



Università
Ca'Foscari
Venezia

Corso di Dottorato di ricerca
in Diritto Mercato e Persona

ciclo XXX

Tesi di Ricerca

**La questione dei beni
comuni**

Un itinerario fra regimi dei beni e diritti
fondamentali

SSD: IUS 01

Coordinatrice del Dottorato

ch. prof.ssa Carmela Camardi

Supervisore

ch. prof.ssa Carmela Camardi

Dottoranda

Chiara Silvia Armida Angiolini

Matricola: 956169

*A Vittorio,
per gli insegnamenti, l'ironia e le idiosincrasie.*

*A Camilla,
la sua tenacia e caparbia sono ricordo e sostegno quotidiano.*

INDICE:

INTRODUZIONE

1. Ragioni della ricerca.....	5
2. <i>Commons, communs, comune, beni comuni</i>	8
3. Piano della ricerca e obiettivi dell'indagine.....	18

CAPITOLO I

IL DIBATTITO ITALIANO SUI 'BENI COMUNI'

1. Premessa.....	20
2. Le riflessioni dottrinali.....	21
2.1. L'eterogeneità delle ricostruzioni	21
2.2. La connessione fra beni, diritti fondamentali, norme costituzionali	22
2.3. (Segue). I rilievi critici sul rapporto fra beni e diritti fondamentali	30
2.4. Beni privati, il rapporto con il mercato e la possibilità di altre forme di gestione delle risorse.....	35
2.5. (Segue) Discrezionalità dell'ente pubblico, sussidiarietà e beni comuni	37
2.6. (Segue). Il ruolo della collettività e il diritto di accesso	41
2.7. La nozione di "bene" in questione	47
3. I dati normativi e la giurisprudenza	50
3.1. La proposta della cd. 'Commissione Rodotà'	51
3.2. L'elaborazione giurisprudenziale. Le sentenze gemelle della Corte di Cassazione	57
3.3. (Segue). Alcuni rilievi critici.....	61
3.4. I regolamenti comunali in materia di beni comuni urbani.....	66
3.5. Una nozione? Prime riflessioni	76
4. Dati normativi, giurisprudenza, dottrina. Una prima sintesi	77

CAPITOLO II

LA NOZIONE DI BENE FRA UTILITÀ E INTERESSI

1. Le nozioni di bene giuridico. Aspetti metodologici.....	79
2. La nozione di bene e il tradizionale dibattito sull'art. 810 del Codice Civile	81
2.1. Premessa. La definizione e il problema della sua portata.....	81
2.2. La nozione di cosa.....	83
2.3. Segue. Le diverse ricostruzioni dottrinali del termine 'cosa' a partire dall'art. 810 cod. civ.	87
2.4. Dalla cosa al 'bene': l'art. 810 cod. civ. e i criteri di qualificazione	102
2.5. L'art. 810 cod. civ. Prime riflessioni su un approccio funzionale. Necessità di un'indagine allargata.....	115
3. Bene, interesse patrimoniale, diritti	116
3.1. L'art. 2740 cod. civ.	116
3.2. Alcune riflessioni sulla cedibilità dei crediti	119
3.3. La giurisprudenza in materia di art. 177 cod. civ.	120
3.4. Diverse declinazioni della nozione di bene e il criterio dell'oggettivazione. Prime riflessioni	129

4. P'interpretazione autonoma dell'art. 1 prot. 1 Cedu e la nozione di bene.....	133
4.1. La nozione di bene e la tutela giuridica degli interessi nella giurisprudenza Cedu.....	137
5. I 'beni della vita' e la persona. Alcune riflessioni	143
6. Beni giuridici e regole fra oggettivazione e persona	146
7. Beni comuni e beni giuridici.....	149

CAPITOLO III

BENI GIURIDICI E SODDISFACIMENTO DI INTERESSI COSTITUZIONALMENTE TUTELATI

1. Premessa.....	153
2. Diritti inviolabili fra profilo soggettivo e profilo oggettivo	155
2.1. La prospettiva dell'unità: i valori.	156
2.2. I titolari dei diritti fondamentali. La prospettiva della molteplicità	161
3. Diritti fondamentali e uso dei beni. Un primo percorso	164
3.1. Uso dei beni e diritto alla salute	164
3.2. Un caso in materia di esercizio della libertà religiosa	176
3.3. Gli art. 9 e 33 cost. e l'interpretazione dell'art. 842 cod. civ.	180
3.4. Alcune riflessioni a partire dalle ipotesi esaminate.....	185
3.5. Un ruolo per la funzione sociale della proprietà	187
3.6. Uso dei beni e interessi costituzionalmente protetti.....	190
4. Interessi, utilità o beni comuni?.....	191

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. Un significato della dimensione 'comune'	195
2. Beni giuridici e comuni	196
3. La costruzione dei regimi	196
4. Le riflessioni dottrinali alla luce dell'indagine svolta	197
5. Prospettive future d'indagine, <i>de iure condito</i> e <i>de iure condendo</i>	198

BIBLIOGRAFIA	203
---------------------------	------------

INTRODUZIONE

La proprietà, pubblica o privata che sia, non può comprendere e esaurire la complessità del rapporto persona/beni.

S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, 2012

1. Ragioni della ricerca – 2. Commons, communs, comune, beni comuni – 3. Piano della ricerca e obiettivi dell'indagine

1. RAGIONI DELLA RICERCA

La ricerca condotta in questa tesi indaga le possibilità di una nozione giuridica di ‘beni comuni’, definizione che si è affacciata nel dibattito nazionale e internazionale da almeno due decenni. Occorre chiedersi perché svolgere tale indagine, posto che il concetto è stato elaborato in seno ad altre scienze sociali, e che sono più le riflessioni teoriche che gli indici normativi e giurisprudenziali a segnare la rilevanza.

Per rispondere a questo interrogativo si può partire dal rapporto fra privato e pubblico, per come si configura nel contesto contemporaneo, da un’angolatura particolare. A tal proposito, sono molti gli studi che indagano il mutato ruolo dello Stato, anche e soprattutto rispetto al suo rapporto con quegli attori privati che assumono una dimensione transnazionale, esprimendo, per utilizzare le parole di una ricerca lontana nel tempo¹, un forte ‘potere privato’.

In questo contesto sul versante del ‘pubblico’ il meccanismo della rappresentanza, legato alla concezione del soggetto pubblico come ‘ente esponenziale’ della collettività mostra i suoi profili più critici, in particolare rispetto alla sua capacità di tutelare gli interessi che sono ascrivibili a ciascuno e dunque alla collettività, e fra questi soprattutto quelli connessi al soddisfacimento dei diritti fondamentali. Declinando la questione rispetto alla gestione dei beni, e dunque al regime dei beni pubblici, l’ente pubblico tradizionalmente svolge un ruolo centrale nella loro

¹ G. Lombardi, *Potere Privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970. Si veda anche U. Mattei, *Proprietà privata (nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali V*, 2012.

funzionalizzazione agli interessi della collettività, configurandosi storicamente come intermediario rispetto alla fruizione dei beni da parte dei singoli componenti del ‘collettivo’². È infatti il soggetto pubblico a prendere le decisioni circa la scala di valori in base alla quale individuare gli interessi cui accordare priorità, a fissare le modalità con cui sfruttare le utilità dei beni, e dunque a scegliere il *modus* di tutela degli interessi della collettività. Considerato anche che tradizionalmente si ritiene che “da un lato non sussiste un obbligo giuridico dell’amministrazione di assicurare ai singoli il godimento dei beni; e [che], dall’altro, il dovere a essa imposto dall’ordinamento di curare la gestione dei beni non è giuridicamente correlato (...) con gli interessi dei singoli”³, il ruolo del legislatore e degli enti pubblici – e quindi dello Stato – si configura in qualche misura come autoritario, in quanto ad essi è rimesso il compito di modulare il rapporto fra la collettività – considerata nella concretezza delle persone che la compongono – e i beni. Se a questo si aggiunge che “l’ente territoriale, anche quando agisce non nella cura di interessi che ha quale ente, ma nella cura di interessi della collettività di cui è rappresentativo, è pur sempre un pubblico potere”, e che “esso, quindi, ha una sua volontà che è quella dei suoi amministratori, e non è certo quella dei componenti la collettività”⁴, si coglie tutta l’astrattezza del meccanismo di rappresentanza. In questo senso occorre anche considerare che l’ente territoriale esercita poteri proprietari sul bene, fra cui lo *jus excludendi alios*, diritto che esclude i non proprietari dal godimento e dalle decisioni che attengono agli atti di disposizione. L’astrattezza e la genericità del rapporto di rappresentanza, unite alla configurazione in capo all’ente pubblico di poteri proprietari, primo fra tutti quello di

² Si veda la ricostruzione di A. Di Porto del “vivo dibattito sul tema dei beni pubblici e sulle questioni, intimamente connesse, della costruzione dello Stato e della legittimazione popolare”, in *Id.*, *Res in usu pubblico e “beni comuni”*, *Il nodo della tutela*, Torino, 2013, pp. 53 ss. Si veda anche M. S. Giannini, *I beni pubblici*, Milano, 1963. Sul punto si veda anche A. M. Gambino, A. Genovese, B. Sirgiovanni, *Beni comuni*, in “Nuovo diritto civile”, n. 3, 2016.

³ A. M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, V, 1959, p. 288.

⁴ M. S. Giannini, *I beni pubblici* cit. p. 53.

alienare i beni⁵, se non costituiscono certamente una novità, assumono però maggior criticità nel momento odierno, segnato profondamente dalle cd. “privatizzazioni”⁶. Per quanto riguarda l’altro versante, dal punto di vista degli attori privati si può considerare l’espansione di grandi imprese transnazionali, che hanno “potuto occupare la gran parte degli spazi di pubblico dismessi dallo Stato, (...) divenire grand[i] proprietari[e] e produrre trasformazioni epocali nel diritto dei beni”⁷, in ragione per esempio della capacità di tali soggetti di accumulare ricchezza⁸. Sul piano oggettivo si riscontra l’espansione di diritti esclusivi, sia nell’ambito dei beni immateriali⁹, sia in quello dei beni materiali¹⁰, così come la tendenza, già espressa da Reich nel noto saggio¹¹, ad allargare l’ambito concettuale della ‘proprietà’ per tutelare interessi che sono ritenuti meritevoli di una tutela ‘forte’. Con la conseguenza non soltanto di un’espansione della protezione del soggetto titolare, ma anche del carattere esclusivo che caratterizza il paradigma proprietario, ponendo non pochi problemi rispetto alla garanzia di interessi parimenti rilevanti, che con quello tutelato nella forma proprietaria confliggono¹².

⁵ L’alienazione del bene è sicuramente un esercizio del potere di disposizione che incide sul rapporto fra beni e collettività. In chiave critica parte della dottrina rileva come “non esiste un (...) complesso di tutele rispetto al passaggio dei beni dalla mano pubblica alla mano privata: gli stessi beni demaniali cessano di essere tali per effetto di un semplice provvedimento amministrativo. Di conseguenza la collettività può essere espropriata di porzioni rilevanti del proprio patrimonio indiviso, senza che sia possibile invocare qualche forma di *due process* e senza che esistano limiti invalicabili al potere di disposizione riconosciuto in capo ai poteri pubblici”; G. Resta, *Beni comuni e mercato*, 2014, disponibile al link: <http://www.ripensarelasinistra.it/wp-content/uploads/2014/02/Resta-beni-comuni.pdf>, (ultima consultazione: 15 luglio 2017) che riprende il pensiero di U. Mattei, che si ritrova anche in *Proprietà privata (nuove forme di)*, cit.

⁶ Su cui, per un primo inquadramento U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà, (a cura di), *I beni pubblici dal governo democratico dell’economia alla riforma del Codice Civile*, Roma, 2010. Le riflessioni che seguono riprendono quanto scritto in C. Angiolini *Collettività e governo dei beni comuni. Il caso di Mondaggi* in “Rivista di diritto Agrario”, n. 1, 2015.

⁷ U. Mattei *Proprietà privata (nuove forme di)*, cit., p. 1120.

⁸ U. Mattei *Ibidem*, pp. 1120-1121. Tale capacità si coglie anche sul piano delle differenze rispetto alla proprietà in capo alla persona fisica; la *corporation*, per esempio, si sottrae ai meccanismi anche redistributivi delle successioni.

⁹ Sul punto, fra gli altri G. Resta, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 2, 2011.

¹⁰ Si pensi, ancora una volta, alle cd. privatizzazioni. Sul punto U. Mattei, *op. cit.*

¹¹ C. A. Reich, *The new property*, in “The yale law journal”, 1964, vol. 73. Si veda anche l’analisi critica di S. Rodotà, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Id.*, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*³, Bologna, 2013, pp. 47 ss. Sul punto da ultimo U. Mattei *Proprietà privata (nuove forme di)*, cit.

¹² Sul punto già S. Rodotà, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, cit.

In questo contesto, che è oggetto di studio pressoché in tutte le scienze sociali, si colloca l'attenzione per forme di uso e di gestione delle risorse che non si affidi né allo Stato né allo schema della proprietà privata, ma che attribuisca un ruolo a una collettività, non astratta nel soggetto pubblico e non esclusa dal diritto di proprietà privata. Le indagini sono tese dunque da una parte alla costruzione di meccanismi che rafforzino e trasformino in senso partecipativo il rapporto fra lo Stato-comunità e lo Stato-apparato, e d'altra parte investono i sistemi privati di gestione delle risorse, mettendo in discussione l'opportunità di attribuire diritti esclusivi sui beni, e al contempo discutendo le possibilità di strumenti di gestione collettiva delle utilità.

Una delle ragioni più importanti degli studi in materia – e segnatamente di quelli giuridici – è quella di ricercare tecniche che garantiscano il soddisfacimento di interessi, come quelli protetti attraverso la tecnica dei diritti fondamentali, che sono riferibili a ciascuno, e il cui soddisfacimento deve essere possibile in egual misura da parte di tutti, non affidandone completamente la tutela al soggetto pubblico, e non moltiplicando le situazioni proprietarie al fine di costruire una tutela forte.

Fino a qui si sono individuate alcune delle ragioni e delle esigenze contemporanee che rendono auspicabile lo studio di una possibile nozione giuridica dei beni comuni. Occorre ora comprendere come farlo.

2. COMMONS, COMMUNS, COMUNE, BENI COMUNI

Beni comuni, *commons*, *communs*, comune, sono espressioni che nelle ricerche contemporanee hanno acquisito un ampio spazio, portando con sé un certo grado di vaghezza¹³, in quanto i termini sono utilizzati per svolgere indagini e percorsi argomentativi diversi fra loro. Un filo rosso delle riflessioni, come si è accennato, è quello della ricerca – e della critica – di modalità di gestione delle risorse che non siano costruite solamente attraverso l'appartenenza pubblica o privata, e che dunque

¹³ L. Coccoli parla di “volatilità semantica” del termine ‘comune’, in *Id.*, *Introduzione. Ieri, oggi, domani: i beni comuni fra passato e futuro*, in *Id.*, (a cura di) *Commons/beni comuni. Il dibattito internazionale*, Firenze, 2013; insiste sulla polisemia del termine S. Paquerot, *Commun et bien commun: entre droit et politique, le regard socio-anthropologique au soutien de la comparaison*, in A. Chaigneau (a cura di) *Fonctions de la propriété et commun. Regards comparatistes*, Parigi, 2017, così come U. Pomarici, *Crisi e conflitti nella democrazia contemporanea. “Variazioni sui beni comuni”*, in “Rivista di filosofia del diritto”, n. 1, 2015. Per un’analisi dell’uso del lemma ‘beni comuni’ e ‘cosa comune’ all’interno del diritto privato si veda A. M. Gambino, A. Genovese, B. Sirgiovanni, *Beni comuni*, in “Nuovo diritto civile”, n. 3, 2016, pp. 301 ss.

diano un rilievo a una dimensione ‘collettiva’ o ‘comunitaria’. Qui però sembrerebbero finire le similitudini. Le differenze sono invece molto numerose e attengono ai modi di definizione di ciò che è “comune”, agli scopi e ai risultati che si vogliono raggiungere utilizzando tale nozione¹⁴, nonché all’oggetto degli studi in materia. Le diverse formule – beni comuni, *commons*, *communs*, comune – sono state utilizzate per indagare un campo vastissimo, spaziando dallo studio di forme di proprietà collettiva sulla terra, fino ad arrivare ai “beni comuni informativi”¹⁵. Per quanto riguarda gli approcci, le ricerche sono state riferite a beni in senso giuridico, alla nozione economica di risorse collettive, oppure allo *spazio*, letto attraverso la prospettiva della geografia¹⁶ o della sociologia; vi è poi un punto di vista che rende il ‘comune’ centrale in un progetto di trasformazione radicale dell’esistente. La molteplicità delle impostazioni ha avuto come effetto da una parte di aprire prospettive

¹⁴ Si veda sul punto, per un primo inquadramento l’analisi di L. Nivarra, in *Id.*, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune* in M. R. Marella, (a cura di) *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012. Critico rispetto alla possibilità della costruzione di una nozione è E. Vitale, *Beni comuni, un lodevole vicolo cieco?* In “Questione giustizia”, n. 2, 2017, pp. 50 ss.

¹⁵ Su cui, per un primo inquadramento, anche storico, G. Ziccardi, *Informatica giuridica Vol. 1: Controcultura, informatica giuridica, libertà del software e della conoscenza*, Milano, 2011. La letteratura sul punto è sterminata, ma rimane d’obbligo il riferimento a L. Lessig, *The Creative Commons*, in “Montana law review”, n. 65, 2004; si vedano anche, fra gli altri, J. Reichman, P. Uhlir, *A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment*, in “Law and contemporary problems”, n. 66, 2003; S. Dusollier, *The master’s tools v. the master’s house: Creative Commons v. Copyright*, in “Columbia journal of law & arts”, vol. 29, 2006; M. Lambrecht *The time limit on copyright: an unlikely tragedy of the intellectual commons*, in “European journal of law and economics”, 2016; E. Contu, *The dark side of the moon. Internet, ricerca scientifica e la sfida degli open commons*, in “Questione giustizia”, n. 2, 2017. Fra le ricostruzioni più autorevoli, Y. Benkler coniuga la prospettiva economica con quella della democrazia liberale, arrivando a descrivere i *commons* “institutional spaces in which we are free of the constraints imposed by the requirements of markets”, in *Id.*, *The Political Economy of Commons*, 4, UPGRADE 6, 2003, consultabile all’indirizzo: <http://www.benkler.org/Upgrade-Novatica%20Commons.pdf> (ultima consultazione: 9 luglio 2017). Rispetto alla cd. *information economy*, l’Autore propone la costruzione di una ‘core common infrastructure’, definite come “a set of resources necessary to the production and exchange of information, which will be available as commons—unowned and free for all to use in pursuit of their productive enterprises, whether or not market-based”, *Id.*, *Freedom in the commons: towards a political economy of information*, in “Duke law journal”, vol. 52, 2003, p. 1273.

¹⁶ Si vedano in tal senso il volume AAVV *Commons/Comune. Geografie, luoghi, spazi, città, Memorie geografiche, nuova serie*, n. 14, 2016; P. Mistretta, C. Garau, S. Pintus, *Beni comuni dello spazio urbano*, Cagliari, 2014; F. Galluccio, E. Guadagno, *Aporie dei beni comuni. Pratiche di governo del territorio e forme di gestione nel settore estrattivo: le cave in Campania*, in “Semestrale di studi e ricerche di geografia”, n. 2, 2016; in senso critico rispetto all’utilità della nozione si veda S. Moroni, *Beni di nessuno, beni di alcuni, beni di tutti: note critiche sull’incerto paradigma dei beni comuni*, in “Italian journal of regional science”, n. 3, 2015.

non usuali e di arricchire il dibattito, ma dall'altro di rendere complicato definirne l'oggetto¹⁷.

