beni comuni, può essere efficacemente attuato con riferimento ai beni ambientali: oggi si assiste infatti ad una crisi della discrezionalità amministrativa, in particolare in materia ambientale, dovuta sia all'incapacità da parte della pubblica amministrazione di realizzare decisioni amministrative efficaci, sia agli effetti caducatori che da tale inefficacia possono derivare; ciò conferma, *a fortiori*, la centralità della disciplina dei beni comuni per la protezione dell'ambiente e, in particolare, la possibilità di attuare tale protezione attraverso il modello che individua tali beni come beni *di comunità*.

[1] Ci si riferisce al suo *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, ETS, 2017.

[2] Ne è un esempio il Regolamento sulla collaborazione attiva dei cittadini nella cura e nella rigenerazione di beni comuni urbani, approvato dal Comune di Bologna il 19 maggio 2014.

[3] In particolare, del contributo offerto in M.S. Giannini, *I beni pubblici: dispense dalle lezioni del corso di diritto amministrativo tenute nell'anno acc. 1962-1963*, Roma, Bulzoni, 1963.

[4] Elaborati dall'autrice nel suo noto *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Actions*, Cambridge University Press, 1990.