

CRISI DELLA DEMANIALITÀ E FUNZIONE SOCIALE DEI BENI PUBBLICI NELLA PROSPETTIVA COSTITUZIONALE. VERSO I BENI COMUNI*.

di Alberto Lucarelli**

Yan Thomas, storico del diritto romano, già direttore d'Etudes all'École des Hautes Etudes en Science Sociales di Parigi, evidenziava¹ nel suo *Valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n. 6 del 2002, come in un celebre saggio delle *Institutiones* di Gaio, smembrato e rimaneggiato nelle *Institutiones* di Giustiniano, si trovava enunciato il principio di una divisione delle cose pubbliche in patrimoniali ed extrapatrimoniali.

Si trovava, in sostanza, la distinzione tra beni pubblici in uso pubblico e beni in proprietà del pubblico.

In una ricostruzione della prima fase del diritto romano, cioè fino al principato, si può individuare la qualità pubblica del titolare dei beni nel principio di appartenenza al popolo romano di tutti i territori acquisiti originariamente per conquista militare (*ager publicus*); principio generico che avrebbe coinvolto all'inizio l'intero territorio dello Stato.

Il popolo in epoca antica non doveva essere visto come una entità astratta, semi-giuridica, ma come la comunità di tutti i cittadini che esercitava una comproprietà *sull'ager* (bene pubblico in uso pubblico).

Successivamente il popolo è visto come persona-giuridica che esercita un potere unitario sull'*ager publicus* ed il godimento ampio delle terre, prolungato attraverso le varie generazioni, rese la proprietà dello Stato solo nominale.

Si affermò la tendenza a trasformare gran parte dell'*ager publicus* in *agri divisi et adsignati*, di proprietà dei singoli, possibile perché l'*ager publicus* veniva gestito come bene in proprietà del pubblico.

* *Lectio magistralis, tenuta in occasione del Premio Donato Menichella, Roma 13 aprile 2016.*

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli “Federico”.

¹ Y. Thomas, *Valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 6/ 2002.

Con l'avvento del Principato, lentamente, l'amministrazione delle varie specie di beni pubblici subiva un processo unificatore nelle mani dell'Imperatore, che ne divenne titolare, in quanto sostanzialmente unico erede del *populus Romanus*².

In questo senso, va destrutturato, come ben evidenziato da Dardot e Laval³, quel filone di studi che individua il fondamento del diritto romano nella sovranità dell'individuo proprietario. Si arriva all'individuo-proprietario (pubblico o privato), attraverso un processo che riguarda *imperium* e *dominus*.

All'ipotesi, secondo cui sarebbe un soggetto proprietario a governare un mondo di cose naturalmente disposte all'appropriazione, si oppone originariamente un mondo di cose qualificate che distribuiscono titoli e diritti in capo a soggetti indefiniti.

Vi è dunque nel diritto romano uno spazio nel quale determinati beni pubblici risultano più orientati alla funzione piuttosto che al regime proprietario. Laddove c'è un pubblico (bene) dell'uso ed un pubblico (bene) della proprietà. Vi sono cose che naturalmente per loro funzione si staccano dal *dominus*, non hanno valenza patrimoniale, ma soprattutto sono serventi alla collettività piuttosto che all'individuo. Nel pubblico dell'uso, il proprietario si sposterebbe dal baricentro del *dominus* proprietario al baricentro dell'amministratore.

Nel XIX secolo, la visione proprietaria-pubblica de *l'Etat administratif* francese napoleonico e la visione proprietaria-privatistica della pandettistica romano germanica riconducono ad unum le due concezioni dei beni pubblici in visione propria del rapporto dominicale. Il diritto di proprietà viene fatto coincidere con la cosa stessa. Nella tradizione di *civil law bien* coincide con *chose*; in Germania *sache* assorbe cosa e bene. Nel lessico di *common law* la parola *property* assorbe la nozione di bene. In sostanza, a partire dalla Rivoluzione francese e dal *Code Napoleon* del 1804 l'ambizione fu di far coincidere il diritto di proprietà con la cosa stessa. Proprio Domolombe nel *Cours de Code Civil* del 1854 era il più netto nel proclamare che la proprietà è la cosa stessa⁴.