Si può capire meglio il problema se si guarda alle due impostazioni maggiormente utilizzate dai giuristi, quella economica di *commons* e quella di comune. Rispetto alla prima, per lungo tempo alla nozione di *commons* – intesa come risorsa usata collettivamente – come dimostra l'articolo *The tragedy of the commons* di Garrett Hardin¹⁸, è stata accompagnata nel discorso degli economisti dalla prognosi di una distruzione legata al suo sovrautilizzo. Una diversa valutazione, anche positiva, dei *commons* si è affacciata nel dibattito a partire dagli studi di Elinor Ostrom e del suo gruppo di ricerca, che hanno analizzato i casi¹⁹ di gestione collettiva delle risorse²⁰ –

¹⁷ Sul punto L. Nivarra scrive, con riguardo all'ambito italiano, che “sarebbe auspicabile (...) che, per il futuro, ogni discussione sui “beni comuni” sia preceduta da un chiarimento in ordine allo specifico oggetto della discussione medesima, così da sottrarsi al rischio (...) del «dialogo tra sordi»”, in *Id.*, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 1, 2016.

¹⁸ G. Hardin, *The tragedy of the commons*, in “Science”, 1968. In primo luogo occorre notare come tale approccio affronti il tema dell'uso collettivo delle risorse dando una particolare rilevanza al contesto di analisi, che è quello di individui che agiscono in modo razionale per massimizzare il profitto, e di un aumento della popolazione. Date queste condizioni, Hardin sostiene che se molti individui possono sfruttare una stessa risorsa, e non vi è una regola che limiti tale sfruttamento, si produce una sua sovrautilizzazione, in quanto i guadagni derivanti dall'incremento nell'uso della risorsa da parte del singolo saranno percepite da ciascuno individualmente, mentre gli effetti negativi saranno condivisi dal gruppo. L'esempio di Hardin è quello di un terreno usato da una pluralità di pastori: l'aggiunta di un animale al gregge conduce, per il pastore, a vedersi attribuite tutti i guadagni che ne derivano – ad esempio la vendita – mentre i costi – il minor rendimento, il consumo del suolo che corrisponde al carico aggiuntivo sul pascolo – sono condivisi da tutti i pastori. E dunque il comportamento razionale, per ciascun pastore, sarà di introdurre nuovi animali. Si veda in particolare il paragrafo *Tragedy of Freedom in a Commons*, *op. cit.*, pp. 1244 ss. La conseguenza di tali comportamenti è, secondo Hardin, in definitiva la distruzione o comunque un significativo peggioramento della qualità della risorsa, tanto che l'Autore giunge ad affermare che “ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons”. Rispetto all'assetto giuridico ottimale per evitare il sovrautilizzo delle risorse escludibili, come i parchi, Hardin individua nella proprietà privata la soluzione preferibile, affermando che “we must admit that our legal system of private property plus inheritance is unjust-but we put up with it because we are not convinced, at the moment, that anyone has invented a better system. The alternative of the commons is too horrifying to contemplate. Injustice is preferable to total ruin”, in *Id.*, *Tragedy*, *cit.*, p. 1247. Per le risorse non escludibili, come l'aria, Hardin afferma la necessità di cercare altri strumenti giuridici, fra cui la tassazione.

¹⁹ Il complesso metodo elaborato dal gruppo di ricerca di Elinor Ostrom è empirico, ed è volto a comprendere quali sono le condizioni ottimali in cui può essere efficace un modello di gestione collettiva di queste risorse; sul punto si veda E. Ostrom, *Governing the Commons. The evolution of institutions for collective actions*, Cambridge, 1990 (trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006), reperibile all'indirizzo: http://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf, p. 73 ss.

²⁰ Le “risorse di uso collettivo”, sono definite come “sistem[i] di produzione delle risorse, natural[i] o artificial[i], che siano sufficientemente grand[i] da rendere costosa (ma non impossibile) l'esclusione di potenziali beneficiari dal suo utilizzo”; E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, *cit.*, p. 53. Alcuni

dapprima materiali²¹, e poi anche immateriali²² – confutando l’idea dell’inesistenza di regole d’uso nei sistemi di *commons*. Queste ricerche hanno messo in luce dunque la possibilità di sistemi di gestione e uso collettivo ottimali²³, e i risultati raggiunti attraverso un’analisi dei casi concreti hanno portato alla formulazione di otto principi²⁴.

Lo scopo più spiccatamente teorico perseguito dal gruppo di Elinor Ostrom è quello di approfondire le possibilità di una “teoria dell’azione collettiva auto-organizzata che faccia da complemento alle esistenti teorie dell’azione collettiva organizzata dall’esterno, la teoria dell’impresa e dello Stato”²⁵; scrive Ostrom che la ricerca “se solo riuscirà a demolire la convinzione di molti analisti politici che l’unica via per risolvere i problemi delle risorse collettive sia quella dell’imposizione, da parte di autorità esterne, di diritti di proprietà privata assoluti o di una regolamentazione

esempi sono le zone di pesca, i bacini di acqua sotterranea, i pascoli, i computer in rete, i laghi. Tali sistemi sono letti come uno *stock* di capitale che a determinate condizioni rende possibile la produzione di un flusso di risorse senza che il sistema si deteriori o giunga alla distruzione. Detti flussi sono composti dalle “unità di risorse”, indeterminate in “ciò di cui gli individui si appropriano o fanno uso, traendole dal sistema di produzione” (*Ibidem*). La distinzione fra le risorse, *stock* di capitale, e il prelievo delle unità, intese come flusso, è centrale in quanto permette di distinguere fra “il carattere di sottraibilità delle unità di risorse e il carattere collettivo del sistema di produzione”; E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, cit., p. 55. L’utilizzo, in questi studi, della nozione di risorsa permette di esaminare congiuntamente le caratteristiche, per così dire morfologiche, delle cose e il sistema di gestione elaborato, e dunque anche le regole e le tecniche che presiedono al loro utilizzo. Ad ogni modo, una critica al ‘naturalismo’ di quest’impostazione si ritrova in P. Dardot, C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Parigi, 2014, pp. 111 ss.

²¹ Per alcuni esempi si veda la nota precedente.

²² E. Ostrom, C. Hess (a cura di), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, Cambridge, 2007, trad. it. *La conoscenza come bene comune. Dalla teoria alla pratica*, Milano, 2009.

²³ Si elabora così la nozione di “*common pool resources*”, di risorse caratterizzate dalla difficoltà nell’esclusione e dalla sottraibilità, “per cui l’uso del bene da parte di una persona sottrae qualcosa dalla disponibilità dello stesso per gli altri” C. Hess, E. Ostrom, *Introduzione. Panoramica sui beni comuni della conoscenza*, in *Ead.* (a cura di), *La conoscenza come bene comune*, cit., p. 11. Si veda per un approfondimento L. Rampa, Q. Camerlengo, *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus?*, in “Politica del diritto”, n. 2, 2014, pp. 265 ss.

²⁴ Questi sono: la chiara definizione dei confini della collettività che può prelevare unità di risorse e delle modalità d’uso, la congruenza fra regole di appropriazione, fornitura e condizioni locali, la possibilità di partecipare alla modifica delle regole da parte di chi ne è soggetto, una connessione molto stretta fra chi è deputato alla sorveglianza dell’applicazione delle regole e chi si appropria delle unità di risorse, l’esistenza di meccanismi di risoluzione dei conflitti, un minimo livello di riconoscimento del diritto di organizzarsi, e per i sistemi d’uso di risorse collettive che fanno parte di sistemi più grandi, un’organizzazione basata su più livelli; E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, cit., p. 134.

²⁵ E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, cit., p. 88. Si veda in proposito già E. Ostrom, *Collective Action and the Tragedy of the Commons*, in G. Hardin, J. Baden, *Managing the commons*, San Francisco, 1977.

centralizzata avrà realizzato uno scopo importante”²⁶. Tali studi sono stati gli apripista per una serie sterminata di ricerche empiriche e teoriche che seguono, modulano o si confrontano in senso critico con quest’impostazione²⁷.

Rispetto al ruolo svolto in tali indagini dal diritto, si può con buona approssimazione dire che questo è duplice: da una parte le regole giuridiche concorrono a determinare i caratteri della risorsa che si studia, dall’altra i risultati empirici, come emerge dall’elaborazione degli otto principi di Ostrom, fanno da guida per proporre modelli prescrittivi di regolamentazione – anche – giuridica.

Un approccio affatto differente è quello sviluppato negli studi – molto diversi fra loro – che guardano al ‘comune’ in una prospettiva di conflitto sociale, di critica radicale del sistema esistente. Una delle ricerche più rilevanti in questo senso è quella sviluppata da Antonio Negri e Michael Hardt. Il pensiero dei due autori è molto complesso, ma con buona approssimazione si può dire che il comune è qui declinato in due accezioni: da una parte è inteso come “ricchezza comune del mondo materiale, l’aria, l’acqua, i frutti della terra e tutti i doni della natura”, d’altra parte esso indica “tutto ciò che si ricava dalla produzione sociale che è necessario per l’interazione sociale e per la prosecuzione della produzione, come le conoscenze, i linguaggi, i codici, l’informazione, gli affetti e così via”²⁸. Il comune pone in gioco “la creazione

²⁶ E. Ostrom, *Governare i beni collettivi*, cit., p. 270.

²⁷ È impossibile in questa sede citare anche solo la bibliografia più rilevante. Per dare una misura del numero di studi, basta segnalare come ogni anno, dal 1990, la *International Association for the study of the commons* (IASC) organizza conferenze mondiali e regionali sul tema. Per una lista si veda: <http://www.iasc-commons.org/conferences> (ultimo accesso: 21 giugno 2017). Molte analisi si occupano dei cd. *knowledge commons*, analizzati nel contesto dell’*information economy* e della tecnologia che permette e costruisce internet. Guardando al panorama europeo, si può richiamare la ricerca svolta rispetto ai *communs informationnels et intellectuels* dall’economista francese B. Coriat che, condividendo gli scopi teorici della ricerca sviluppata dal gruppo di ricerca guidato da E. Ostrom, imposta lo studio della nozione di *communs informationnels* in base a tre direttrici: la prima è la considerazione dei *communs* come insieme di risorse governate collettivamente, la seconda l’esistenza di un’azione collettiva, la terza l’esistenza di una *gouvernance*, seppur diversamente costruita; B. Coriat, *Propriété, exclusivité et communs: le temps des dépassement*, in *Id.*, (a cura di) *Le retour des communs*, Parigi, 2015, pp. 21 ss.

²⁸ A. Negri, M. Hardt *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010, pp. 7-8. La centralità del concetto di comune è connessa alla transizione che la produzione economica sta attraversando, “in cui le forme della produzione capitalistica consistono sempre più nelle relazioni sociali e nelle forme di vita”, e l’espropriazione del comune, inteso sia nella prima ma soprattutto nella seconda accezione, è considerata “la chiave per comprendere le nuove forme di sfruttamento del lavoro biopolitico”; *Ibidem*, pp. 137 e 145.

di nuove istituzioni sociali”²⁹, che “sono fondate sui conflitti” e che “consolidano usi, costumi, pratiche e capacità collettive che sono le sostanze di nuove forme di vita”³⁰. Anche tali studi hanno prodotto un’eco non irrilevante nella comunità scientifica, e una pluralità di ricerche si confrontano con tale approccio³¹. Comprendere quale sia, in tali riflessioni, il ruolo del diritto rispetto alla trasformazione della società è particolarmente complicato in quanto, se da una parte si criticano radicalmente le forme giuridiche esistenti³², d’altro canto, per lo meno in alcuni autori, si riflette sulla possibilità di un’emersione giuridica del ‘comune’ attraverso la sperimentazione di “regole di condotta” che sfuggano alla sovranità del diritto privato e di quello statale e che portino alla creazione condivisa di regole “di ciò che è in comune”; con riguardo al *quomodo* si afferma che occorre indagare “una dimensione creativa e costituente di pratiche giuridiche che possono situarsi proprio all’incrocio tra evoluzione giurisprudenziale e inedite azioni di rivendicazioni di diritti”³³.

Un’altra prospettiva è quella sviluppata, in dialogo critico con Negri e Hardt³⁴, da Pierre Dardot e Christian Laval che, sulla base di un metodo definito ‘archeologico’ delineano una storia dell’emersione del comune³⁵; lo scopo è quello di guardare al

²⁹ A. Negri, M. Hardt *Comune*. cit. p. 291.

³⁰ *Ibidem*, p. 355.

³¹ Si veda il confronto serrato fra i diversi autori contenuto nel libro S. Chignola (a cura di), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Verona, 2012.

³² Si veda a tal proposito A. Negri, *Il diritto del comune*, in S. Chignola (a cura di) *Il diritto del comune*, cit., pp. 34 ss. Danno un particolare rilievo alla critica alla proprietà intellettuale P. Dardot, C. Laval, *Commun. Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Parigi, 2014, trad. it. a cura di A. Ciervo, L. Coccoli, F. Zappino *Del Comune, o della rivoluzione del XXI secolo*, Verona, 2015. Per un commento critico al libro si veda M. Fioravanti, E. I. Mineo, L. Nivarra, *Dai beni comuni al comune. Diritto, Stato e storia*, in “Storia del pensiero politico”, n. 1, 2016.

³³ G. Allegri, *Quali istituzioni per le pratiche costituenti del comune? Primi appunti per un uso creativo e “minore” del nuovo diritto comune*, in S. Chignola (a cura di) *Il diritto del comune*, p. 171. In un senso almeno parzialmente convergente si legge nella postfazione all’opera di P. Dardot e C. Laval che il diritto potrebbe assumere, rispetto alla “prassi istitutiva”, “una connotazione «infra-strutturale», che consisterebbe nell’accettare fino in fondo la sua ontologica ambiguità – di essere cioè al contempo strumento nelle mani del potere, ma anche mezzo per contrapporsi ad esso – al fine di provare a formalizzare quelle prassi istituzionali del comune attraverso le quali si sprigiona una governamentalità alternativa a quella neoliberale”; A. Ciervo, L. Coccoli, F. Zappino, *Postfazione all’edizione italiana. Per una governamentalità del comune* in P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit. p. 527.

³⁴ Si veda il capitolo 5 del libro, in cui gli autori discutono le posizioni di Negri e Hardt; P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit., pp. 149 ss.

³⁵ Scrivono gli Autori: “qui intenderemo il comune in un modo che taglia i ponti con un certo numero di usi correnti ben poco ponderati e, per di più, quasi del tutto privi di memoria storica. Per cominciare a pensare la nuova ragione del comune, dovremo intraprendere un lavoro di archeologia. Quel che appare come l’aspetto più innovativo delle lotte emerge in un contesto e si iscrive in una storia. È

possibile sviluppo di lotte sociali³⁶, affermando l'opportunità che il comune sia un "principio politico" che "ha per specifico carattere storico quello di contrastare il capitalismo, voltando le spalle al comunismo di Stato"³⁷. Tale principio è declinato in nove proposizioni politiche³⁸. Nella riflessione dei due autori è centrale il ruolo della "attività pratica degli uomini" che, si afferma, "può rendere le cose comuni"³⁹. Il diritto in questa teorizzazione è concepito come "sistema delle norme" che è al tempo stesso "posta in gioco di conflitti" e "terreno di lotta"⁴⁰. La *pars destruens* consiste qui nella critica al diritto moderno, rispetto al ruolo che ha avuto nella costruzione del dualismo fra Stato sovrano e individuo proprietario⁴¹. Per quanto riguarda la *pars costruens*, si guarda alla "prassi istituyente dell'uso", che si colora di giuridicità,

l'esplorazione di questa lunga storia che permette di uscire dalle banalità, dalle confusioni e dai controsensi"; P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit., p. 20. È dedicata a tale operazione 'archeologica' la parte prima del libro.

³⁶ La critica investe il sistema economico e sociale, e dunque il capitalismo; si afferma che siamo di fronte, nel contesto contemporaneo, alla "tragedia del non comune" in quanto "le vie dell'indispensabile cooperazione sono bloccate"; si critica così il paradigma della concorrenza generalizzata, e i due autori affermano la necessità di "trasformare radicalmente l'economia e la società rovesciando il sistema di norme che oggi minaccia direttamente l'umanità e la natura". Rispetto al ruolo del 'comune', scrivono i due Autori che "ciò di cui abbiamo più bisogno, invece, è produrre nuovi punti di vista sull'aldilà del capitalismo, pensare le condizioni e le forme possibili dell'agire comune, chiarire i principi che possono orientare le lotte, connettere le diverse pratiche nella forma di una nuova istituzione generale della società", P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit., p. 15-16.

³⁷ P. Dardot, C. Laval, *Comune*, cit., p. 455. Gli autori individuano anche altri usi del "comune" e scrivono in tal senso che "se «Comune» è il nome dell'auto-governo politico locale e *commons* il nome degli oggetti (di natura assai diversa) presi in carico dall'attività collettiva degli individui, «comune», è più propriamente il nome del principio che anima questa attività e che allo stesso tempo presiede alla costruzione di questa forma di auto-governo", P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit., p. 20.

³⁸ Le proposizioni sono: la necessità di una politica del comune, ossia una politica che faccia del comune il principio della trasformazione sociale (proposizione n. 1); la necessità di opporre il diritto d'uso al diritto di proprietà (proposizione n. 2); porre il comune come principio della liberazione dal lavoro (proposizione n. 3); l'impresa comune (proposizione n. 4); e l'associazione (proposizione n. 5) devono prevalere nella sfera dell'economia; la necessità di rifondare la democrazia sociale (proposizione n. 6); il bisogno di trasformare i servizi pubblici in istituzioni del comune (proposizione n. 7); la necessità di istituire i *communs mondiaux* (proposizione n. 8), e a questo scopo di inventare la federazione dei *communs* (proposizione n. 9). All'analisi delle proposizioni politiche è dedicata la terza parte del libro.

³⁹ Si arriva così a criticare la nozione di "beni comuni" se intesa attraverso un essenzialismo che connette la definizione 'comune' del bene a delle sue caratteristiche intrinseche. P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit., p. 41; si vedano anche le riflessioni svolte dagli Autori a p. 375.

⁴⁰ P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit., p. 20.

⁴¹ Si afferma in questo senso che "una politica del comune" affonda le radici in "un movimento storico più ampio che ha iniziato gradualmente a scardinare il doppio assolutismo del principio di proprietà e del principio di sovranità", P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit., p. 366. Per una lettura, anche critica del pensiero dei due autori si veda A. Ciervo, L. Coccoli, F. Zappino, *Postfazione all'edizione italiana*, cit. pp. 513 ss.

portando ad una “ridefinizione del diritto d’uso”⁴², e alla contestuale costruzione dell’inappropriabile⁴³, che non è “ciò di cui non ci si può appropriare ma ciò di cui non ci si deve appropriare, perché riservato all’uso comune”⁴⁴. Il principio politico del comune rispetto al diritto ha allora in quest’analisi il compito “di far emergere un nuovo diritto che neutralizzi le pretese di quello vecchio”, capovolgendo la situazione esistente e mettendo in discussione il diritto di proprietà.

Le due macro-prospettive⁴⁵ che si sono brevemente tratteggiate hanno influenzato le riflessioni dei giuristi in maniera significativa e hanno condotto a utilizzare la nozione di ‘beni comuni’ in modo non certo unitario, sia con riguardo agli oggetti di studio che in relazione alle impostazioni seguite⁴⁶. Rispetto ai punti di vista utilizzati, se ne possono individuare con buona approssimazione quattro, anche se si compie quest’operazione di semplificazione soltanto per praticità perché sovente i diversi approcci sono utilizzati in modo eclettico. Le prime due impostazioni utilizzano le nozioni elaborate in seno ad altre scienze sociali, per leggere, descrivere e criticare il diritto. Rispetto alla nozione economica di *commons*, questa è utilizzata per svolgere ricerche che si possono ascrivere all’analisi economica del diritto⁴⁷; fra queste quelle

⁴² P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit. p. 375.

⁴³ P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit., p. 375.

⁴⁴ M. Fioravanti, E. I. Mineo, L. Nivarra, *Dai beni comuni al comune*. cit., p. 100. Al diritto d’uso è attribuito un ruolo duplice: si afferma infatti l’opportunità dell’affermazione di “una prassi istituyente che stabilisce le regole dell’uso comune e della sua estensione in un uso istituyente che procede alla costante revisione di quelle stesse regole”, P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit. pp. 95 ss. Il principio politico del comune rispetto al diritto ha allora in quest’analisi il compito “di far emergere un nuovo diritto che neutralizzi le pretese di quello vecchio”, capovolgendo la situazione esistente e rendendo il comune “il principio di un nuovo diritto destinato a rifondare tutta l’organizzazione sociale” (P. Dardot, C. Laval, *Del Comune*, cit. p. 183.), capace di mettere radicalmente in discussione il diritto di proprietà.

⁴⁵ Su cui si veda per un’analisi anche L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune* cit.

⁴⁶ Sottolinea i diversi usi che si fanno del termine F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione. Quaderni della facoltà di giurisprudenza dell’Università di Trento*, n. 23, 2016, p. 38. Fa un confronto fra uso del termine all’interno dell’economia e del diritto A. Massarutto, *Il dovere di avere doveri. I “beni comuni” e la “scienza triste”*, in “Ragion pratica”, n. 2, 2013.

⁴⁷ Fra gli altri: H. Dagan, M. A. Heller, *The liberal commons* in “The yale law journal”, 2001, n. 110 vol. 549; C. Rose, *The comedy of the commons: custom, commerce, and inherently public property*, in “Faculty scholarship series”, n. 1, 1986. Per un approccio ai *commons* in chiave di analisi economica del diritto in ambito italiano si veda M. Granieri *Analisi economica dei beni comuni: una rilettura critica e una proposta*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 3, 2013; G. Napolitano, *I beni pubblici e le “tragedie dell’interesse comune”*, in *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo. Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, Milano, 2007.

che hanno portato all'elaborazione della nozione di *anticommons*⁴⁸, e a discutere la sua (in)efficienza. Tale nozione è costruita come “immagine specchio” di quella di *commons*: il termine *anticommons* definisce infatti un preciso assetto proprietario in cui vi sono molti soggetti titolari del diritto di escludere⁴⁹, con la conseguenza di un probabile sottoutilizzo del bene⁵⁰. Un'altra nozione che è stata elaborata in considerazione della ‘tragedia dei beni comuni’ è quella di *semicommons*⁵¹ che è definito come “a resource (...) owned and used in common for one major purpose, but, with respect to some other major purpose, individual economic units – individuals, families, or firms – have property rights to separate pieces of the commons”⁵². Tali ricerche si concentrano sulle conseguenze economiche di un dato regime di utilizzo e gestione dei beni. Vi sono poi una serie di riflessioni che utilizzano il paradigma ostromiano per trovare gli strumenti giuridici attraverso cui costruire dei *commons*⁵³.

Un secondo approccio è quello che riflette, anche in chiave critica, rispetto alla trasformazione radicale dell'esistente attraverso la diffusione, anche all'interno del pensiero e della pratica giuridica, di una logica del ‘comune’, diversamente declinata

⁴⁸ M. A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in “Harvard law review”, n. 3, 1998.

⁴⁹ Scrive Heller che gli *anticommons* sono “*property regime in which multiple owners hold effective rights of exclusion in a scarce resource*”, *Ibidem*, p. 624. L'A. coniuga la teoria della proprietà come *bundle of rights*, e una riflessione che parte dai cd. *incidents* elaborati da Honoré, ed individua come parte del *bundle* i diritti di escludere che sono definiti come diritti che permettono al proprietario di esercitare un potere di veto sull'uso del bene da parte di un altro soggetto; nel caso degli *anticommons* vi sono più soggetti titolari del diritto di escludere gli altri. Il testo di Honoré, e un suo commento, si trovano in M. Hodgson Geoffrey, *Editorial introduction to 'Ownership' by A. M. Honoré* (1961). “Journal of institutional economics”, n. 9, 2013.

⁵⁰ L'esempio è quello dei negozi nella Russia post-sovietica, che rimanevano vuoti, mentre proliferavano i chioschi nelle strade.

⁵¹ H. E. Smith, *Semicommon property rights and scattering in the open fields*, in “The journal of legal studies”, vol. 29, n. 1, 2000.

⁵² H. E. Smith, *Semicommon property*, cit., p. 131.

⁵³ In questo senso A. Chaigneau *Une propriété affecté au commun*, in *Ead.* (a cura di), *Fonctions de la propriété*, cit.; *Ead.*, *L'entreprise à la croisée des doctrines du “bien commun”* in *Repenser les biens communs*, J. De Saint Victor, B. Parance (a cura di), *Repenser les biens communs*, Parigi, 2014. Una declinazione della visione ostromiana rispetto ai possibili modelli di sviluppo da adottare nel diritto internazionale si ritrova in S. Cogolati, *Global public goods or commons as a lens to development? A legal perspective*, in “Leuven centre for global governance studies. Working papers”, n. 179, 2016, consultabile all'indirizzo <https://ghum.kuleuven.be/ggs/documents/wp179cogolatix.pdf> (ultimo accesso: 10 luglio 2017).

nei vari autori⁵⁴. Vi sono poi gli studi che guardano ad una possibile nozione giuridica di ‘beni comuni’; si possono *in primis* citare quelli di tipo storico-giuridico, che hanno ad oggetto le proprietà collettive e il fenomeno delle *enclosures*⁵⁵. Esistono inoltre non poche ricerche che, pur intersecandosi spesso con l’una o l’altra delle impostazioni che si sono appena viste⁵⁶, tentano di porre le basi per la costruzione di una nozione giuridica di ‘beni comuni’, operante – anche – nella pratica giuridica. Le prospettive e gli strumenti tecnici che individuano a tale scopo sono a loro volta variegati, e spaziano dall’uso del contratto, ad una reinterpretazione dei regimi dei beni⁵⁷.

⁵⁴ Si vedano fra gli altri M. Barcellona, *La metafora dei “beni comuni”: l’Impero, lo Stato e la democrazia nel tempo del capitalismo cognitivo*, in “Democrazia e diritto”, n. 3, 2016; S. Gutwirth, I. Stengers, *Le droit à l’épreuve de la résurgence des commons*, in “Revue juridique de l’environnement”, n. 1, 2016; M. R. Marella, *La propriété reconstruite: conflits sociaux et catégories juridiques*, in *Tracés. Revue de sciences humaines. Hors-série. Traduire et introduire*, 2016.

⁵⁵ Alcuni fra questi studi assumono una prospettiva genealogica, e sono dunque tesi a “repérer, dans le passé, des événements ou des institutions de nature à enrichir le processus d’émergence d’un concept nouveau”, J. De Saint Victor, *Généalogie historique d’une “propriété oubliée”*, in *Id.*, B. Parance (a cura di), *Repenser les biens communs*, Parigi, 2014. Si veda anche V. Mannino, *Le “bien commun”: la fausse impasse du droit romain et du droit savant*, in J. De Saint Victor, B. Parance (a cura di), *Repenser les biens communs*, cit., pp. 35 ss. Mettono in guardia rispetto ai rischi di un uso argomentativo disinvolto delle esperienze del passato R. Ferrante, *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in “Ragion pratica”, n. 2, 2013; M. Fiorentini, “Note a margine alla Tavola Rotonda su ‘Beni comuni e gestione dei servizi tra pubblico e privato’”, in P. Ferretti, M. Fiorentini, D. Rossi (a cura di), *Il governo del territorio nell’esperienza storico-giuridica*, Trieste, 2017.

⁵⁶ Ad esempio, la prospettiva con cui Ugo Mattei affronta il tema dei beni comuni è sicuramente interdisciplinare – definita dallo stesso Autore come “indisciplinata” (*Id.*, *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2011, p. XIII), e si interseca continuamente con il piano della riflessione politica. L’indagine di Mattei è volta da una parte a comprendere – e contestare – le norme di diritto positivo vigenti, e dall’altra alla costruzione in positivo della nozione di ‘beni comuni’. Anche la prospettiva di M. R. Marella si declina su entrambi i versanti. Scrive l’A. che la nozione di *commons* “embody the premises for important transformative practices and discourses and represent a subversive site in the legal order: commons both challenge the dominance of private property in legal discourse and confront the abuse of intellectual property that has occurred worldwide in the last decades. Even more radically, they disrupt both the subject/object and the public/private dichotomies”; l’Autrice intende “to reframe the commons as a legal concept”; *Ead.*, *The Commons as a Legal Concept*, in “Law and critique”, vol. 28, 2017, r. 80-84. Il riconoscimento giuridico dei beni comuni dunque, nel pensiero di Marella, “risponde (...) alla necessità di dare legittimazione (...) alle rivendicazioni di chi lotta per riappropriarsi del comune, individuando i presupposti del riconoscimento e gli strumenti di tutela giuridica”; *Ead.*, *I beni comuni: un tentativo di tassonomia*, in U. Breccia, G. Colombini, E. Navarretta, R. Romboli (a cura di) *I beni comuni. Seminario congiunto della Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, Università di Pisa, 12-13 ottobre 2012*, Pisa, 2015, p. 40; si veda anche M. R. Marella, *L’uso dello spazio urbano fra questione proprietaria e accesso alla giustizia*, in “Questione giustizia”, n. 2, 2017.

⁵⁷ Si è dedicato allo studio in ambito italiano il primo capitolo della tesi. Per quanto riguarda gli altri ordinamenti, si possono citare gli studi che in ambito francese hanno portato a riflettere sulla nozione di *chose commun*, definita dall’art. 714 del codice civile francese come “chose qui n’appartiennent à personne et dont l’usage est commun à tous”; si veda sul punto, per un primo inquadramento J. Rochfeld, *Quel modèle pour construire des “commons” ?*, in J. De Saint Victor, B. Parance (a cura di), *Repenser les biens communs*, cit., pp. 103 ss.; per un quadro d’insieme degli studi su una nozione giuridica di *communs* nel contesto giuridico francese si vedano J. De Saint Victor, B. Parance *op. cit.*, e A. Chaigneau (a cura di) *Fonctions de la propriété et commun*, cit.

3. PIANO DELLA RICERCA E OBIETTIVI DELL'INDAGINE

Di fronte alla pluralità delle impostazioni è stato necessario compiere una scelta circa la prospettiva da utilizzare; si è deciso, tenendo a mente le argomentazioni e le ricerche di altre discipline e quelle interdisciplinari, di vagliare le possibilità di una costruzione giuridica della nozione di 'beni comuni', con riguardo alla funzione che questa può svolgere e alle tecniche da utilizzare. Questo non ha significato non tenere conto delle diverse riflessioni interdisciplinari, ma tentare di comprendere quali percorsi interpretativi, quali argomentazioni, quali dati normativi potessero servire alla costruzione di una nozione di beni comuni che si rendesse operativa all'interno dell'ordinamento, non soltanto come categoria critica. Proprio in ragione dei diversi significati che il termine assume all'interno – anche – del discorso giuridico si è scelto di restringere il campo d'indagine all'ordinamento italiano in quanto questo ha permesso di individuare un quadro, un limite, entro cui prendere in esame le dottrine e le elaborazioni in materia di 'beni comuni' che, come si è visto, sono molto eterogenee fra loro.

Con riguardo all'impostazione della ricerca, si è deciso di procedere in modo graduale: si è partiti (capitolo I) dalla costruzione di una mappa dei punti di emersione della nozione in relazione alle riflessioni dottrinali, alla giurisprudenza e ai dati normativi. Tale indagine ha permesso di identificare, fra le altre possibili, due direttrici da sviluppare, particolarmente fertili rispetto agli scopi dell'indagine.

Come prima linea di ricerca è emersa l'opportunità di un'analisi dei rapporti fra la nozione di beni comuni e quella di 'bene in senso giuridico', sulla base di due ordini di ragioni; in primo luogo l'esigenza è sorta in quanto parte della dottrina afferma che la nozione mette in discussione la costruzione giuridica della distinzione fra il soggetto e l'oggetto; in secondo luogo il tema dei beni comuni, connettendo il tema dei beni con quello dei diritti fondamentali ha messo in evidenza la necessità di riflettere sulla tendenza a rendere "bene" anche l'oggetto di questi ultimi, come per esempio la salute; proprio in ragione della polisemia del termine 'bene' nel contesto del diritto privato si è reso necessario comprendere quale sia la nozione di 'bene' cui ci si riferisce quando lo si accompagna all'aggettivo 'comune', in quanto talvolta questo è riferito ai benicose, talvolta ai beni intesi come 'valori', o 'beni della vita' come la salute (capitolo II). Lo studio della nozione di bene è servita da una parte a collocare la riflessione sui

beni comuni nella prospettiva della tecnica giuridica, e ad ancorarla al sistema normativo attuale, d'altra parte la nozione di beni comuni si è rivelata utile per sottoporre a critica quella di bene giuridico, e svolgere un'indagine che tenga conto della rilevanza degli interessi concreti che i beni possono soddisfare.

La ricerca sulla nozione di bene giuridico nel diritto privato, insieme alla cartografia del modo in cui la nozione di 'beni comuni' è utilizzata all'interno dell'ordinamento hanno permesso di impostare l'indagine sul rapporto fra interessi costituzionalmente protetti e beni (capitolo III). La nozione di beni comuni si è qui indagata rispetto alla possibile funzione di permettere concretamente il soddisfacimento di interessi costituzionalmente protetti. La ricerca è volta *in primis* a individuare i casi in cui i primi potessero assumere rilevanza rispetto alla configurazione dei regimi dei secondi. L'obiettivo è stato poi quello di comprendere se sia possibile ricostruire, nella cornice del diritto positivo, e nell'intersezione fra diritto privato e diritto costituzionale, un regime dei beni che tenga conto dei titolari di interessi costituzionalmente protetti attribuendogli prerogative e possibilità di agire in giudizio per la loro tutela.

CAPITOLO I

IL DIBATTITO ITALIANO SUI ‘BENI COMUNI’

(...) è a questo punto che ho avvertito il fastidio per il discorsetto teorico (...) che avrei dovuto farvi, una nausea provocata dall’inutilità delle chiacchiere, quando i fatti smentiscono, giorno dopo giorno, chi ha solo parole per combattere.

L. Bigliuzzi Geri, *Traccia per un discorso sull’ambiente*, 1998

1. Premessa – 2. Le riflessioni dottrinali – 2.1 L’eterogeneità delle ricostruzioni – 2.2. La connessione fra beni, diritti fondamentali, norme costituzionali – 2.3. (Segue). I rilievi critici sul rapporto fra beni e diritti fondamentali – 2.4. Beni privati, il rapporto con il mercato e la possibilità di altre forme di gestione delle risorse – 2.5. (Segue) Discrezionalità dell’ente pubblico, sussidiarietà e beni comuni – 2.6. (Segue). Il ruolo della collettività e il diritto di accesso – 2.7. La nozione di “bene” in questione – **3. I dati normativi e la giurisprudenza** – 3.1. La proposta della cd. ‘Commissione Rodotà’ – 3.2. L’elaborazione giurisprudenziale. Le sentenze gemelle della Corte di Cassazione – 3.3. (Segue). Alcuni rilievi critici – 3.4. I regolamenti comunali in materia di beni comuni urbani – 3.5. Una nozione? Prime riflessioni – **4. Dati normativi, giurisprudenza, dottrina. Una prima sintesi**

1. PREMESSA

In Italia da qualche anno la nozione di ‘beni comuni’ si è affacciata nel dibattito giuridico, e segnatamente privatistico. A partire dalla proposta di novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile della cd. ‘Commissione Rodotà’⁵⁸, che prevede l’introduzione della categoria dei ‘beni comuni’, si è aperta un’ampia discussione dottrinale. La proposta di riforma così come il dibattito teorico hanno influenzato la Corte di Cassazione, che nel 2011⁵⁹ ha utilizzato il lemma ‘beni comuni’ in tre pronunce gemelle, attribuendogli un significato simile a quello previsto nel testo di riforma redatto dalla Commissione Rodotà. Il dibattito è continuato, ed è di alcuni studiosi di diritto amministrativo l’iniziativa che ha portato all’adozione, da parte di

⁵⁸ Sulla proposta di riforma si veda il § 3.1.

⁵⁹ Su cui si veda il § 3.2.

molti comuni italiani, di alcuni regolamenti comunali che disciplinano in senso partecipativo la fruizione e la gestione di alcuni beni pubblici, definendoli come ‘beni comuni’. Anche soltanto da una mera elencazione delle sedi in cui il lemma ‘beni comuni’ è usato ci si può rendere conto della difficoltà che si incontra nel tracciare i confini di tale nozione⁶⁰, tanto che sorge il dubbio che non debba esistere una ‘categoria’ di beni definiti come comuni⁶¹, e che si tratti di una ‘metacategoria’. È dunque opportuno prendere in esame le diverse visioni, per costruire una cartografia delle accezioni che il termine ‘comuni’ assume all’interno del discorso giuridico.

2. LE RIFLESSIONI DOTTRINALI

2.1. L’eterogeneità delle ricostruzioni

La riflessione sui beni comuni, come già si è detto, ha compreso nel dibattito – anche quello segnatamente giuridico – questioni da sempre aperte e molto diverse fra loro, come quella della democrazia e dell’efficienza dei regimi dei beni; le stesse ragioni dell’emersione della nozione hanno all’origine “il problema (...) delle forme giuridiche di appartenenza pubbliche e private in chiave di sostenibilità economica e sociale, tanto di breve quanto di lungo periodo”⁶². Una questione centrale è quella, come spesso accade in una parte delle riflessioni teoriche in materia di proprietà, della distribuzione delle risorse e degli effetti sociali dei regimi di attribuzione, e dunque dei poteri di gestione, godimento e disposizione sui beni. In questo senso la riflessione si salda con quella sulla “uguaglianza reale delle possibilità su questo pianeta”⁶³. Inoltre le ricerche, e in particolar modo quelle che connettono la nozione di beni comuni all’esercizio dei diritti fondamentali, paiono mettere in luce l’esigenza di ripensare i regimi dei beni considerando gli effetti e le conseguenze che un determinato regime porta con sé rispetto alla posizione dei terzi non proprietari.

⁶⁰ Si veda sul punto, fra gli altri, S. Nespor, *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in “Rivista giuridica dell’ambiente”, n. 6, 2013, pp. 665 ss.

⁶¹ Si vedano sul punto le riflessioni di M. R. Marella, in *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, in Ead, (a cura di) *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012.

⁶² U. Mattei, *Introduzione* in *Id.*, E. Reviglio, S. Rodotà, *I beni pubblici dal governo democratico dell’economia* cit., p. 35.

⁶³ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. XV.

Il punto critico è che intersecando così tanti – e diversi – temi, la chiarezza concettuale rischia di perdersi, con il risultato di una polisemia del termine e della nozione, e con la conseguenza, almeno in parte della riflessione scientifica, per cui la formula “«beni comuni» ha finito per assumere un significato vago e impreciso, tendenzialmente inidoneo ad individuare con esattezza l’oggetto della discussione”⁶⁴.

Un nodo centrale è quello della definizione del sostantivo cui affiancare l’aggettivo ‘comune’. Nel dibattito infatti il novero dei beni – ma anche di servizi e di rapporti, come il lavoro – che sono stati a vario titolo definiti come ‘beni comuni’ sono molti, così come sono diverse le prospettive adottate. È allora utile tentare di individuare gli assi concettuali attorno a cui si è strutturata la discussione.

2.2. La connessione fra beni, diritti fondamentali, norme costituzionali

Alcune riflessioni in materia di beni comuni allargano il contesto interpretativo in cui collocare i regimi dei beni, considerando da una parte il ruolo dei diritti fondamentali, e dall’altra la funzione sociale della proprietà, di cui all’art. 42 cost.; si afferma in questo senso la necessità di una ridefinizione del “rapporto tra il mondo delle persone e il mondo dei beni”⁶⁵.