L'elogio del rapporto dominicale sia pubblico che privato, incastonato nella relazione ancestrale e strutturale tra il *dominus* ed il bene, come migliore dei rapporti possibili, arriva all'Ottocento dopo secoli di proposizioni encomiastiche tra le quali avevano spaziato almeno quelle di Locke, dei fisiocratici e dei legislatori-filosofi dei lavori preparatori del

² Così M. G. Zoz, *Riflessioni in tema di res publicae*, Torino, 1999, pp. 8 ss.

³ P. Dardot e C. Laval, *Del Comune o della Rivoluzione nel XXI secolo*, Roma, 2015, *passim*.

⁴ A. Gambaro, *I beni*, Milano, 2012.

Code Civil.

Paolo Grossi evidenzia⁵ come sia una intera società e una intera cultura assorta nella contemplazione narcisistica di sé stessa, compiaciuta delle proprie scelte; una società che era stata troppo frettolosa nello sbarazzarsi di valori metafisici e che nel tentativo di colmare un vuoto difficilmente colmabile, costruisce sull'avere, la propria fondazione storica, nell'avere individuale un contributo insostituibile per la pienezza del proprio esistere.

«Se si aggiunge che l'operazione culturale è affiancata da un efficace operazione politica che vede lo Stato garantire generalmente le ricchezze a chi legittimamente le detiene e fondarsi sul consenso degli abbienti, si capisce quanto l'idea della proprietà come diritto naturale e del proprietario come cittadino per eccellenza mettesse radici saldissime; quelle radici che il profilo ideologico corroborava in maniera profonda»⁶.

Proudhon parla un linguaggio fatto di fiducia nelle virtù taumaturgiche dell'avere e nel progresso realizzato all'insegna dell'individualismo economico con una inavvertenza totale al problema della distribuzione dei beni e soprattutto della funzione sociale dei beni. Sullo sfondo, del tutto marginale, resta la questione della funzione dei beni, del godimento reale che ai cittadini essi possono garantire. Una strumentale riutilizzazione di tecniche romane e romanistiche determinano l'ascesa proprietaria del regime demaniale con le evidenti conseguenze sul piano della vulnerabilità dei diritti direttamente riconducibili ai beni stessi.

Non di immediata comprensione apparirà come, mentre sul piano della proprietà privata vi è una reattività sociale all'individualismo proprietario, basti pensare ai limiti posti dalla funzione sociale dei beni di cui all'art. 42 della Costituzione, sul piano della proprietà pubblica l'individualismo possessivo ed escludente gode di un duplice rafforzamento: quello dell'ascesa politica della borghesia e quello determinato dal consolidamento dello Stato apparato di derivazione *de l'Etat administratif*; ovvero stretto da una duplice tenaglia. L'affermazione dello Stato moderno, e ancor di più dello Stato nazione, e soprattutto del concetto di sovranità statale, riconducibile alla categoria dello stato-persona, piuttosto che allo Stato-comunità contribuisce, nella stagione delle codificazioni ottocentesche, a far

⁵ P. Grossi, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, p. 7Ivi, p. 8.

⁶ Ivi, p. 8.

prevalere la categoria del bene pubblico in proprietà pubblica, piuttosto che il bene pubblico in uso pubblico.

La strutturazione rigorosa dei fondamenti del diritto pubblico in Italia, dopo l'Unità, ad opera soprattutto dell'opera di Vittorio Emanuele Orlando, Ranelletti, Zanobini (non metterei in questa linea Santi Romano che, con originalità, introduce e valorizza le nozioni di *communitas* e pluralismo) mutua il regime proprietario dalle grandi categorie della Scuola romano-germanica, travasandole nella categoria del demanio.

L'osmosi concettuale e le relative conseguenze sul piano funzionale sviscerano una delle dimensioni del bene pubblico che piuttosto ad essere orientato alla *communitas*, nel suo esercizio di *imperium*, è orientato al *dominus*.

E' evidente che sul versante pubblicistico, tale costruzione risente della dottrina giuridica tedesca che nel Deutsche Reich successivo alla vittoria di Sedan si impone progressivamente con autori quali Gerber, Laband, Jellinek, Otto von Mayer⁷.

Cosicché, lo statuto della proprietà pubblica, nel codice civile, ma successivamente anche nella Costituzione del '47 (laconico è lo spazio dedicato alla proprietà pubblica), si sovrappone al modello demaniale, ed in senso più ampio, ai beni pubblici in uso pubblico, configurando rapporti escludenti, riconducibili ai rapporti strutturali e materiali, di ordine soggettivo, che legano il *dominus* al bene, alla funzione che il *dominus* attribuisce al bene. Il rapporto funzionale, di natura oggettiva, beni-diritti fondamentali, è sullo sfondo e comunque subordinato al primo. Come è noto, il codice del '42 è fortemente legato alla tradizione romano-germanica di *civil law* e ben distante dunque da qualsivoglia forma di *common law* che sia in grado di guardare al formarsi di un diritto consuetudinario legato alle reali esigenze dei cittadini.