Parte della dottrina connette quindi il regime dei beni ai diritti fondamentali, affermando che “l’individuazione sempre più netta di una serie di situazioni come (...) diritti inerenti alla costituzionalizzazione della persona, implica la messa a punto di una strumentazione istituzionale in grado di identificare i beni direttamente necessari per la loro soddisfazione”⁶⁶. Tali considerazioni si inseriscono nel solco delle riflessioni secondo le quali i diritti fondamentali operano, rispetto al ‘pubblico’ e al ‘privato’ in una funzione limitatrice di entrambi, quando si sia di fronte ad una

⁶⁴ L. Nivarra, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, cit., p. 57. Nello stesso senso F. Viola, *Beni comuni e bene comune*, in “Diritto e società”, n. 3, 2016, p. 383.

⁶⁵ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale contro lo Human divide*, in M. R. Marella (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato*, cit., p. 315.

⁶⁶ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale*, cit.; in diversi scritti anche U. Mattei aderisce all’impostazione della Commissione Rodotà, che sarà analizzata per esteso nel § 3.1 e che definisce i beni comuni in ragione dei diritti fondamentali. Si veda sul punto: U. Mattei, *I beni pubblici: un dialogo fra diritto e politica*, in G. Alpa, V. Roppo, (a cura di) *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013; U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit.

violazione dei diritti fondamentali⁶⁷. Due gli aspetti centrali della riflessione: il primo attiene alle caratteristiche dei beni, e il secondo alla dimensione dei diritti fondamentali.

Con riguardo al primo aspetto, occorre osservare che le analisi non si fondano su una concezione ontologica dei beni, che guarda alle funzioni che questi possono per natura esprimere; il punto di vista è affatto diverso e considera i beni come portati “della cultura e della storia, non di una visione per molti versi metafisica”⁶⁸; la loro considerazione in concreto porta con sé il riferimento alle caratteristiche⁶⁹ che questi assumono in un dato contesto⁷⁰ sociale e dunque alle utilità che essi possono esprimere.

Tale approccio è strettamente connesso al ruolo svolto dai diritti fondamentali in quello che parte della dottrina definisce ‘costituzionalismo dei bisogni’. Si afferma così la necessità di andare “oltre” la “contemplazione dell’orizzonte dei diritti fondamentali, lontano e talvolta irraggiungibile”⁷¹, per considerarli in relazione alla persona, come “insieme degli strumenti che dovrebbero garantire al cittadino le massime possibilità di sviluppo autonomo”⁷², e che, fondativi dello statuto stesso della persona, appaiono però fragili⁷³, perché bisognosi di una concretizzazione, di un’attuazione. Tali diritti non sono considerati unicamente sul piano del loro riconoscimento formale, ma anche in ragione di un “processo istituzionale e

⁶⁷ In questo senso si veda L. D’Andrea, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in “Rivista AIC”, n. 3, 2015, p. 10.

⁶⁸ S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 482.

⁶⁹ Si dedicheranno in parte i § 2.2 e 2.3 del capitolo II al rapporto fra ‘natura’ dei beni e bene in senso giuridico.

⁷⁰ Scrive l’Autore che “sono dunque le caratteristiche di ciascun bene, non una sua «natura», a dover essere prese in considerazione, dunque la sua attitudine a soddisfare bisogni collettivi e a rendere possibile l’attuazione di diritti fondamentali”, in S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale*, cit., p. 321. Si legge in un altro saggio che “legando il bene comune a una loro essenza o natura, nelle apparenze si dà a esso una più sicura fondazione, ma nella sostanza si introduce un vincolo che può rendere ardua la qualificazione come bene comune di ciò che è il frutto della cultura e della storia, non di una visione per molti versi metafisica” in S. Rodotà, *Il terribile diritto*. cit., 2013 p. 482.

⁷¹ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 121.

⁷² S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 90.

⁷³ In relazione alla difficoltà dell’affermazione dei diritti fondamentali, Rodotà ricorda come questi siano spesso violati o limitati in ragione di difficoltà economiche o finanziarie. Scrive però l’A. che “la violazione drammatica e sistematica di diritti fondamentali non rivela la vanità del riconoscimento di questi diritti, ma la loro radicale necessità”, in S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 92.

sociale”⁷⁴, che si compie tramite l’istituzione di un legame fra diritti e beni che possono permettere l’esercizio dei primi, in un percorso che parte della dottrina iscrive appieno nel “costituzionalismo contemporaneo”⁷⁵. In quest’ottica è “la qualità dei diritti da garantire che porta alla qualificazione di un bene come «comune»”⁷⁶. E dunque saremmo così di fronte “alla produzione di beni comuni attraverso i diritti fondamentali”⁷⁷.

2.2.1. Beni comuni e beni privati

Rispetto al modo in cui i diritti fondamentali possono incidere sul regime dei beni privati, si è affermato che occorre riconoscere la possibilità che “al medesimo bene facciano capo soggetti e interessi diversi”⁷⁸, anche non proprietari. Scrive in tal senso Rodotà che “non basta, in sostanza, riferirsi alla qualificazione formale del soggetto al quale viene attribuita la titolarità del bene”⁷⁹, e che occorre spezzare “il nesso di esclusività soggetto-interesse-bene”⁸⁰, per permettere alcuni usi dei beni, quelli per l’appunto legati all’esercizio dei diritti fondamentali, anche a soggetti che non ne siano proprietari.

In una prospettiva simile parte della dottrina rinviene nei diritti fondamentali lo strumento che può svolgere rispetto al regime dei beni immateriali, un ruolo “di neutralizzazione dei conflitti provocati dalla continua espansione dei regimi d’esclusiva, a beni e servizi rilevanti per lo sviluppo umano”⁸¹; il riferimento a tali diritti, il cui esercizio potrebbe essere compreso – se non compromesso –

⁷⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁷⁵ L. D’Andrea, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale*, cit., p. 6.

⁷⁶ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 98.

⁷⁷ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale*, cit. p. 330.

⁷⁸ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale*, cit. p. 314.

⁷⁹ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale*, cit. p. 322.

⁸⁰ S. Rodotà, *Il terribile diritto.*, cit., p. 45.

⁸¹ G. Resta, *La privatizzazione della conoscenza*, cit., p. 309. La relazione fra diritti fondamentali e proprietà intellettuale, a prescindere dai riferimenti ai ‘beni comuni’, è stata a più riprese studiata dalla dottrina; si vedano, per un primo inquadramento: P. L. C. Torremans, *Intellectual property law and human rights*, Belgio, 2015; C. Geiger “*Constitutionalizing Intellectual Property Law?*, *The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in Europe*, in “IIC”, 2006; B. P. Hugenholtz, *Copyright and Freedom of expression in Europe*, in R. Cooper Dreyfuss, H. First e D. Leenheer Zimmerman (a cura di), *Innovation Policy in an Information Age*, Oxford, 2000; L. Shaver, *The Right to Science and Culture*, in “Wisconsin law review”, n. 1, 2010.

dall'affermazione di un diritto di appropriazione esclusiva, può operare come limite rispetto all'espansione di quest'ultimo⁸². Leggere la proprietà intellettuale in relazione ai diritti fondamentali può servire quindi per comprendere “il legame intercorrente tra la possibilità di accedere liberamente ed in condizioni di eguaglianza a determinati beni primari (...) e lo sviluppo della personalità umana”⁸³; la considerazione dei diritti fondamentali in chiave di limite ai diritti di esclusiva soddisfa “l'esigenza di consolidare il quadro delle garanzie volte a preservare un'ampia riserva di beni comuni della conoscenza contro la forza erosiva della logica dominicale”⁸⁴. E infatti proprio il rapporto fra appropriazione in via esclusiva e diritti fondamentali è stato oggetto di giudizio da parte delle giurisprudenze costituzionali, con il risultato, in molteplici casi⁸⁵, di demarcare i “confini tra «sfere di proprietà» e «sfere di libertà», in relazione a nuovi beni a contenuto informativo”⁸⁶.

Da un punto di vista tecnico, la connessione fra regime dei beni e diritti fondamentali pone la questione del *modus* di applicazione dei secondi rispetto ai primi. Si indagherà in parte tale prospettiva nel capitolo III.

2.2.1. Beni pubblici, diritti fondamentali, beni comuni

Con riguardo al rapporto fra diritti fondamentali e beni pubblici si scrive che “un fondamento giuridico diffuso”, ai fini della costruzione di una nozione giuridica di ‘beni comuni’, “è possibile rilevarlo (...) dall'insieme dei principi fondativi presenti nella prima parte della Costituzione” e, più nello specifico, in quelle norme “che orientano beni e servizi, nel rispetto dei principi di solidarietà e giustizia sociale alla tutela dei diritti fondamentali e della dignità umana”⁸⁷. In tal senso si pone chi, nel

⁸² Scrive a tal proposito G. Resta, che i diritti fondamentali funzionano come “apertura delle sfere di esclusiva” in *Id.*, *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Id.* (a cura di) *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, pp. 69.

⁸³ G. Resta, *Beni comuni e mercato*, cit., p. 5.

⁸⁴ G. Resta, *Nuovi beni immateriali*, cit., pp. 71-72.

⁸⁵ Per un puntuale riferimento alla giurisprudenza, soprattutto di altri ordinamenti, si rimanda a G. Resta, *Nuovi beni immateriali* cit., pp. 67-68.

⁸⁶ Per un puntuale riferimento alla giurisprudenza sul punto si veda G. Resta, *Nuovi beni immateriali* cit., p. 68.

⁸⁷ A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2014, p. 3.

solco della proposta della Commissione Rodotà⁸⁸, afferma la centralità del profilo funzionale, delle “modalità di godimento dei diritti che si rapportano ai beni”⁸⁹. Tale impostazione conduce a criticare l’eccessiva rilevanza del profilo soggettivo nella costruzione dei beni pubblici, e in particolare demaniali⁹⁰, e dunque l’eccessiva discrezionalità dell’ente pubblico proprietario, che determina “nel come e nel *quantum* (...) la funzione sociale dei beni, con l’esclusione delle comunità dall’identificazione della funzione degli stessi, dalla gestione”⁹¹. In tale prospettiva i beni comuni sono fondati “sull’attuale funzione sociale dei beni (proposta da istanze partecipative)”⁹². Secondo tale approccio la funzione sociale si coglie non soltanto in ragione della necessità del coordinamento fra uso dei beni e soddisfacimento dei diritti fondamentali, ma anche in virtù di istanze che provengano dai movimenti politici⁹³. Si scrive in tal senso che “si arriva all’identificazione del bene comune «dal basso» ovvero attraverso le pratiche ed i conflitti sociali”⁹⁴ mentre in altre occasioni si fa riferimento ad un “contenuto minimo del diritto naturale”, che “si ispira (...) all’idea di sopravvivenza e convivenza”⁹⁵.

Al di là dei richiami, poco approfonditi, a un diritto naturale, due paiono i profili significativi, da una parte il riferimento alla rilevanza delle istanze che provengono ‘dal basso’, dall’altra la possibilità che attraverso il legame fra diritti fondamentali e beni⁹⁶ si giunga a limitare la discrezionalità dei poteri del soggetto pubblico nelle

⁸⁸ Su cui si veda il § 3.1 di questo capitolo.

⁸⁹ A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 4.

⁹⁰ Scrive L’Autore critica la nozione di demanio per avere come scopo “soddisfare obiettivi propri di un’Amministrazione intesa in una dimensione soggettivistica autonoma e solitaria”, *Ibidem*, p. 5. Si veda sul punto anche L. Rampa, Q. Camerlengo, *I beni comuni tra diritto ed economia*, cit., pp. 262 ss.

⁹¹ *Ibidem*, p. 7. Svolge considerazioni simili, ma attraverso un diverso percorso argomentativo F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, cit., p. 38.

⁹² *Ibidem*, p. 5.

⁹³ Scrive in tal senso Lucarelli che “si arriva all’identificazione dei beni comuni dal basso, ovvero attraverso le pratiche, i conflitti sociali e soprattutto attraverso la percezione diffusa che quel bene debba soddisfare esigenze collettive. Si è in presenza di un bene orientato al raggiungimento della coesione economico-sociale e territoriale e al soddisfacimento di diritti fondamentali”, A. Lucarelli, *Costituzione e beni comuni*, cit., p. 22. Sul punto si veda anche *Id.*, *La democrazia dei beni comuni*, 2013, Roma-Bari, p. 59 ss.

⁹⁴ A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 17.

⁹⁵ *Ibidem*, p.23.

⁹⁶ Scrive in tal senso l’A. che “quello che è assente nella struttura fondativa del demanio, e quindi anche nelle elaborazioni teoriche, è proprio il legame tra beni demaniali e diritti fondamentali. La funzione sociale legata al demanio è rimasta collegata al potere discrezionale del *dominus* piuttosto che nella

scelte che attengono alla gestione dei beni⁹⁷, affermando la necessità di favorire “al contrario processi partecipativi di accessibilità e fruibilità”⁹⁸.

2.2.2. (Segue) Le dimensioni dei diritti fondamentali e il ruolo della giurisprudenza

La dottrina che afferma la possibilità della configurazione, all'interno del diritto positivo, della nozione di beni comuni attraverso un legame fra questi e i diritti fondamentali attribuisce un ruolo centrale alla giurisprudenza. L'interrogativo è dunque quello, non certo nuovo, del ruolo dei diritti fondamentali nel quadro contemporaneo delle fonti, in cui al testo costituzionale si affiancano altri testi normativi, come la Carta di Nizza o la Convenzione Europea dei Diritti Umani. Secondo una certa corrente dottrinale “la trasformazione è radicale. Non muta solo la dimensione esterna, il catalogo dei diritti riconosciuti, ma lo stesso modo in cui essi sono percepiti, sentiti, praticati”⁹⁹, in quanto questi seguono la persona ‘costituzionalizzata’, che è “accompagnata da un nucleo inscalfibile di diritti” e che “definisce una dimensione costituzionale globale”¹⁰⁰. Scrive a tal proposito Stefano Rodotà che è necessaria “una riconsiderazione del modo in cui i diritti fondamentali si iscrivono in un contesto così profondamente mutato”¹⁰¹; questi non devono essere letti attraverso la categoria della sovranità nazionale¹⁰², ma studiati attraverso le molteplici forme – e fonti – che concorrono alla loro affermazione¹⁰³. In questo senso

relazione con i diritti fondamentali da soddisfare. Legame che invece si cerca di costruire proprio nella elaborazione della categoria giuridica dei beni comuni”, in A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 7.

⁹⁷ In questa prospettiva si veda anche D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione* in “Rassegna di diritto pubblico europeo”, n. 2, 2014.

⁹⁸ A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 6. Con argomentazioni parzialmente diverse, si veda anche S. Marotta, *La via italiana ai beni comuni*, in “Aedon. Rivista di arti e diritto *on line*”, n. 1, 2013.

⁹⁹ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 71.

¹⁰⁰ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 73.

¹⁰¹ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 25.

¹⁰² Afferma l'Autore che: “la cittadinanza si incardina su diritti che appartengono a ognuno in quanto persona e così si allontana dalla sovranità nazionale, alla quale era legata in un modo che a taluno sembra ancora indissolubile” in S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 70.

¹⁰³ Sul punto la letteratura è sterminata. Si veda, per una prospettiva inusuale G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, 2012.

si rilegge il rapporto fra potere legislativo e giurisdizionale; nel processo di ‘concretizzazione’ dei diritti fondamentali, così come nell’individuazione del regime dei singoli beni, un ruolo centrale è svolto dalla giurisprudenza.

Alle Corti dunque, e non solo nazionali, viene affidato il compito di garantire la protezione dei diritti fondamentali, di concretizzarli anche attraverso l’influenza che questi possono svolgere rispetto al regime dei beni. La rilevanza della tutela dei diritti fondamentali a livello giurisdizionale si spiega anche considerando “l’effetto di un imprescindibile passaggio storico e istituzionale dalla mera garanzia legislativa dei diritti alla dimensione dei diritti fondamentali”¹⁰⁴. D’altra parte non si trascura di ricordare il nodo critico del rapporto fra potere legislativo e potere giurisdizionale, chiedendosi “fino a che punto (...) il congiungersi dell’accresciuto peso della giurisdizione e della «insaziabilità» dei diritti fondamentali è compatibile con le strutture della democrazia (...), con lo stesso ruolo della politica”¹⁰⁵. La risposta non è piana né netta, ma si gioca sul crinale dell’equilibrio fra poteri, legislativo e giurisdizionale, dove il secondo travalica i confini nazionali, e dunque necessariamente quelli della sovranità statale. I diritti fondamentali, come interpretati e resi ‘giustiziabili’ dalle Corti costituiscono uno dei possibili limiti rispetto alla decisione politica¹⁰⁶. D’altro canto il ricorso alle Corti è considerato espressione dell’attivarsi della società civile, e di gruppi politici informali per il rispetto dei diritti. Nel rinnovato rapporto fra legislatore e Corti il potere politico che si identifica nel legislatore ha visto restringersi il suo campo d’azione¹⁰⁷, ma rimane fermo che è proprio in sede legislativa che devono essere posti quei principi che poi i giudici fanno operare, di fronte a casi concreti davanti ai quali devono, di necessità, costruire una risposta, anche in assenza di una precisa indicazione legislativa¹⁰⁸. Secondo tale

¹⁰⁴ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 56.

¹⁰⁵ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 57.

¹⁰⁶ Scrive Rodotà che “soccorre la più modesta, e realistica, constatazione del fatto che i diritti fondamentali si presentano come l’unico strumento giuridico impugnabile nei confronti di poteri che davvero non incarnano alcuna logica democratica”, *Id.*, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 58. Afferma ancora l’A. che “quando i giudici contribuiscono ad assicurare l’effettività di questi diritti [fondamentali] (...) siamo di fronte (...) al mantenimento delle condizioni di base della democrazia” S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 63.

¹⁰⁷ Scrive l’A. che “Certo, lo spazio proprio della politica si è ridotto, con una evidenza particolare quando esso viene identificato con lo spazio della legislazione” *Id.*, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 59.

¹⁰⁸ Scrive S. Rodotà che “vi sono processi che proprio la presenza del giudice consente di

ricostruzione i diritti fondamentali trovano dunque concretezza e attuazione – e al tempo stesso esibiscono la loro fragilità – in ragione di un complesso operare delle Corti nazionali e sovranazionali, di atti legislativi, di protocolli, che “via via trasferiscono nella dimensione sovranazionale poteri e responsabilità legati appunto alla tutela dei diritti”¹⁰⁹. I diritti fondamentali si producono e divengono effettivi dunque non solo attraverso la loro previsione formale, ma anche e soprattutto attraverso la loro applicazione giurisprudenziale¹¹⁰, connessa anche alle azioni della società civile – e dunque dei cittadini – che si attivano per il loro riconoscimento¹¹¹. Svolte queste considerazioni appare più chiaro il legame che parte della dottrina istituisce fra diritti fondamentali e beni. La conformazione – per usare un termine caro alle riflessioni della dottrina italiana in materia di proprietà – del regime dei beni che dovrebbe risultare dall’applicazione dei diritti fondamentali è in gran parte affidata ai giudici che hanno il ruolo di dirimere le controversie, e nel farlo di garantire l’accesso a quei beni considerati in concreto funzionali al soddisfacimento dei diritti.

2.2.3. Il possibile ruolo della funzione sociale della proprietà

Parte della dottrina, come si è già accennato, si interroga sulla rilevanza che nella costruzione giuridica dei beni comuni può assumere la funzione sociale della proprietà di cui all’art. 42 Cost.; vi è chi afferma l’esistenza di una “nuova primavera della funzione sociale”, determinata da “uno strano legame fra cultura giuridica e movimenti”¹¹² e sostiene che la funzione sociale sia l’ ”aggancio costituzionale più

mantenere «all’ombra della legge», evitando così che piombino nell’area governata soltanto dalla forza”, in *Id.*, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 62.

¹⁰⁹ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 75.

¹¹⁰ Scrive Rodotà che “al di là della discussione sempre aperta sui rapporti fra legislazione e giurisdizione, infatti, è indubbio che proprio le corti si presentano come attori particolarmente significativi per la costruzione di un nuovo ordine giuridico, in un contesto per molti versi connotato dall’abbandono obbligato della sovranità nazionale e dall’occupazione dello spazio globale da parte dei nuovi sovrani, incarnati dal sistema transnazionale delle imprese”; in *Id.*, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 96.

¹¹¹ Scrive Rodotà che “quando si analizza il senso dei diritti in un determinato contesto storico, non si può guardare a essi solo come a un prodotto legislativo, considerato staticamente qui e ora, di cui bisogna misurare il grado di attuazione. Un’età dei diritti porta sempre con sé anche capacità di mobilitazione, di individuazione e selezione dei soggetti che in essi si riconoscono, e confidano”, in *Id.*, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 93.

¹¹² *Ibidem*, p. 543.

importante per i beni comuni”¹¹³, evidenziando due aspetti. In primo luogo la funzione sociale è interpretata come strumento attraverso cui legittimare usi del bene da parte di soggetti non proprietari; inoltre si sostiene che una sua rilettura potrebbe permettere la previsione di garanzie rispetto alla privatizzazione dei beni pubblici, “privi delle stesse garanzie formali (riserva di legge, pubblica utilità e indennizzo) della proprietà privata”¹¹⁴.

Secondo parte della dottrina dunque la funzione sociale della proprietà, “nell’eterna lotta fra possidenti e spossessati va posta in opera, (...) a un tempo come limite interno per i primi e come ascrizione di potere legittimo ai secondi (...) limitato dalla funzione generativa della stessa”¹¹⁵. In tali riflessioni si coglie un punto di ambiguità, ma anche la potenzialità dell’elaborazione della nozione di beni comuni; infatti, se da una parte si auspica un ripensamento radicale delle categorie giuridiche esistenti, d’altra parte, con un approccio finalistico, si afferma l’opportunità della ricerca di nuove interpretazioni e nuove possibili applicazioni di norme giuridiche già esistenti¹¹⁶.

2.3. (Segue). I rilievi critici sul rapporto fra beni e diritti fondamentali

La riflessione che connette beni e diritti fondamentali è incorsa in non poche critiche in dottrina, sotto molteplici punti di vista. Una prima critica attiene all’opportunità e

¹¹³ *Ibidem*, p. 544.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 547. Si veda anche L. Nivarra, *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 2013, p. 525 ss. Sul rapporto fra beni pubblici e costituzione si veda anche D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano*, cit.

¹¹⁵ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 550.

¹¹⁶ Esplicita tale posizione L. Nivarra, secondo il quale si può adoperare la funzione sociale secondo un “uso tattico”, ma “è del tutto evidente che non è a questo livello che si dà una risposta istituzionale alla domanda di nuove istituzioni che emerge dalle pratiche di lotta sviluppatesi in questi anni (...)” dalle quali potrebbe nascere “un’architettura istituzionale del «comune»”, *Id.*, in *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, cit., p. 530. In continuità con l’analisi di Nivarra, ma con argomentazioni almeno parzialmente diverse si veda M. R. Marella, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell’oggi*, in G. Alpa, V. Roppo (a cura di) *La vocazione civile del giurista*, cit., pp. 105 ss. È parzialmente diversa la prospettiva di chi guarda alla funzione sociale come norma di copertura costituzionale rispetto a possibili interventi legislativi. Si veda sul punto: F. Zanovello, “Diritto” di occupare e facoltà di escludere. Il rinnovato dibattito sulla “funzione sociale” della proprietà tra movimenti sociali e diritto europeo, in “La nuova giurisprudenza civile commentata”, n. 4, 2016, pp. 621 ss. Si tratterà di un possibile ruolo della funzione sociale della proprietà rispetto alla costruzione del regime dei beni anche in ragione del loro rapporto con i diritti fondamentali nel capitolo III.

alla legittimità dell'applicazione dei diritti fondamentali al regime dei beni, nonché all'indeterminatezza che tale applicazione porterebbe con sé sul piano della disciplina. Un altro ordine di considerazioni critiche sono svolte in relazione alla non necessità di una nozione di 'beni comuni', stante la possibilità di una – parziale – rivisitazione dei beni pubblici. Parte della dottrina individua poi come profilo problematico il possibile occultamento della dimensione collettiva dei beni comuni in ragione del carattere individuale dei diritti fondamentali.

2.3.1. Una critica netta

Rispetto alla connessione diretta fra diritti fondamentali e beni comuni, forti perplessità sono mosse da quella dottrina che individua una “non risolta tensione tra l'essere comune di tali beni e la rivendicazione individualistica che soggiace alla teorica dei diritti fondamentali”¹¹⁷. Nel solco di queste riflessioni si afferma che non è possibile, a partire dalla connessione fra diritti fondamentali e beni comuni, “vedere quale possa essere la parafrasi sul terreno delle regole”¹¹⁸. In tale prospettiva sarebbe necessaria la previsione, sul piano della legge ordinaria, di una disciplina dei beni funzionali al soddisfacimento dei diritti fondamentali che, attuando il testo costituzionale, preveda un regime che di questo sia espressione. Tale critica, se è coerente rispetto alla riflessione più generale che questa dottrina svolge rispetto all'applicazione diretta del testo costituzionale¹¹⁹ e che muove dal presupposto per cui la norma costituzionale, essendo “norma regolativa di poteri, e non conformativa di atti e rapporti”¹²⁰ non può essere applicata in via diretta, potrebbe essere superata se vi fosse un testo normativo, come poteva essere lo schema di disegno di legge delega elaborato dalla Commissione Rodotà, in cui si connettono esplicitamente i beni all'esercizio dei diritti fondamentali; sembra infatti ammettersi la possibilità di un'applicazione della Costituzione che passi attraverso la mediazione di una legge ordinaria¹²¹. Discostandosi invece da tale impostazione e in assenza – ad oggi – di una

¹¹⁷ C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 185.

¹¹⁸ C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 189.

¹¹⁹ Castronovo svolge tale riflessione nel cap. I intitolato “La Costituzione” del libro *Eclissi del diritto Civile*, cit., pp. 15-84.

¹²⁰ C. Castronovo, *Eclissi del diritto Civile*, cit., p. 38.

¹²¹ Sul punto C. Castronovo, *Eclissi del diritto Civile*, cit., p. 42 ss.

norma positiva che operi tale connessione, si potrebbe dire che qualora il regime di alcuni beni impedisse l'esercizio dei diritti fondamentali, allora tale disciplina andrebbe interpretata in senso costituzionalmente orientato, in ragione della necessità del rispetto del testo costituzionale e della sua attuazione attraverso la garanzia dei diritti fondamentali. L'affermata funzionalità dei beni all'esercizio dei diritti fondamentali potrebbe acquisire dunque un senso *in primis* interpretativo, incidendo per questa via sul regime del bene¹²².

2.3.2. L'indeterminatezza

Proprio rispetto al ruolo svolto dalla giurisprudenza, vi è chi dubita della possibilità che attraverso una interpretazione del diritto dei beni alla luce dei diritti fondamentali sia possibile una determinazione della nozione di beni comuni, in quanto “la determinazione dei confini rimarrebbe incerta, posto che i diritti fondamentali, come è ormai pacificamente riconosciuto, sono suscettibili di implementazione in funzione di fattori storici e ambientali e lo «sviluppo della persona» è criterio estremamente indeterminato e certamente non riconducibile ad indici oggettivabili”¹²³.

Occorre comunque sottolineare che di fronte alla scarsità, per lo meno nazionale, di casi in materia di beni comuni, per determinare il tipo di protezione che i diritti fondamentali garantiscono si può fare utilmente riferimento alla giurisprudenza, in particolar modo costituzionale e di legittimità, nonché all'elaborazione dottrinale relativa ai singoli diritti fondamentali. Sul piano della costruzione dei regimi dei beni i rilievi posti colgono almeno in parte nel segno. Il grado di indeterminatezza che si denuncia può però essere inteso come indice della necessità di uno studio più approfondito della materia, e non di un suo abbandono; tali notazioni mettono infatti in luce l'opportunità di uno studio approfondito che indaghi la possibile incidenza dei diritti fondamentali rispetto al regime dei beni.

2.3.3. La non necessità di una nozione di ‘beni comuni’

Un'ulteriore critica è posta da quella dottrina secondo cui l'impostazione che lega diritti fondamentali e beni, seppur in parte condivisibile, mette in luce come non sia

¹²² Per lo svolgimento di tale prospettiva si veda il capitolo III.

¹²³ N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 131.

necessaria la categoria dei beni comuni, che potrebbero essere considerati beni pubblici, rispetto ai quali il vincolo dell'effettivo esercizio dei diritti fondamentali può essere considerato “una delle possibili vie o strategie mediante le quali il «pubblico» – sotto forma dei diritti fondamentali presi sul serio – cerca di mettere briglie più efficaci alla privatizzazione del mondo”¹²⁴. Tale critica, se si può comprendere di fronte a teorie che connettono i beni comuni alla sussidiarietà orizzontale¹²⁵, non pare fondata rispetto alle riflessioni che connettono beni comuni e diritti fondamentali, che non solo non attribuiscono al pubblico il ruolo di garante, né affermano una discrezionalità pubblica particolarmente ampia circa la disciplina dei beni ‘comuni’, ma che anzi arrivano a disconnettere i diritti fondamentali dalla sovranità – e dunque dal pubblico per antonomasia – affermando che “i diritti si sono in qualche modo separati dalla vicenda storica della modernità, l’hanno attraversata trovando una legittimazione senza precedenti, manifestano una loro piena autonomia, quasi una imbarazzante autofondazione”¹²⁶. La connessione fra beni comuni e diritti fondamentali è infatti orientata non soltanto a evitare la privatizzazione di beni pubblici ma anche a limitare, con riguardo alla gestione del bene, la discrezionalità dell’ente pubblico, discrezionalità che è – anche – frutto della costruzione delle categorie di ‘interesse pubblico’ e ‘interesse generale’ molto ampia¹²⁷.

2.3.4. L’occultamento della dimensione collettiva

Alcuni rilievi critici di diverso tenore sono svolti da chi, a partire dalla considerazione per cui i diritti fondamentali – e dunque le tecniche di protezione ad essi connessi – sono connotati in senso individualistico¹²⁸, pone in luce come “la tecnica dei diritti

¹²⁴ E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Roma-Bari, 2013, p. 69. Per una critica a tale impostazione si veda G. Resta, *Beni comuni e mercato*, cit., p. 1.

¹²⁵ Su cui *infra*, § 1.2.1.3.

¹²⁶ S. Rodotà, *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 43.

¹²⁷ Per uno sviluppo di tale impostazione si veda D. Mone, *La categoria dei beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., pp. 63 ss.

¹²⁸ Sul punto M. R. Marella individua come “essenzialmente individualista” “il paradigma (...) attraverso cui i diritti (...) vengono declinati”, in *Ead.*, *Il principio costituzionale della funzione sociale*, cit., p. 108; si veda anche, fra gli altri, K. Bakker, *The “Commons” Versus the “Commodity”*: *Alter-globalization, Anti-privatization and the Human Right to Water in the Global South*, in “Antipode”, n. 39, 2007.

fondamentali (...) occulta o trascura la dimensione collettiva che dovrebbe invece connotare la gestione del bene comune”; da tale notazione critica ne discende un’altra, che attiene alla possibilità che la centralità della posizione del singolo ostacoli l’emersione dei “conflitti sociali e politici che intorno ai beni comuni si agitano”¹²⁹. Nel solco di tali considerazioni però si afferma poi che è possibile, anche sulla scia della concretizzazione dei diritti auspicata da Rodotà, pensarne una dimensione sociale, arrivando ad affermare che “possiamo oggi in concreto pensare alla sanità come a un bene comune, il che comporta la sua gestione partecipata con un *focus* (quanto meno) sull’individuazione degli obiettivi e sulla verifica dell’efficacia dei risultati ottenuti”¹³⁰. Non si comprende però, in quest’opzione interpretativa, il confine fra diritti e beni, confine che nella discussione sul tema dei beni comuni è spesso volte travalicato, e di cui si tratterà, guardando ai possibili confini della nozione di ‘bene’ nel capitolo II. Tornando ai rilievi critici rispetto alla possibilità che i diritti fondamentali impediscano la formazione di una dimensione collettiva¹³¹, si potrebbe invece, sulla scia del pensiero di Rodotà, immaginare l’affermazione dei diritti della persona come passaggio necessario di emancipazione, che le permette di collocarsi in una dimensione collettiva senza veder ridotta la sua sfera di libertà e le possibilità di un libero sviluppo. Occorre infatti considerare che ammettere un accesso al bene slegato dal titolo di proprietà su di esso e connesso all’esercizio dei diritti fondamentali porta con sé la necessità di regolare i rapporti fra i diversi soggetti titolari, e dunque all’emersione del tema della collettività, quantomeno in relazione al coordinamento delle posizioni dei singoli¹³².

¹²⁹ M. R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., p. 26. Sulla matrice individuale (e individualista) dei diritti umani si veda anche D. Bonetto, *Beni comuni, interessi comuni, rimedi individuali* in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni Comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano-Udine, 2016, pp. 111 ss. Scrive l’A. che “il mondo giuridico contemporaneo è l’eredità delle concettualizzazioni giuridiche dell’epoca moderna che «portano tutte il marchio dell’individualismo»: a partire dai ‘diritti naturali’ dell’individuo, che Villey definisce «il fondamento del sistema di Hobbes, rielaborato amorosamente da Locke, da Pufendorf, Thomasius, Wolf fino a produrre le solenni *Dichiarazioni dei diritti umani*»; la riconcettualizzazione dello Stato attraverso il *contratto sociale*, nell’interesse e per l’utilità degli individui”, *Ibidem*, p. 113.

¹³⁰ M. R. Marella, *Il principio costituzionale della funzione sociale*, cit., p. 111.

¹³¹ Su cui anche F. Viola *Beni comuni e bene comune*, cit., p. 385.

¹³² Si veda sul punto il capitolo III.

2.4. Beni privati, il rapporto con il mercato e la possibilità di altre forme di gestione delle risorse

La dimensione dei diritti fondamentali, così come le sue critiche che danno un particolare rilievo al profilo della collettività, trovano un punto di incontro nella valutazione di insufficienza rispetto al mercato come meccanismo unico di allocazione delle risorse, e dunque di soddisfacimento degli interessi della persona. Infatti parte della dottrina riflette sui beni comuni nel loro rapporto con il mercato. In questo senso si individua come tratto caratterizzante di un bene da definirsi “comune” quello di essere “un bene indisponibile a trasformarsi in merce”, un bene cioè in cui “il valore d’uso prevale sul valore di scambio”¹³³. Il problema si sposta qui sul piano economico e filosofico, e richiederebbe lo studio del concetto di valore d’uso, per come esso è stato studiato e affrontato all’interno delle scienze sociali, quantomeno in Italia. Non è possibile svolgere un’analisi approfondita in questa sede; si può però osservare come ciò che parte della dottrina sembra intendere con valore d’uso è la rilevanza di usi del bene che soddisfino interessi non monetizzati, e in particolare bisogni primari, con la conseguenza dell’esclusione del bene da circuiti di mercato¹³⁴. Una posizione simile è quella di chi rinviene un tratto condiviso dei beni comuni nella “sottrazione al mercato concorrenziale e alle sue regole, prima di tutto quella del profitto”¹³⁵; tale riflessione non porta però con sé la qualificazione dei beni comuni come *extra commercium* in quanto l’esclusione dal mercato non è sempre possibile né, sembrerebbe, auspicabile¹³⁶; secondo questa prospettiva il bene definito ‘comune’ può circolare – anche – secondo regole di mercato, ma è necessario che tale uso del bene non precluda una relazione fra la persona, la collettività e il bene che non abbia come tramite privilegiato il valore di scambio. In tali ricostruzioni l’uso del bene da cui non si può prescindere è quello connesso ai bisogni della persona e della collettività, mentre il suo utilizzo secondo logiche di mercato diventa possibile qualora non infici

¹³³ L. Nivarra *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, cit., p. 70. Nello stesso senso anche A. Iuliani *Prime riflessioni in tema di beni comuni* in “Europa e diritto privato”, n. 2, 2012 p. 617.

¹³⁴ L. Nivarra *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, cit., p. 73.

¹³⁵ M. R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., p. 21.

¹³⁶ Scrive M. R. Marella che “in alcuni casi il carattere di bene comune può trovare conferma in un regime giuridico che semplicemente neghi la costituzione di diritti di esclusiva sul bene stesso: questo è quello che sta accadendo (...) per i geni (...). Ma in molti altri casi questa via non è sufficiente a affermare il carattere comune di una risorsa”, *Ibidem*, p. 20.

la finalizzazione delle utilità del bene al soddisfacimento di interessi della collettività – e, a seconda delle ricostruzioni, dei diritti fondamentali –. In questo senso si guarda a strumenti giuridici che, pur permettendo la circolazione del bene all'interno del mercato, ne garantiscano però l'uso in funzione della realizzazione dei bisogni fondamentali.

Anche nell'ambito della proprietà intellettuale, il tema dei beni comuni è impostato da parte della dottrina in relazione al rapporto fra mercato, accesso alle risorse (specie quelle messe a disposizione da Internet) e soddisfacimento di bisogni ritenuti fondamentali. Lo studio dei “nuovi beni a contenuto informazionale”¹³⁷ e del “processo di “giuridificazione” dei nuovi beni”¹³⁸ porta parte della dottrina a osservare come “se si analizzano con attenzione i processi istituzionali in atto”, si coglie che “il loro effetto principale è quello di ritagliare porzioni sempre più ampie del parco collettivo di conoscenza e di assoggettarle alla logica dell'appropriazione esclusiva e dello sfruttamento di mercato”¹³⁹. E dunque l'attenzione è posta sulle riflessioni critiche che “rivendicano l'esigenza di riorganizzare i regimi di stimolo all'innovazione intorno alla categoria (...) dei beni comuni e ai modelli di interazione di natura cooperativa”¹⁴⁰; ci si chiede a tal proposito “quali siano i circuiti istituzionali attraverso cui le suddette istanze collettive possano trovare più agevolmente emersione ed effettiva rappresentanza”¹⁴¹. Di fronte alle difficoltà dell'iniziativa parlamentare, dovuta anche alla “forte decentralizzazione del sistema delle fonti, da una costante pressione della *regulatory competition* e dall'estrema rapidità del mutamento tecnologico”¹⁴², si rinviene nelle Corti un possibile attore istituzionale capace di accordare tutela attraverso l'applicazione dei diritti fondamentali, “nella loro funzione di “apertura” delle sfere d'esclusiva”¹⁴³. Emerge dunque anche in tale riflessione la centralità dell'agire degli organi giurisdizionali che “sono stati chiamati

¹³⁷ G. Resta, *Nuovi beni immateriali*, cit., p. 68.

¹³⁸ G. Resta, *Nuovi beni immateriali*, cit., p. 4.

¹³⁹ G. Resta, *La privatizzazione della conoscenza*, cit., p. 283.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 291.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 292.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 293.

a svolgere una funzione di salvaguardia dei beni comuni non appropriabili”¹⁴⁴, e che dunque assumono, spesso più del legislatore, la funzione di soggetti regolatori che contemperano interessi contrapposti.

Il riferimento al valore d’uso, così come la messa in questione del mercato – e dunque ai diritti esclusivi che ne permettono il funzionamento¹⁴⁵ – apre alla possibilità di una riflessione che indagli possibili e diversi meccanismi rispetto all’uso dei beni o, ed è differenza di non poco momento, rispetto a quegli usi connessi da parte della dottrina al soddisfacimento dei diritti fondamentali o, secondo una formula che richiama più esplicitamente un piano prescrittivo extragiuridico, dei bisogni primari.

2.5. (Segue) Discrezionalità dell’ente pubblico, sussidiarietà e beni comuni

Se rispetto ai beni privati la riflessione si sviluppa nel solco di una critica al mercato – e dunque della proprietà esclusiva – come unico mezzo di allocazione delle utilità che il bene esprime, rispetto ai beni pubblici a tale critica, divenuta particolarmente rilevante di fronte ai processi di privatizzazione¹⁴⁶, se ne aggiunge una seconda, che attiene al rapporto fra collettività e ente pubblico. La dottrina giuspubblicistica riflette attorno al regime dei beni pubblici e alla loro gestione, da una parte facendo riferimento al principio di sussidiarietà, dall’altra ad un possibile ruolo dei singoli, *uti cives*, rispetto alla partecipazione nella gestione di determinati beni. Si analizzeranno due diverse prospettive; la prima è quella¹⁴⁷ che ha tentato di costruire la nozione di beni comuni a partire dall’art. 118 Cost. Una seconda impostazione è quella che legge la categoria dei beni comuni in relazione alle possibilità, da parte della collettività, di una partecipazione effettiva alla gestione e più in generale alle decisioni che attengono

¹⁴⁴ G. Resta, *La privatizzazione della conoscenza*, cit., p 310

¹⁴⁵ Si veda, per un primo inquadramento, P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, pp. 127 ss.