Così i beni pubblici nel codice civile, segnatamente nell'art. 822 c.c., rappresentano una categoria meramente descrittiva priva di un richiamo espresso del regime giuridico.

L'interessante dibattito mosso dalla Scuola di Bordeaux - penso al contributo di Leon Duguit, in particolare in *Les Transformations générales du droit privé depuis le code civil* del 1912⁸ e dello stesso anno la sua conferenza tenuta a Buenos Aires nella quale in maniera eloquente affermava che «*la propriété n'est pas un droit, elle est une fonction sociale*» - rimane sullo sfondo, dominato dalla potenza concettuale orlando-labandiana.

⁷ M. Fioravanti, *Giuristi e Costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

⁸ L. Duguit, *Les Transformations générales du droit privé depuis le code civil*, Paris, 1912.

Lo stesso Cassese, nella sua monografia del 1969⁹ sottolinea come ad un certo punto nella storia si giunse a concepire Stato e comuni come proprietari dei beni gravati da servitù di uso da parte della collettività.

E la stessa auspicata inversione di rotta indicata da Giannini negli anni sessanta, per ridare dignità ai beni pubblici, ricondurli all'autentico e genuino significato di beni appartenenti alla comunità dei cittadini e aperti alla libera fruizione collettiva, per ridare dignità allo stesso concetto di *communitas* all'interno della sovranità popolare, evidentemente non è stata sufficiente ad impedire che i beni fossero utilizzati e gestiti dal *dominus*, secondo le logiche escludenti del regime proprietario.

Ancora Giannini, in maniera estremamente lucida, evidenziava nel 1995 che, per quei beni demaniali per i quali, per loro natura, prevale il profilo funzionale, i problemi di ordine giuridico che si pongono non sono di appartenenza, di titolarità, non attengono alla struttura del rapporto (il bene resta nella formale titolarità del proprietario pubblico), ma alla funzione, alle modalità di godimento dei diritti che si rapportano ai beni, che ovviamente si ampliano.

Tuttavia, minori poteri del proprietario pubblico e maggiori diritti riconosciuti alle comunità non significa negare il ruolo del diritto pubblico, quanto piuttosto delineare un modello nel quale il concetto di statualità (o se si preferisce di civilizzazione statale) non risulti assorbito da uno Stato-apparato elefantico e vessatorio.

Il concetto di statualità nel quale lo Stato non risulti assorbito da uno Stato-apparato elefantico e vessatorio ci aiuta a comprendere che lo Stato non dev'essere inteso quale macchina autonoma e avulsa dal contesto sociale. Si tratta di un concetto che può definirsi anche come spirito delle istituzioni e che si ricollega, come ben evidenziato da Pierre Bourdeau, al senso profondo della cultura civica.

Una rinnovata effervescenza del concetto di *communitas* ed in senso più ampio della democrazia partecipativa, la costituzionalizzazione del principio della sussidiarietà orizzontale, modelli di governance e di soft law inducono progressivamente ad un ripensamento del modello pan-proprietario dei beni pubblici.

La categoria dei beni comuni, quale suggestiva declinazione dei beni pubblici per uso pubblico e non in proprietà pubblica, dunque si distanzia dalla proprietà collettiva.

Infatti, la proprietà collettiva ha comunque ad oggetto diritti collettivi di natura dominicale,

⁹ S. Cassese, *I beni pubblici: circolazione e tutela*, Milano, 1969.

ovvero beni che appartengono ad una circoscritta ed escludente comunità di abitanti. Al contrario, i beni comuni o beni pubblici ad uso pubblico, si caratterizzano per un rapporto non strutturale, né strutturato della comunità con i beni, ma fluido e funzionale.

I beni in proprietà collettiva appartengono ad una determinata categoria la quale unicamente, ed in via escludente, è titolare di un diritto di fruizione di tali beni, a prescindere dal diritto delle generazioni future. In sostanza, il modello demaniale, ma anche la c.d. proprietà collettiva, esprimono una soglia più bassa di adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, rispetto al modello dei beni comuni materiali.