¹⁴⁶ Si veda in questo senso G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., pp. 170 ss.

¹⁴⁷ Tale approccio è stato in particolare sviluppato dagli studiosi riuniti nel progetto *Labsus* “Laboratorio per la sussidiarietà”. Il progetto è consultabile al sito www.labsus.org. Si legge nel sito di presentazione del progetto che l’obiettivo è che le capacità dei cittadini “siano messe a disposizione della comunità per contribuire a dare soluzione, insieme con le amministrazioni pubbliche, ai problemi di interesse generale”. Tale dottrina è la stessa che ha collaborato a scrivere i regolamenti comunali in materia di beni comuni su cui *infra* § 3.4.

ai beni pubblici, e che riflette su forme di partecipazione, per esempio rivitalizzando il dibattito sugli interessi diffusi.

Parte della dottrina afferma che “il concetto di beni comuni rappresenta una metonimia della sussidiarietà orizzontale o circolare”¹⁴⁸; il riferimento costituzionale è qui l’art. 118, 4 comma¹⁴⁹. Si è infatti proposta una interpretazione secondo cui “è come se l’art. 118, ultimo comma, recitasse così: «i cittadini, singoli o associati, hanno la libertà e la responsabilità di prendersi cura dei beni comuni»”; secondo questo punto di vista l’articolo costituzionale dev’essere inteso come norma che costruisce “un modello di società e di economia in cui il cittadino attivo, il filantropo, l’imprenditore attivo e l’azienda attiva decidono di esercitare la libertà e assumere sulle proprie spalle la responsabilità di prendersi cura dei beni comuni, anziché limitarsi a richiederne il rispetto o a pretenderne il godimento o, molto peggio, contribuire al loro uso predatorio”¹⁵⁰. Proprio il concetto di sussidiarietà fonda in tali riflessioni la necessità di un agire dell’amministrazione che da autoritativo diventi orizzontale, che da un modello di *government* si passi ad un modello di *governance*. E la *governance* è configurata come “una forma d’azione amministrativa di nuova generazione, che abbandona gli schemi dell’amministrazione tradizionale, autarchica e gerarchica, per fare perno sulla collaborazione con i diversi attori (istituzionali o sociali) e portatori d’interessi, ai fini della realizzazione di scopi d’interesse generale”¹⁵¹. A tale modello corrisponde “uno Stato che (...) governa reti di collaborazione tra diversi soggetti, tutti interessati alla realizzazione di uno scopo comune”¹⁵². L’obiettivo è quello della costruzione di un “paradigma all’interno del quale i cittadini (...) contribuiscano direttamente con proprie azioni, propri stili di vita, proprie risorse”¹⁵³. Questa prospettiva si sostiene anche in ragione della considerazione per cui lo Stato ha e avrà

¹⁴⁸ C. Iaione, *Beni comuni e innovazione sociale*, in “Equilibri. Rivista per lo sviluppo sostenibile”, n. 1, 2015, p. 60.

¹⁴⁹ Su cui, per un primo inquadramento si veda T. E. Frosini, voce *Sussidiarietà (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto* Annali II-2, 2008.

¹⁵⁰ C. Iaione, *Beni comuni e innovazione sociale*, cit., p. 60. Per una analisi del rapporto fra principio di sussidiarietà e altre norme del testo costituzionale si veda G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, n. 1, 2017 pp. 42 ss.

¹⁵¹ C. Iaione *op. cit.*, p. 64.

¹⁵² C. Iaione *op. cit.*, p. 66.

¹⁵³ C. Iaione *op. cit.*, p. 70.

meno capacità economica; si afferma così che è indispensabile costruire un “modello di amministrazione condivisa”, resa possibile “da un lato dalla ricca e radicata tradizione del volontariato italiano, dall’altro, dalla presenza in Costituzione del principio di sussidiarietà”¹⁵⁴. Secondo questa impostazione i ‘beni comuni’ sono tali perché necessari per la realizzazione del ‘bene comune’¹⁵⁵, che in definitiva trova non poche intersezioni con l’interesse generale che ha da sempre caratterizzato l’agire della Pubblica Amministrazione. Questa riflessione considera unicamente i beni pubblici, e non sembra attribuire ai singoli, né alla collettività alcun potere sul bene, quanto semmai orientarsi verso una gestione dei beni pubblici ‘contrattata’, in cui la discrezionalità dell’ente pubblico non è limitata, e anzi potrebbe risultare ampliata rispetto alla scelta dei soggetti cui accordare la possibilità – effettiva – di partecipare alle decisioni che attengono alcuni beni¹⁵⁶. Parte della dottrina svolge alcune critiche rispetto a questa declinazione del principio di sussidiarietà sostenendo che, se è necessario ripensare il pubblico in ragione della necessità di creare canali di partecipazione effettiva dell’ “ampio arcipelago dei comitati, dei movimenti, delle associazioni rappresentative di interessi generali e antagonisti”, occorre però evitare che “fenomeni partecipativi si trasformino in processi di cooptazione, o in applicazioni ambigue del principio di sussidiarietà”¹⁵⁷, nonché rifuggire da applicazioni che utilizzano tale principio come “strumento per *scaricare* sui cittadini le responsabilità pubbliche della gestione dei servizi pubblici”¹⁵⁸. Emerge così una possibile frizione fra il principio di sussidiarietà e quello di uguaglianza, in quanto l’universalità dei diritti viene messa in discussione¹⁵⁹, in ragione di una loro attuazione lasciata – almeno in parte – a singole collaborazioni – e dunque a singole contrattazioni – fra parte pubblica e parti private, che possono variare in ragione dei contesti territoriali¹⁶⁰. In

¹⁵⁴ G. Arena, *Il welfare di comunità*, in *L’Italia dei beni comuni*, Id., C. Iaione, (a cura di), Roma, 2012, p. 101.

¹⁵⁵ Sulla distinzione fra bene comune e beni comuni si veda, fra gli altri F. Viola, *Beni comuni e bene comune*, cit.

¹⁵⁶ Per un’applicazione di tale prospettiva nei Regolamenti sui beni comuni urbani, si veda il § 3.4.

¹⁵⁷ A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, cit., p. 69.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ Sul punto si veda anche G. Micciarelli, *I beni comuni e la partecipazione democratica: da un altro modo di possedere ad un altro modo di governare*, in “*Jura gentium*”, n. 1, 2014.

¹⁶⁰ Sul punto in una prospettiva in parte diversa, si veda G. Micciarelli, *I beni comuni e la partecipazione*

questo senso si è affermato che occorre “evitare che il principio di eguaglianza sostanziale ceda al cospetto del principio di sussidiarietà orizzontale, fondato sulla spontaneità dell’azione del singolo individuo”¹⁶¹. Il rischio è quello di una erosione dei diritti che il cittadino può vantare nei confronti del pubblico, con delle ricadute non trascurabili rispetto ai rischi di lesione dell’uguaglianza, formale così come sostanziale. Questi problemi non paiono avverarsi rispetto all’impostazione che¹⁶² accosta la riflessione sulla sussidiarietà alla possibilità di un controllo sulla gestione del bene da parte della collettività, realizzato attraverso la partecipazione procedimentale e l’estensione delle possibilità di un’azione giurisdizionale¹⁶³. In questa direzione sono di particolare interesse gli studi che connettono il principio di sussidiarietà alle elaborazioni in materia di interessi diffusi, sostenendo la possibilità di un ampliamento della partecipazione al procedimento amministrativo e della legittimazione ad agire contro gli atti della pubblica amministrazione quando questi siano tesi a regolare la gestione o la fruizione di un bene pubblico, e siano contrari ad un interesse diffuso concretizzato in capo ai singoli, come quello ambientale¹⁶⁴.

Occorre inoltre considerare la dottrina che, in linea con i lavori della cd. ‘Commissione Rodotà’, si pone in una prospettiva *de iure condendo*, affermando che è necessario un intervento legislativo, “che innovi profondamente la disciplina codicistica relativa alla proprietà pubblica”¹⁶⁵. La qualificazione di alcuni beni pubblici come comuni dovrebbe portare alla previsione – in via legislativa o anche costituzionale – di un regime di inalienabilità e di inusucapibilità¹⁶⁶, che li collochi fuori commercio; queste regole sono concepite come un punto di partenza per la

democratica, cit.

¹⁶¹ A. Lucarelli, *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in “Diritto pubblico europeo”, Rassegna on-line, gennaio, 2015.

¹⁶² P. Duret, *Taking “commons” seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam* in “Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente”, n. 1, 2013.

¹⁶³ In questo senso si veda F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, cit., p. 56. Riflette sul punto N. Irti, *L’acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle “appartenenze”)*, in M. De Focatiis, A. Maestroni (a cura di) *Dialoghi sul diritto dell’energia*, vol I, *Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014, pp. 1 ss.

¹⁶⁴ P. Duret *Taking “commons” seriously*, cit., pp. 47 ss.

¹⁶⁵ A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 18.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 16.

creazione di un regime dei beni che li renda ‘comuni’; sono infatti ritenute necessarie anche regole che permettano un’effettiva partecipazione della collettività nella gestione del bene. Con riguardo all’uso del bene si afferma la necessità della previsione di “un uso comune, cui sono ammessi tutti indistintamente, senza bisogno di un particolare atto amministrativo”¹⁶⁷. Parte della dottrina immagina tre diversi possibili regimi di gestione; il primo consiste in una gestione diretta dell’ente pubblico “attraverso forme di partecipazione”, ovvero, e questa è la seconda modalità di gestione che si auspica, “in assenza di comunità che ne rivendichino la gestione, darli in concessione a privati senza scopo di lucro per una durata limitata e senza possibilità di proroghe”¹⁶⁸. La terza possibilità è la gestione diretta da parte della collettività. Il problema che si pone in tal caso, come si vedrà anche rispetto all’applicazione concreta dei Regolamenti in materia di beni comuni urbani¹⁶⁹, è quello della definizione della collettività che partecipa alla gestione del bene.

2.6. (Segue). Il ruolo della collettività e il diritto di accesso

La critica del mercato come meccanismo di allocazione di alcune risorse così come quella mossa all’eccessiva discrezionalità del soggetto pubblico hanno portato con sé lo sviluppo di due diverse impostazioni, l’una che pone l’attenzione sui singoli e sulle prerogative che questi possono vantare rispetto a beni che sono ritenuti funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali, l’altra che invece attribuisce rilievo alla dimensione collettiva come *prius* rispetto a quella individuale.

2.6.1. La prospettiva del singolo

Nella prospettiva del singolo, un punto cruciale è quello dell’attribuzione di rilevanza giuridica a interessi ‘non proprietari’ su un bene, e in questo, secondo parte della dottrina, un ruolo centrale è svolto dall’accesso. L’analisi in questo campo parte da una riflessione sulla conoscenza, per approdare ad un’impostazione in cui l’accesso prende la forma di un diritto che “da situazione strumentale in casi determinati (...) si è progressivamente reso autonomo, individuando una modalità dell’agire, da

¹⁶⁷ A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 17.

¹⁶⁸ A. Lucarelli, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 16.

¹⁶⁹ Sul punto si veda il § 3.4.

riconoscere come un diritto necessario per definire la posizione della persona nel contesto in cui vive¹⁷⁰. In tal senso Rodotà scrive che con riguardo ai beni comuni un tratto centrale “può consistere nel fatto che la loro accessibilità non è necessariamente subordinata alla disponibilità di risorse finanziarie”¹⁷¹. L’accesso al bene è costruito come indipendente dal titolo formale di proprietà, come disgiunto dalla volontà del proprietario. Dunque “accesso e proprietà si presentano come categorie autonome e, in diverse situazioni, potenzialmente o attualmente in conflitto”¹⁷². Uno snodo non chiarissimo nella riflessione dell’Autore attiene alla qualificazione giuridica dell’accesso, *in primis* per quanto attiene al suo oggetto: a cosa si deve poter accedere? Ai beni certo, e per quegli usi che sono funzionali al soddisfacimento dei diritti fondamentali, ma in che modo, per quali usi in concreto? E a quali beni? Un’indicazione sembrerebbe venire dalla nozione di utilità, di cui il soggetto deve poter godere, e in base alle quali dovrebbero essere definiti gli usi possibili da parte del soggetto non-proprietario, ma titolare di diritti fondamentali. Il diritto di accesso è in questo senso definito come strumento “che rende immediatamente utilizzabile il bene da parte degli interessati senza ulteriori mediazioni”¹⁷³. Rodotà svolge poi un ulteriore passaggio, definendo in alcuni contesti il diritto di accesso un ‘diritto fondamentale’. Con riguardo a Internet scrive l’Autore che “qualificare l’accesso (...) come diritto fondamentale è un riflesso della funzione assegnata a tale diritto come condizione necessaria per l’effettività di altri diritti fondamentali – in particolare il diritto alla libera costruzione della personalità e la libertà di espressione”¹⁷⁴. In relazione a tale ricostruzione, si può mettere in dubbio la necessità della qualificazione del diritto di accesso come diritto fondamentale in quanto, sembrerebbe, questo potrebbe costituire uno strumento, una tecnica, attraverso cui ammettere soggetti non

¹⁷⁰ S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 468. Rispetto al diritto di accesso si veda da ultimo A. Quarta, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell’accesso ai beni*, Napoli, 2017, e il progetto ERC guidato dalla professoressa S. Dusollier, su cui <http://www.sciencespo.fr/inclusive/content/project> (ultimo accesso: 30 settembre 2017), che ringrazio per avermi permesso di partecipare ai seminari di presentazione dei risultati intermedi del lavoro.

¹⁷¹ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale*, cit., p. 327.

¹⁷² S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale*, cit., p. 314.

¹⁷³ S. Rodotà, *Il terribile diritto*, cit., p. 469.

¹⁷⁴ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale*, cit. p. 317.

proprietari ad alcuni usi del bene, e non esso stesso un diritto fondamentale¹⁷⁵. Si approfondirà questo profilo nel corso dell'indagine¹⁷⁶.

2.6.2. La prospettiva della collettività¹⁷⁷

Fra le ricerche che attribuiscono un particolare rilievo alla dimensione collettiva è centrale il profilo della possibilità di una gestione partecipata del bene, e dunque il rilievo assunto dalla 'comunità di riferimento'¹⁷⁸. Questa è considerata, almeno in alcune riflessioni dottrinali, elemento costitutivo dei beni comuni¹⁷⁹, in ragione dell'importanza che la fruizione e la gestione collettiva assumono nella costruzione dei singoli regimi. La relazione fra il bene e la comunità di riferimento è però considerata un punto tanto centrale quanto "assolutamente problematico"¹⁸⁰, sia sotto il profilo della sua individuazione, sia per quanto attiene alla definizione delle regole di utilizzo e di gestione. Rispetto al primo profilo emerge la questione dell'individuazione dei criteri di appartenenza alla collettività. A tal riguardo, un primo ordine di considerazioni attiene alla problematicità, se si riconnettono i beni comuni ai diritti fondamentali, di una gestione cui partecipi una collettività da cui sono

¹⁷⁵ Si tornerà sul punto nel prosieguo dell'indagine, ma ringrazio fin d'ora la professoressa Judith Rochfeld per la lunga discussione sul punto.

¹⁷⁶ Si veda in particolare l'ultimo paragrafo del III capitolo.

¹⁷⁷ Parte delle riflessioni svolte in questo paragrafo sono una rielaborazione di quanto scritto nei miei contributi *Collettività e governo dei beni comuni*, cit., e *Possibilità e limiti dei recenti regolamenti comunali in materia di beni comuni* in A. Quarta, M. Spanò (a cura di) *Beni Comuni 2.0*, cit.

¹⁷⁸ Riguardo al concetto di 'comunità' occorre riflettere sull'opportunità dell'uso del termine, spesso contrapposto a quello di 'società' e che richiama un mondo pre-moderno, molto spesso idealizzato, e della possibilità invece di ragionare attorno ad altri concetti. Fra questi potrebbe essere preso in considerazione quello di soggettività, in ragione dei legami che possono crearsi fra chi fruisce – e gestisce – collettivamente un bene, o quello di collettività concreta, che permette di mettere in luce la differenza con la "collettività astratta", fonte di legittimazione del meccanismo di rappresentanza.

¹⁷⁹ Scrive Marella che la comunità "si definisce in ragione dei legami sociali di solidarietà che esistono o dovrebbero instaurarsi in relazione alla fruizione del bene comune; il discorso è volutamente circolare poiché fra *commons* e comunità esiste una relazione per cui l'uno risulta costitutivo dell'altro e viceversa", in M. R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit. p. 21. Si vedano anche U. Mattei *op. cit.* e, sebbene con un percorso interpretativo diverso, G. Fidone, *Proprietà pubblica e beni comuni*, cit., pp. 199 ss. e 270 ss. Scrive l'A. che "la caratteristica decisiva dei beni comuni appare dunque la relazione particolare e qualificante tra il gruppo e il bene, che deve emergere con evidenza. Solo in tale caso, si giustifica la destinazione comune del bene (che si viene a differenziare da quella pubblica) e il suo assoggettamento ad un regime giuridico particolare", *Ibidem*, p. 270.

¹⁸⁰ M. R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., p. 22.

esclusi – quantomeno temporaneamente¹⁸¹ – i soggetti che non ne fanno parte¹⁸², e in cui dunque la collettività possa esercitare “i propri usi esclusivi, e dunque (...) negare l’accesso di altri soggetti”¹⁸³. Assume una prospettiva critica rispetto a tale possibilità chi ritiene che “è la logica del comune, non della «comunità», a fondare lo spazio dei beni comuni, sempre più globali, a meno che, con quest’ultimo termine, non ci si voglia riferire alla «comunità umana»”, e dunque ad una comunità tanto ampia da non poter essere escludente. L’intento è quello di evitare la costruzione di barriere, di appartenenze al gruppo che “nella sostanza [paiono] pericolosamente legate ad una appartenenza che può produrre conflitti con chiunque abbia una appartenenza diversa e interessi concorrenti sul medesimo bene”¹⁸⁴. La questione dei criteri di appartenenza rileva dunque non soltanto rispetto alla questione dell’individuazione della collettività¹⁸⁵, ma anche in ragione del rapporto fra la collettività e i non membri¹⁸⁶. Elemento di sicuro interesse è il legame fra fruizione e gestione che parte della dottrina¹⁸⁷ costruisce, individuando la comunità di riferimento in una collettività che non solo fruisce del bene, ma che partecipa, appunto, anche alla sua gestione, cercando di creare “un continuum tra collettività della fruizione e collettività (...) della gestione”¹⁸⁸, attraverso meccanismi di partecipazione che attribuiscono un reale potere decisionale alla collettività che fruisce del bene¹⁸⁹. In questa prospettiva la possibilità

¹⁸¹ Per superare l’esclusione che può derivare dall’individuazione di una comunità attraverso criteri che ne cristallizzano la composizione, è interessante l’indicazione di M. R. Marella, che afferma la necessità di uno studio che consideri la comunità “come flusso o incrocio fra flussi”, in *Id.*, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., p. 22.

¹⁸² Sul punto si vedano le riflessioni di N. Blomley, *The right to not be excluded: common property and the struggle to stay put*, reperibile all’indirizzo: https://www.academia.edu/15489707/The_right_to_not_be_excluded_common_property_and_the_struggle_to_stay_put.

¹⁸³ F. Marinelli *Usi civici e beni comuni*, in “Rassegna di diritto civile”, n. 2, 2013, p. 416; si veda in questo senso anche L. D’Andrea, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale*, cit., pp. 8-9.

¹⁸⁴ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale*, cit., p. 327.

¹⁸⁵ Sottolineano tale profilo V. Cerulli Irelli, L. de Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, in “Politica del diritto”, n. 1, 2014, p. 12.

¹⁸⁶ Rileva in tal senso A. Gambaro che se “il diritto del singolo può concepirsi solo come diritto che esso possiede come membro del gruppo” allora “rilevano meccanismi di accesso al, ed esclusione dal, gruppo”; *Id.*, *Relazione introduttiva in Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*, Milano, 2013, p. 19.

¹⁸⁷ Si vedano i contributi di M. R. Marella, U. Mattei, L. Nivarra, *op. cit.*

¹⁸⁸ L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, cit. p. 70.

¹⁸⁹ Per un primo inquadramento si veda G. Micciarelli, *op. cit.*

di incidere sulla gestione costituisce l'altra faccia della fruizione collettiva: partecipando della gestione la collettività stessa può concorrere a determinare quali siano gli usi che meglio soddisfano i bisogni e a definire concretamente questi ultimi.¹⁹⁰

2.6.3. Gli strumenti giuridici da utilizzare; una possibile ricomposizione delle due prospettive?

Rispetto ai possibili strumenti giuridici da mettere in opera per concretizzare un rapporto fra bene e collettività, nel dibattito il piano dell'opportunità delle modifiche legislative si interseca continuamente con quello della possibilità di una reinterpretazione del diritto positivo. Rispetto alle questioni teoriche, alcune indagini hanno individuato come questione centrale quella di “stabilire la natura giuridica del godimento collettivo richiamato dai teorici dei beni comuni”; ci si chiede a questo proposito “se esso indichi un diritto riconosciuto a favore di tutti gli individui, a prescindere dalla loro appartenenza a una collettività territoriale, o viceversa un diritto riconosciuto ai singoli, proprio in quanto appartenenti a una collettività territoriale”¹⁹¹. Riguardo ai possibili strumenti giuridici attraverso cui permettere una gestione partecipata del bene, in dottrina si pensa a tecniche molto diverse, come il “vincolo di destinazione sul bene, che incide sulla gestione in funzione di limite”¹⁹², la previsione di un diritto di accesso, o la possibilità di agire in giudizio “lamentando la cattiva gestione del bene”¹⁹³. Un altro strumento giuridico che è stato preso in esame, è quello

¹⁹⁰ E infatti si afferma che la ‘gestione partecipata’ dei beni comuni è un loro carattere necessario che “deve manifestarsi almeno come facoltà di controllo e tutela in capo alla comunità”; M. R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., p. 22. In tal senso si afferma che i beni comuni devono essere considerati cogliendone “appieno gli inestricabili nessi con la comunità di riferimento e con le altre comunità ad esse contigue o che ad essa si sovrappongono”, e che le “strutture di governo dei beni comuni devono essere calibrate sulla comunità degli utenti”; U. Mattei, *Beni Comuni, Un manifesto* cit. p. 56. e 62. Per quanto attiene al profilo dell'organizzazione interna, occorre considerare i rischi delle gerarchie. Sulla critica del paradigma dei beni comuni, anche in ragione delle gerarchie che, secondo l'Autore, si produrrebbero necessariamente all'interno della comunità si veda E. Vitale, *Contro i beni comuni*, cit. Parte della dottrina evidenzia il rischio di una “frizione fra cooperazione e libertà individuale” M. R. Marella *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit. p. 24.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 16.

¹⁹² *Ibidem*, p. 25. In questa prospettiva, rispetto ai beni pubblici, si veda anche T. Bonetti, *I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra “mito” e “realtà”*, in “Aedon. Rivista di arti e diritto on line”, n. 1, 2013.

¹⁹³ M. R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit., p. 25.

degli *iura in re aliena*, e si è sostenuto che potrebbe essere utile estenderne la portata¹⁹⁴.

Parte della dottrina¹⁹⁵ ha poi affermato l'opportunità di fare riferimento, quanto meno per alcuni beni materiali, alle cosiddette "proprietà collettive aperte", in cui a godere del bene "sono ammessi (...) tutti gli abitanti residenti in una determinata zona legati da un vincolo di incolato (...)". Questo tipo di uso civico è considerato di particolare interesse in quanto "possono essere accolti all'interno del gruppo di utenti anche i non originari che si siano insediati stabilmente sul territorio"¹⁹⁶.

Sul piano del diritto positivo potrebbe essere anche utile riflettere sulla nozione di interessi diffusi¹⁹⁷, in quanto tale nozione può permettere di legare la prospettiva di una titolarità in capo a ciascuno, non connessa *ex ante* all'appartenenza ad una collettività, ma d'altro canto di individuare una collettività concreta. In questo senso

¹⁹⁴ V. Cerulli Irelli, L. de Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi*, cit., p. 21.

¹⁹⁵ F. Marinelli *Usi civici e beni comuni*, cit.; si veda anche A. M. Gambino, A. Genovese, B. Sirgiovanni, *Beni comuni*, in "Nuovo diritto civile", n. 3, 2016, pp. 318 ss. Per un approccio di diritto comparato si veda: E. Caliceti, *Il regime dei beni comuni: profili dominicali e modelli di gestione*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, cit., pp. 64 ss.

¹⁹⁶ E. Tomasella, *La proprietà collettiva della terra in alcuni paesi in via di sviluppo*, in *La ricchezza della diversità. L'insegnamento del diritto agrario come strumento di cooperazione per lo sviluppo*, Milano, 2009, p. 14.

¹⁹⁷ La nozione di *interessi diffusi* è stata discussa dalla dottrina italiana a partire dagli anni settanta. Le riflessioni su tale nozione sono nate dalla ricerca di forme di tutela dell'ambiente; hanno poi riguardato, sul versante del diritto amministrativo, la formazione dell'interesse pubblico, nonché, nel diritto privato, il rapporto fra interessi individuali e regime dei beni. La discussione si è sviluppata attorno alla possibilità di ammettere alla tutela giurisdizionale interessi di una pluralità di persone, di un gruppo tendenzialmente non circoscrivibile *a priori*. Non vi è una definizione univoca di tale nozione, ma con buona approssimazione si può dire che gli interessi diffusi sono stati qualificati come interessi privi di un unico titolare e riferibili ad una generalità di soggetti. Sul punto, per un primo inquadramento: G. Alpa, *Interessi diffusi*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, 1993 (agg. 2014); G. Berti, *Interessi senza struttura (i cd. interessi diffusi)*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982; M. Cresti, *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992; B. Delfino, *La legittimazione processuale delle articolazioni locali delle associazioni di protezione ambientale tra divisioni giurisprudenziali e disposizioni dimenticate*, in "Il foro amministrativo CDS", 2004, n.S. 7-8; P. Duret, *Taking "commons" seriously*, cit.; F. Giglioni, *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in "Diritto processuale amministrativo", n. 1, 2015; S. Rodotà, *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, in *Atti del Convegno di studio Pavia, 11-12 giugno 1974*, Padova, 1976; R. Ferrara, *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1993 agg. 2011; L. Lanfranchi (a cura di), *La tutela degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003; M. Nigro *Le due facce dell'interesse diffuso; ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in "Il foro italiano", n. 7, 1987; L. Bigliuzzi Geri, *Traccia per un discorso sull'ambiente*, ora in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998 pp. 1145 ss. Se si guardano gli interessi diffusi nella prospettiva dei beni comuni, il punto di incontro fra le due nozioni si può rinvenire nella ricerca di tecniche giuridiche che attribuiscono la tutela di alcuni interessi a soggetti che non coincidono né con il soggetto privato come tradizionalmente inteso dalla tradizione civilistica né con quello pubblico.

il dibattito in materia di legittimazione ad agire nel processo amministrativo così come la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo, potrebbero essere utili alla riflessione in materia di beni comuni sul piano della costruzione di regole tecniche che permettano l'emersione della rilevanza della collettività. La difficoltà – e la sfida, teorica e tecnica – che accomuna gli interessi diffusi e i beni comuni sta nella considerazione – e nella costruzione – di un rapporto fra singolo e collettività che non si traduca da una parte nella considerazione della sola dimensione individuale, né d'altro canto in una personificazione del gruppo, che *de facto* elimini la possibilità per il singolo di prendere la parola, e dunque, giuridicamente, di agire in giudizio.

In questo contesto assume una duplice rilevanza il ruolo dei diritti costituzionalmente garantiti, e della tutela costituzionale del pieno sviluppo della personalità del singolo, che emerge dagli articoli 2 e 3 della Costituzione. In primo luogo pare possibile costruire un legame fra diritti fondamentali e possibilità di agire in giudizio contro un atto amministrativo, e dunque contro un esercizio della discrezionalità pubblica lesivo dell'interesse costituzionalmente tutelato. In secondo luogo la protezione dei diritti costituzionali della persona potrebbe favorire la creazione e l'interpretazione in senso estensivo di regole che permettono la partecipazione dei portatori degli interessi alle decisioni che riguardano l'uso dei beni su cui detti interessi insistono. Tali riflessioni possono costituire il punto di partenza per ripensare anche, nell'ambito del diritto privato, la discrezionalità del proprietario, rispetto a utilità di alcuni beni funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali¹⁹⁸.

2.7. La nozione di “bene” in questione

Parte della dottrina, proprio in ragione del possibile ruolo di chi non è proprietario, e dalla messa in discussione della appropriabilità in via esclusiva come elemento centrale nel regime di alcuni beni, indaga il rapporto soggetto – oggetto, affermando che i beni comuni mettono in discussione la netta separazione fra le due sfere¹⁹⁹. I ‘beni comuni’ sono concepiti da parte della dottrina come luogo di intersezione e, in

¹⁹⁸ Si è sviluppata tale impostazione nell'indagine svolta nel capitolo III.

¹⁹⁹ Scrive F. Marinelli che “dall'esame complessivo della letteratura dedicata al tema si ricava una nozione di bene comune non esattamente definita, incerta tra «cose» e «diritti»”, in *Id.*, voce *Beni comuni*, in, *Enciclopedia del Diritto*, Annali, 2014, p. 158.

qualche modo, di crisi, della distinzione fra le nozioni di bene in senso giuridico e di diritto²⁰⁰. Questo sotto distinti profili: *in primis* si sottolinea la rilevanza della produzione collettiva del “bene”; in secondo luogo si riflette sull’oggetto di alcuni diritti fondamentali o sui diritti fondamentali stessi.

Con riguardo al primo aspetto, alcuni studiosi rilevano come un ‘bene comune’ “non può concepirsi come un mero oggetto, una porzione tangibile del mondo esterno”²⁰¹, in quanto partecipano della costruzione del bene, parrebbe, gli interessi della collettività per cui questi sono rilevanti²⁰²; i beni comuni sono considerati beni “«funzionalizzati» per loro stessa essenza”²⁰³. A partire da queste riflessioni vengono svolti due ulteriori ordini di considerazioni. Da una parte la necessaria compartecipazione dell’uomo e di ciò che gli è estraneo nella creazione della realtà – e dunque anche dei beni – porta tale dottrina a negare l’opportunità della distinzione fra beni comuni ‘naturali’ e ‘culturali’, che va affermandosi in parte delle riflessioni²⁰⁴; d’altro canto si afferma l’esistenza di “una relazione circolare con una comunità di riferimento: comunità e risorsa sono reciprocamente costitutive”²⁰⁵. I “beni comuni” secondo quest’impostazione travalicano i confini della nozione di bene in senso giuridico tradizionalmente accolta²⁰⁶. In tali riflessioni la definizione di un

²⁰⁰ Si è affermato in questo senso che “poiché un bene non è altro che un fascio di relazioni a doppio senso: relazioni di dipendenza dei soggetti dalle cose per quanto riguarda la realizzazione dei loro diritti e relazioni di dipendenza delle cose dai soggetti per quanto riguarda la loro conservazione e il loro governo”, F. Viola, *Beni comuni e bene comune*, cit., p. 386.

²⁰¹ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. 52.

²⁰² In tal senso scrive l’Autore che i ‘beni comuni’ non sono tali in ragione di “caratteristiche ontologiche”, ma in ragione dei “contesti in cui essi divengono rilevanti”, *Ibidem*, p. 53.

²⁰³ U. Mattei, *I beni pubblici: un dialogo fra diritto e politica*, in G. Alpa, V. Roppo, (a cura di) *La vocazione civile del giurista*, cit., p. 135. In altre riflessioni l’accento è posto sulla considerazione per cui “i beni comuni sono un prodotto collettivo” in quanto “la cooperazione sociale produce, trasforma e preserva (...) risorse”; M. R. Marella, *Beni comuni. Oltre l’opposizione natura/cultura*, cit., p. 9. Si giunge così ad affermare la rilevanza della collettività nella costruzione stessa dei beni – *rectius* delle risorse –, in quanto essa partecipa alla loro produzione. In tali considerazioni l’influenza del pensiero filosofico di A. Negri e M. Hardt è evidente. Si veda, per un primo inquadramento e alcuni riferimenti bibliografici, l’introduzione del presente lavoro.

²⁰⁴ Si veda in tal senso il paragrafo *Beni comuni in natura?* in U. Mattei, *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, 2015.

²⁰⁵ M. R. Marella, *I beni comuni: un tentativo di tassonomia*, in U. Breccia, G. Colombini, E. Navarretta, R. Romboli (a cura di), *I beni comuni*, cit., p. 38. Si veda anche sul punto *Ead.*, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit. p. 21. e Id., *The common goods. A quest for another relation between people and things*, in A. Chaigneau (a cura di) *Fonctions de la propriété*, cit.

²⁰⁶ Si esamineranno le teorie circa la nozione di bene in senso giuridico nel cap. II.

bene come ‘comune’ deriva dal fatto che la collettività partecipa, in concreto, alla costituzione, alla stessa creazione del bene²⁰⁷. Il problema che si pone è allora duplice: da una parte quello dell’individuazione della nozione di bene nel diritto civile, e dunque dei criteri giuridici che fondano la distinzione fra soggetto e oggetto. Un’altra questione che si pone è quella dei regimi giuridici che possono permettere l’emersione di una dimensione collettiva. Tali considerazioni portano a mettere a tema la costruzione giuridica della nozione di ‘bene’ per come elaborata – faticosamente e variamente – dalla dottrina privatistica²⁰⁸ italiana, in primo luogo in quanto questa anche nelle varianti più estensive è connessa ad una porzione di realtà del mondo esterno, distinta chiaramente dal soggetto, e in secondo luogo in ragione della sua connessione, nella tradizione civilistica, con il profilo dell’appropriazione.

Per quanto attiene al secondo aspetto, concernente ancora una volta il profilo dei diritti fondamentali, in alcune riflessioni sono questi ultimi, o meglio i valori e gli interessi di ciascuno, ad essere considerati come comuni²⁰⁹, come nel caso in cui ci si riferisce alla sanità come “bene comune”²¹⁰ o quando si afferma che i beni comuni sono “una tipologia di diritti fondamentali “di ultima generazione”, finalmente scollegati dal paradigma dominicale (...) ed autoritario (...)”²¹¹, e che “sono caratterizzati dalla diffusione e non dalla concentrazione del potere”²¹². Da tali considerazioni si fa discendere che i beni comuni “non sono diritti soggettivi individuali che qualcuno

²⁰⁷ Tale impostazione porta con sé una riflessione molto ampia e complessa, quella che attiene alla relazione fra lo statuto giuridico dei beni e le analisi extragiuridiche – siano queste economiche, filosofiche, sociologiche – che li definiscono; tale rapporto può essere considerato attraverso molteplici chiavi di lettura: il regime di un bene può infatti essere letto, per esempio nella prospettiva dell’efficienza o dei suoi effetti rispetto alla ripartizione delle risorse e della ricchezza, e il rapporto fra analisi svolte in altre discipline e la norma giuridica è tema che porta con sé non poche questioni di teoria generale del diritto, che in parte verranno affrontate nel prosieguo dell’indagine.

²⁰⁸ Tale dottrina sarà esaminata analiticamente nel capitolo II.

²⁰⁹ Scrivono a tal proposito V. Cerulli Irelli e L. de Lucia che spesso il concetto di ‘beni comuni’ “viene utilizzato per indicare interessi e valori, a loro volta perseguibili attraverso politiche pubbliche che necessariamente (anche sulla base di vincoli costituzionali) fanno capo agli organi di governo della collettività. La realizzazione di questi interessi generali consente lo sviluppo della sfera individuale”, in *Ead., Beni comuni e diritti collettivi*, cit., p. 6.

²¹⁰ M. R. Marella, *Introduzione. Per un diritto dei beni comuni*, cit.

²¹¹ U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. VII.

²¹² U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. 58.

«ha», anche se sono indispensabili alla soddisfazione di alcuni diritti fondamentali attraverso cui una persona «è» tale»²¹³.

Occorre inoltre considerare che parte della dottrina, che ricostruisce la nozione di bene giuridico in relazione all'esistenza di un'attribuzione, e dunque della possibilità di una circolazione²¹⁴, non riconduce i 'beni comuni' all'interno dei beni in senso giuridico, considerati come beni che "strutturalmente si ambirebbe a sottrarre al circuito della circolazione, istituendole come risorse liberamente accessibili a chiunque nutra un interesse al loro uso"²¹⁵.

L'ipotesi teorica che emerge è che la riflessione sui beni comuni ponga in luce e permetta di studiare in una prospettiva interessante la nozione di bene giuridico nel diritto privato, di cui ci si occuperà nel II capitolo. Tale linea di ricerca, poiché unisce la categoria dei beni tradizionalmente connessi a – e in molte ricostruzioni definiti attraverso – l'appropriazione esclusiva allo studio di interessi non proprietari – e spesso non patrimoniali – che spesse volte sono tutelati nella forma dei diritti fondamentali, che hanno ad oggetto 'beni', quali la salute e l'ambiente, porta a mettere a confronto le due nozioni di bene che la dottrina privatistica usa correntemente, l'una in relazione ai diritti reali, e l'altra nell'ambito della tutela civilistica dei diritti della persona; l'indagine può portare da una parte a fare operare la nozione di beni comuni come categoria critica, permettendo di assumere una particolare prospettiva nello studio del diritto dei beni, e d'altro canto può permettere di chiarire quali siano i 'beni' che possono definirsi comuni, e dunque, svolta tale chiarificazione, di capire quali possano essere i punti di riferimento oggettivi per la costruzione di possibili regimi.

3. I DATI NORMATIVI E LA GIURISPRUDENZA

Si è scelto di inserire in questa sezione del lavoro anche la proposta della cd. Commissione Rodotà in quanto questa, in attesa ad oggi dell'esame parlamentare, è stata un importante punto di riferimento per le sentenze della Corte di Cassazione che

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Scrive F. Piraino che "è bene soltanto quella cosa che l'ordinamento consente di esporre alla tensione appropriativa dei soggetti, attribuendola loro in termini tali da consentirne non soltanto il godimento regolato ma anche la titolarità, non necessariamente nella forma proprietaria", in *Id.*, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in "Rivista critica del diritto privato", n. 3, 2012, p. 490.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 491.

hanno per la prima volta utilizzato il termine ‘beni comuni’, nonché un momento rilevante di congiunzione fra la riflessione teorica e possibili regole giuridiche che la concretizzino. Si esaminerà dunque la proposta della Commissione Rodotà, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, nonché alcuni recenti regolamenti comunali che hanno utilizzato, seppur con significati parzialmente diversi, la nozione di beni comuni.

3.1. La proposta della cd. ‘Commissione Rodotà’

Nel 2007 è stata istituita presso il Ministero della Giustizia una “Commissione sui beni pubblici”, presieduta da Stefano Rodotà, con lo scopo di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. Attualmente la proposta di articolato, ripresentata nella XVII legislatura, è in esame presso la Commissione Giustizia del Senato dal 29 aprile 2014 (Atto Senato 398²¹⁶), e si attendono gli esiti dell’esame parlamentare. Si analizzerà la proposta di riforma nella parte in cui disciplina i beni comuni; si indagherà poi la differenza, nel testo di riforma, fra questi e i beni pubblici, e il ruolo che la proposta, ancorché non si sia tradotta in diritto positivo, svolge rispetto alla riflessione sui ‘beni comuni’.