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

L'esigenza, oggi, di una nuova e complessiva rilettura dei beni pubblici e del relativo modello di democrazia ad essi sotteso, è dunque quella di andare, rispetto a beni *extra commercium*, che sfuggono alle logiche del mercato, oltre i caratteri classici della demanialità, ovvero di un modello di ordinamento giuridico che riconosce un tipo classico di relazione soggettiva assoluta (la proprietà individuale).

Il modello demaniale della proprietà pubblica è quello di soddisfare obiettivi propri di un'amministrazione intesa in una dimensione soggettivistica autonoma e solitaria; un modello che, proprio per queste caratteristiche, non impedisce la commercializzazione dei beni pubblici per uso pubblico, limitandone, secondo logiche del profitto, accessibilità e fruibilità.

Pertanto, oggi, piuttosto che parlare di declino della categoria giuridica del demanio, sarebbe più opportuno parlare di limiti fisiologici del modello demaniale, fondato sostanzialmente sugli elementi caratterizzanti il rapporto (strutturale) dominicale, nell'ambito del quale il binomio sovranità statale (organizzazione del potere legislativo e potere amministrativo) - proprietà pubblica, senza limitazioni puntuali di ordine

costituzionale¹⁰, può discrezionalmente decidere di cambiare titolo e destinazione del bene (processi di sdemanializzazione-patrimonializzazione ma anche procedimenti concessori), o semplicemente di conservare nel tempo una funzione sociale del bene distante dalle evolute esigenze delle comunità.

Si pensi oggi come anche beni pubblici in uso pubblico rientranti nella categoria giuridica del demanio siano sempre più utilizzati come strumento di finanza pubblica, valorizzati attraverso un adeguato riconoscimento del valore economico del suo uso. Secondo parte della dottrina¹¹, l'utilizzo di beni pubblici, quali strumenti di finanza pubblica, metterebbe in moto un meccanismo secondo il quale il proprietario pubblico non venderebbe quanto è suo ma al contrario quanto appartiene pro-quota a ciascun componente della comunità.

Ciò significa che ogni processo di privatizzazione deciso dall'autorità pubblica attraverso il governo pro-tempore, espropria ciascun cittadino dalla sua quota parte del bene comune come il privato, senza però che ci siano le tutele che il modello liberale riconosce al privato: la pubblica utilità e l'indennizzo.

In questo senso, la cornice dei principi costituzionali, ancorché di natura prescrittiva, non ha dimostrato di possedere capacità di resistenza tale da impedire che la tipicità del rapporto proprietario strutturale, ben radicato tra Costituzione e regole codicistiche, prevalesse sul rapporto funzionale teso a soddisfare i diritti fondamentali. Il rapporto che lega l'amministrazione al bene demaniale è nella sostanza un rapporto di natura proprietaria, fondato su poteri di godimento, disposizione ed utilizzo del bene.

Cassese¹² osserva come la c.d. proprietà demaniale sia nella sostanza una proprietà privata dei pubblici poteri, per la quale interviene un atto che può privare i privati della legittimazione alla titolarità di proprietà su quei beni.

Tale natura del rapporto non ha impedito che proprio i poteri di tutela, puntualmente previsti dal diritto positivo vigente (artt. 823, comma 2 c.c. e 825 c.c.), si ridimensionassero nel diffuso orizzonte delle privatizzazione. I processi di privatizzazione (ma anche l'abuso del ricorso all'istituto concessorio) hanno determinato la prevalenza della dimensione soggettiva e strutturale del rapporto – fondata su un'accentuata discrezionalità politico-

¹⁰ S. Cassese, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, cit., p. 70 - 71, afferma come la Costituzione non ponga limiti quantitativi quanto ai beni che si possono sottrarre alla libera appropriazione, potenziando la posizione dei privati e negando un ruolo assorbente dello Stato.

¹¹ U. Mattei, *Proprietà*, in *Enc d.r.*, 2012, p. 1128.

¹² S. Cassese, *Beni pubblici*, cit.

legislativa senza sufficienti argini costituzionali - sulla dimensione oggettivo-funzionale. Secondo parte della dottrina, tali processi avrebbero determinato addirittura la trasformazione della categoria giuridica dei beni pubblici in beni a destinazione pubblica con un consequenziale svilimento dell'originaria funzione sociale dei beni, ridando dignità soltanto ai beni pubblici in proprietà pubblica.

Nell'ambito di tale rapporto il *dominus* si limita a determinare discrezionalmente l'interesse primario della p.a., piuttosto che agire quale rappresentante della collettività, esercitando poteri sui beni demaniali al solo scopo di consentirle di utilizzare e godere di quei beni nel modo più pieno ed esclusivo.

I beni pubblici ad uso pubblico, declinati nella categoria dei beni comuni, quali beni collocati fuori commercio, svincolati dal modello demaniale dell'appartenenza dei beni ad un soggetto individuale o collettivo, si fonderebbero, al di là del mero titolo giuridico, nell'attuale funzione sociale dei beni in relazione ai diritti fondamentali da soddisfare della comunità.

La prevalenza del rapporto funzionale su quello di natura strutturale impedirebbe atti di discrezionalità frutto del binomio sovranità-proprietà, attribuendo al soggetto pubblico, attraverso una rivitalizzata dimensione del diritto pubblico, il ruolo fondamentale ed indispensabile di guardiano e regolatore, non più della dimensione strutturale, quanto piuttosto di quella funzionale.

Pertanto, al fine di salvaguardare il perseguimento degli interessi generali, riconducibile alla funzione sociale dei beni demaniali, appare necessario saldare il rapporto funzionale tra *dominus* e beni, limitando, per quei beni identificati come *extra commercium*, la discrezionalità dei poteri del proprietario sui beni stessi, favorendo al contrario processi partecipativi di accessibilità e fruibilità.

Tale ripensamento categoriale passerebbe anche attraverso un ridimensionamento della dimensione autoritaria dell'imperium, declinata, in relazione al governo dei beni demaniali, unicamente nel circuito della rappresentanza, e non anche della partecipazione, saldando così il nesso tra bene e diritti.

In questo nuovo scenario, divenuto sempre più evidente con il calo di prestigio dell'ideologia c.d. del *Washington Consensus*, nel quale la gestione dei beni demaniali sembra non potersi più declinare soltanto nell'ambito della democrazia rappresentativa, occorre un modello di *communitas* che contribuisca ad informare una diversa dimensione

del diritto pubblico.

Nella quale oltre agli istituti classici dei contropoteri e dei *checks and balances* (partecipazione, sussidiarietà, conflitto) «il potere sovrano non deve avere la forza di fare ciò che non deve fare». Così nelle celebri parole di Bracton, citate da de Jouvenel¹³ nel suo celebre lavoro del 1955 sulla sovranità. Ne consegue, come ben evidenziato da Gambaro¹⁴, che l'analisi dei beni pubblici, la loro funzione sociale e soprattutto la loro eventuale qualificazione distinta dal regime proprietario debba procedere attraverso un esame dettagliato delle risorse e delle fasce di utilità che promanano da ciascun gruppo di beni tradizionalmente considerati come beni pubblici. Un processo complesso volto a ridare dignità alla funzione sociale.

Abstract: Il testo affronta il tema della funzione sociale dei beni pubblici e della crisi della categoria giuridica del rapporto proprietario e del concetto di demanio, ripercorrendo alcuni momenti storici particolarmente significativi. A partire dal diritto romano, che realizza uno spazio nel quale determinati beni pubblici risultano più orientati alla funzione piuttosto che al regime proprietario. Per poi approdare alle codificazioni ottocentesche, in cui prevale la categoria del bene pubblico in proprietà pubblica, piuttosto che il bene pubblico in uso pubblico. Nel percorso evolutivo, viene poi affrontato il tema della categoria dei beni comuni, quale suggestiva declinazione dei beni pubblici per uso pubblico e non in proprietà pubblica, che dunque si distanzia dal concetto di proprietà collettiva.

Abstract: The text treats the theme of the social function of the public goods and the crisis of the juridical category of the property and of the public property, according to some historical periods. Beginning from the roman law, that realizes a space in which determined public goods result more directed to the function rather than to the property regime, for then to land to the nineteenth-century codifications, in which prevails the category of the public good in public property, rather than the public good in public use. In the evolutionary transformation, the text treats the theme of the category of the commons, as suggestive declination of the public goods for public use and not in public property.

¹³ B. de Jouvenel, *La sovranità*, (trad. it.), 1955, Milano, 1971, p. 248.

¹⁴ A. Gambaro, *I beni*, Milano, 2012.

Parole chiave: Beni pubblici; proprietà; beni comuni.

Key words: Public goods; property; commons.