3.1.1. I beni comuni nella proposta di articolato

La Commissione ha presentato una proposta di articolato²¹⁷ ed una annessa relazione, attraverso cui propone una revisione delle norme in materia di beni pubblici²¹⁸ così come dell’art. 810 cod. civ.²¹⁹. In via preliminare occorre osservare che l’art. 1 connette le disposizioni contenute nello schema di legge delega agli articoli 1, 2, 3, 5, 9, 41, 42, 43, 97, 117 della Costituzione; le norme che attengono ai beni pubblici sono legate alla tutela dei diritti fondamentali e alle previsioni costituzionali che riguardano la

²¹⁶ Reperibile all’indirizzo: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/40328.htm> (ultimo accesso: 30 giugno 2017).

²¹⁷ Reperibile all’indirizzo: https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previousPage=mg_1_12_1&contentId=SPS47624 (Ultimo accesso: 20 giugno 2016)

²¹⁸ Per un’analisi dell’opportunità di una riforma dei regimi dei beni pubblici e per una breve storia dell’evoluzione dell’applicazione delle norme codicistiche si veda, fra gli altri, M. Renna *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in “Il Diritto dell’economia”, n. 1, 2009.

²¹⁹ Tale proposta di riforma sarà analizzata nel cap. II.

proprietà e l'iniziativa economica. Tale relazione non è trascurabile; i beni comuni infatti sono definiti (art. 2 lett. c) come “cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona”. A tale definizione è affiancato un elenco non tassativo di beni che devono considerarsi ‘comuni’²²⁰, e che dunque sono ritenuti per definizione funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali. Assume dunque importanza la funzione dei beni; tale impostazione è stata letta in senso critico da parte della dottrina, in quanto, si afferma, questo fa sì che la categoria sia “congegnata in modo tale da istituire una categoria di beni (...) dai confini non rigidamente predeterminati”, e che “può essere integrata solo attraverso la mediazione dell'interprete, al quale spetta il compito, assai delicato, di concretizzare il significato di «diritti fondamentali» e di «libero sviluppo della persona»”²²¹.

Nel testo di riforma i beni sono dunque ‘comuni’ non in ragione del soggetto cui appartengono bensì in forza della funzione che essi possono svolgere; in tale impostazione un elemento di sicura novità è la – parziale – indifferenza alla titolarità del diritto di proprietà nella costruzione del regime dei beni, che si traduce in una minore importanza della qualificazione – pubblica o privata – del soggetto titolare.

La scarsa rilevanza del criterio ‘soggettivo’ di qualificazione è confermato, almeno in parte, dalle norme che ne regolano la disciplina. Si legge infatti nella proposta di articolato che “titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o private. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge”. Occorre però considerare che rispetto al regime del bene e alle regole che in concreto lo determinano, qualora il titolare del diritto di proprietà sul bene sia il soggetto pubblico, i beni comuni sono “collocati fuori commercio” e la loro concessione è consentita nei soli casi previsti dalla legge senza che vi possano essere proroghe.

²²⁰ L'elenco comprende: i fiumi i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate.

²²¹ L. Nivarra, *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, cit., p. 43.

Per quanto attiene la possibilità di agire in giudizio, si prevede che “alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque”, mentre l’azione per i danni arrecati al bene comune è esperibile in via esclusiva dallo Stato.

Le difficoltà che emergono attengono più che al momento definitorio a quello della disciplina, e in particolar modo rispetto all’ipotesi in cui i beni siano privati; infatti le norme del codice civile – o le altre norme che trovano applicazione rispetto ai singoli regimi – dovrebbero essere coordinate con la garanzia della fruizione collettiva nonché con le norme sulla legittimazione ad agire, e quest’operazione sarebbe affidata al giudice, in quanto con riguardo ai beni di proprietà di privati, anche coerentemente con gli scopi della Commissione, non si prevede una disciplina specifica.

3.1.2. La distinzione con i beni pubblici nel testo di riforma

Parte della dottrina – anche fra gli estensori del testo di riforma – revoca in dubbio la necessità della categoria dei beni comuni considerando difficile “marcare con chiarezza i tratti distintivi dei beni comuni ad appartenenza pubblica rispetto alla categoria (...) dei “beni ad appartenenza pubblica necessaria”²²², che la Commissione definisce come beni “che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali”.

In via preliminare occorre brevemente illustrare la proposta di riforma della Commissione, che prevede tre *species* di beni pubblici, appartenenti a soggetti pubblici: i ‘beni pubblici ad appartenenza necessaria’, i ‘beni pubblici sociali’ e i ‘beni pubblici fruttiferi’. I beni ‘ad appartenenza pubblica necessaria’ sono definiti come beni che “soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali”. Sono previste regole di non usucapibilità e inalienabilità, nonché una legittimazione esclusivamente pubblica in relazione alla tutela inibitoria e risarcitoria.

I ‘beni pubblici sociali’ sono beni “le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona”. Tali beni non sono

²²² M. Renna, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, cit., p. 20.

usucapibili ed è previsto un vincolo reale di destinazione pubblica²²³; il legislatore delegato dovrà stabilire “le modalità e le condizioni di tutela giurisdizionale dei beni pubblici sociali anche da parte dei destinatari delle prestazioni”. È inoltre creata la categoria dei ‘beni pubblici fruttiferi’, che sono “alienabili e gestibili dalle persone pubbliche con strumenti di diritto privato”, seppur con un limite all’alienazione, che “è consentita solo quando siano dimostrati il venir meno della necessità dell’utilizzo pubblico dello specifico bene e l’impossibilità di continuarne il godimento in proprietà con criteri economici”. Questa categoria di beni “è regolata da idonei procedimenti che consentano di evidenziare la natura e la necessità delle scelte sottese alla dismissione”²²⁴.

La differenza fra beni pubblici e beni comuni nella proposta di articolato è marcata sotto il profilo del ruolo svolto dallo Stato, e più in generale dal soggetto pubblico, e può essere apprezzata sotto due profili. Con riguardo al primo, questo si può individuare nel diverso ruolo attribuito alla titolarità – pubblica o privata – dei beni e dunque nella minor rilevanza accordata al criterio soggettivo di qualificazione²²⁵. Da una parte infatti la disciplina dei ‘beni pubblici ad appartenenza pubblica necessaria’, e dei ‘beni pubblici sociali’ vede il soggetto pubblico come titolare del titolo di proprietà e dei poteri sul bene, seppur limitati dalle regole che si sono viste. Per quanto attiene ai ‘beni pubblici ad appartenenza necessaria’ poi, la discrezionalità del soggetto pubblico si estende finanche alla loro concreta individuazione, stante la generalità della nozione di ‘interesse generale’. Con riguardo ai beni comuni vi sono alcuni aspetti, come la definizione e la possibilità di agire in giudizio attraverso un’azione inibitoria, che non sono connessi alla titolarità del diritto di proprietà sul bene, bensì alla funzione che questo può svolgere in relazione ai diritti fondamentali. In particolare, rispetto alla legittimazione ad agire in giudizio, in relazione ai beni ad

²²³ Tale vincolo può venir meno, ma solo nel caso in cui “gli enti pubblici titolari del potere di rimuoverlo assicurino il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati”.

²²⁴ Occorre evidenziare l’ulteriore limite secondo cui “i corrispettivi realizzati [con l’alienazione] non possono essere imputati a spesa corrente”.

²²⁵ Con riguardo alla rilevanza del criterio soggettivo nella definizione dei beni pubblici la Commissione Rodotà mantiene ferma l’importanza del criterio soggettivo, già presente nell’attuale disciplina codicistica. Il diritto positivo infatti connette com’è noto l’attributo ‘pubblico’ alla titolarità in capo a enti pubblici, pur non risolvendo il primo nella seconda.

‘appartenenza pubblica necessaria’, lo Stato e gli enti pubblici territoriali “sono titolari dell’azione inibitoria”, mentre, come si è detto, in relazione ai beni definiti comuni la tutela inibitoria spetta a “chiunque” ed è dunque, per così dire, a titolarità diffusa²²⁶, non attribuita in maniera esclusiva al soggetto pubblico.

Tale distinzione non è di poco conto, in quanto porta con sé una differenza sostanziale rispetto ai due regimi: se infatti rispetto ai beni pubblici il potere discrezionale dello Stato circa le decisioni che attengono alla gestione del bene, seppur con delle limitazioni, rimane molto forte, rispetto ai beni comuni si potrebbe ipotizzare – salve possibili interpretazioni processualistiche restrittive della nozione di ‘chiunque’ da parte della giurisprudenza²²⁷ – la possibilità di un’azione in giudizio qualora vi sia un pregiudizio rispetto alle possibilità della fruizione collettiva, funzionalizzata all’esercizio dei diritti fondamentali. Si attribuirebbe così rilevanza giuridica alla posizione di soggetti non proprietari rispetto alla gestione del bene, indipendentemente dall’azione del soggetto titolare del diritto di proprietà.

Con riguardo ai ‘beni pubblici sociali’, seppur la differenza rispetto ai ‘beni comuni’ pare meno marcata, se per i secondi la posizione dei singoli rispetto alla fruizione e all’uso del bene è garantita, con riguardo ai primi la definizione delle modalità e delle condizioni della tutela giurisdizionale da parte dei destinatari delle prestazioni così come il funzionamento, in pratica, del ‘vincolo reale di destinazione’ sono affidati al legislatore.

3.1.3. La rilevanza della proposta della Commissione Rodotà rispetto alla riflessione sui beni

L’approccio utilizzato dalla Commissione Rodotà almeno in parte abbandona un criterio formalistico, così come quello legato alla qualificazione soggettiva del proprietario, adoperando un approccio, per così dire, “sostanzialistico, (...) che distingue i beni a seconda della loro funzione”²²⁸. Il portato della proposta di

²²⁶ Tale impostazione trova qualche assonanza rispetto alla tutela dei cd. ‘interessi diffusi’, per come è stata declinata dalla giurisprudenza prima e da alcuni dati normativi poi. Si veda la nota seguente.

²²⁷ Si veda sul punto il dibattito che si è svolto in materia di interessi diffusi. Per alcuni riferimenti bibliografici si vedano le note n. 197 e 250.

²²⁸ G. Stolfi, *Beni comuni in Parlamento. Per un percorso tra storia e diritto, verso approdi condivisi?*, in “Studi parlamentari e di politica costituzionale”, n. 177/178, 2012, p. 54.

articolato, se non è – ancora? – una modificazione del codice civile è quello di contribuire alla costruzione di un approccio alla teoria dei beni che attribuisca rilevanza ai loro possibili usi, e che non adotti un approccio neutro rispetto alle loro caratteristiche²²⁹.

Tale impostazione ha radici lontane nel tempo, che Grossi rinviene in una nota prolusione di Enrico Finzi²³⁰, e che sicuramente trovano un importante punto di avanzamento nell'opera di Salvatore Pugliatti il quale, pur adottando una prospettiva maggiormente attenta al profilo soggettivo della questione, scompone, com'è noto, la proprietà nelle proprietà²³¹, affermando che “non si può tracciare il profilo di un istituto, se non si proceda alla identificazione degli interessi che il legislatore ha inteso tutelare”²³², e rinvenendo la prevalenza di interessi diversi nelle diverse regole giuridiche che disciplinano le differenti proprietà.

Quello che Salvatore Pugliatti fece sul versante soggettivo, scomponendo e analizzando gli interessi sottesi alla disciplina della proprietà, ha fatto Grossi per quanto attiene al profilo oggettivo. Scrive l'Autore che occorre partire “dalla cosa, perché – ormai –ciò che sta a cuore è l'utilità della cosa, che funge da limite ai poteri del proprietario e da fonte per lui di precisi doveri”²³³.

Uno dei rischi di tale impostazione sembra essere quello di fondarsi su una ‘ontologia dei beni’ intesa in senso naturalistico, una loro considerazione come entità naturali che ‘di per sé’ esprimono delle indicazioni sulla loro funzione. Si tornerà sulla questione in maniera più approfondita nel prosieguo dell'indagine²³⁴, ma ciò che si

²²⁹ Tale impostazione, indifferente alle caratteristiche del bene è strettamente connessa alla modernità e alla centralità della volontà dell'individuo. Scrive sul punto P. Grossi che tale impostazione porta con sé “la totale insignificanza dei beni, i quali non possono aspirare a un ruolo maggiore di quello che il piedistallo ha per una statua. Non ci possono non essere, ma si limitano a costituire un semplice punto di riferimento assolutamente passivo. Se si vuole, con altra immagine, il bene è semplicemente l'ombra dell'individuo proprietario a livello delle cose”, in *Id.*, *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, n. 4, 2012.

²³⁰ E. Finzi, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in “Arch. giur.”, LXXXIX, 1923.

²³¹ S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954.

²³² *Ibidem*, p. 300.

²³³ P. Grossi *I beni: itinerari fra 'moderno' e 'pos-moderno'*, cit. In tal senso sembrerebbero potersi leggere le parole di E. Reviglio, membro della Commissione, secondo cui “i beni pubblici (sempre in senso lato) vanno classificati in funzione delle utilità che generano per le persone”, in *Id.*, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in “Politica del diritto”, n. 3, 2008 p. 534.

²³⁴ Si vedano i § 2.2 e 2.3 del capitolo II.

può fin d'ora segnalare è che, nel testo della Commissione Rodotà, il ruolo di selezione fra le possibili funzioni dei beni – attraverso le loro utilità – è svolto dai diritti fondamentali, che orientano i regimi verso una disciplina che ne renda effettivo l'esercizio. Da tali considerazioni sembrerebbe sorgere una delle questioni che la proposta della Commissione Rodotà ha il merito di far emergere: la necessità di indagare l'incidenza di un dato regime dei beni rispetto alla funzione che questi possono svolgere nel soddisfacimento dei diritti fondamentali. Secondo questa prospettiva un ruolo rilevante può essere svolto dal concetto di utilità, in relazione alla funzione – o alle funzioni – che l'ordinamento, prevedendo un dato regime, può privilegiare o rendere possibili. Tale indicazione si può dedurre anche dal commento alla proposta di uno degli estensori del testo, che afferma la necessità di rendere rilevante la “funzione economico-sociale delle singole tipologie di beni”²³⁵.

Emerge inoltre la rilevanza della connessione fra beni e diritti fondamentali. Questa può servire alla costruzione di una disciplina in materia di beni – anche – pubblici che da una parte non attribuisca il potere di decidere circa la destinazione e la funzione cui destinare beni rilevanti per la collettività unicamente al soggetto pubblico, considerato interprete dell'interesse generale in ragione di un meccanismo di rappresentanza la cui astrattezza è stata a più riprese criticata in dottrina²³⁶. D'altro canto, tale legame può servire ad attribuire rilevanza a interessi di soggetti non proprietari rispetto ad un dato bene²³⁷. Tali indicazioni sono colte, almeno in parte, dalla giurisprudenza sul punto, che si affronterà nel paragrafo che segue.

3.2. L'elaborazione giurisprudenziale. Le sentenze gemelle della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione con tre sentenze gemelle²³⁸ del febbraio del 2011 ha per la prima volta usato il termine ‘bene comune’, definendolo come quel bene che

²³⁵ E. Reviglio, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici*, cit., p. 534.

²³⁶ Si vedano sul punto le note 2, 3, 4.

²³⁷ Sul ruolo dello Stato rispetto alla gestione di beni pubblici sia concesso rimandare, per i riferimenti bibliografici e per alcune riflessioni ulteriori, al mio scritto *Collettività e governo dei beni comuni*, cit., pp. 143-157.

²³⁸ Le pronunce sono quella del 14 febbraio del 2011 n. 3665 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, così come le sentenze ‘gemelle’, del 16 febbraio 2011, n. 3811 e del 18 febbraio 2011, n. 3938.

“indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale (...) [e] prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini”.

Le sentenze della Corte di Cassazione traggono origine da alcune controversie sorte fra varie imprese e lo Stato Italiano sulla proprietà di numerose valli da pesca; occorre brevemente illustrare il caso, in modo da meglio comprendere le pronunce e le loro critiche. Nel caso oggetto di analisi lo Stato affermava l'appartenenza delle valli al demanio, e dunque l'inalienabilità del bene, mentre le parti private affermavano di esserne proprietarie. La questione tecnica era incerta, come conferma anche parte della dottrina che si è occupata del tema²³⁹.

Le decisioni del Tribunale²⁴⁰ e della Corte d'Appello²⁴¹ qualificano, *ex art. 28 cod. nav.*²⁴², la valle da pesca come un bene del demanio, in quanto questa comunica almeno una parte dell'anno con il mare ed è morfologicamente idonea alla pesca, uso pubblico marittimo. Così qualificata la valle, e considerando che il carattere demaniale di un bene non può venir meno se non con un atto formale dell'amministrazione²⁴³, la Corte d'Appello statuisce che, stante l'inalienabilità dei beni demaniali, gli atti di disposizione del bene da parte dei privati devono ritenersi nulli in quanto aventi ad oggetto beni fuori commercio.

La Corte di Cassazione, investita della questione, pur affermando che la *ratio* utilizzata dalla Corte di Appello “non è di per sé censurabile”, giudica opportuno

²³⁹ Sulla natura della proprietà delle valli da pesca: G. Alpa, F. Di Giovanni, B. Eccher, M. Esposito, N. Irti, B. Libonati, G. Morbidelli, *Lo stato giuridico delle valli da pesca della laguna di Venezia*, Padova, 2010. Già scriveva del tema E. Guicciardi, *La condizione giuridica delle valli da pesca secondo il Codice della navigazione*, in “Dir. beni pubblici”, 1942.

²⁴⁰ Trib. Venezia, 26 maggio 2004.

²⁴¹ C. App. di Venezia, 10 giugno 2008, n. 824.

²⁴² L'art 28 cod. nav., rubricato “*Beni del demanio marittimo*”, recita: *Fanno parte del demanio marittimo: a) il lido, la spiaggia, i porti, le rade; b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo.*

²⁴³ Sulla categoria del demanio si vedano, per un primo inquadramento: M. S. Giannini, *I beni pubblici* cit., S. Cassese *I beni pubblici, circolazione e tutela* Milano, 1969 p. 4 ss., V. Caputi Jamberghi voce *Beni pubblici* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, V, Roma, 1984.

“integrarla con ulteriori argomentazioni, in virtù del sistema pluralistico delle fonti del diritto civile con particolare riferimento alla Costituzione”.

I Giudici di Legittimità costruiscono la motivazione su due diversi piani; il primo è fondato sugli artt. 822 cod. civ. e seguenti e l’art. 28 cod. nav., che individua i beni del demanio marittimo e in base ai quali la valle è da considerarsi appartenente al demanio. A tale argomentazione i Giudici di Legittimità aggiungono un ulteriore livello argomentativo che, attraverso il testo costituzionale – e segnatamente gli art. 2, 9, 42 Cost. – reinterpreta la nozione di demanialità²⁴⁴ e introduce quella di beni comuni.

La Corte di Cassazione, attraverso la distinzione fra Stato-apparato e Stato-collettività, ricostruisce il regime dei beni demaniali come segnato da una doppia appartenenza; la titolarità dei beni demaniali è in capo allo Stato in quanto soggetto di diritto, e la *ratio* dell’attribuzione all’ente pubblico è strumentale alla fruizione del bene da parte della collettività; si configura dunque un’appartenenza, per così dire, ‘sostanziale’ in capo a quest’ultima. Scrive infatti la Corte che “la «demanialità» esprime una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta come (...) appartenenza di servizio che è necessaria, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione”²⁴⁵. Nello svolgersi dell’argomentazione, la Corte osserva come la categoria dei beni pubblici, anche demaniali, stia subendo modificazioni quantitative e qualitative²⁴⁶, e

²⁴⁴ Scrive la Corte che “oggi (...) non è più possibile limitarsi, in tema di individuazione dei beni pubblici o demaniali, all’esame della sola normativa codicistica del 42, risultando indispensabile integrare la stessa con le varie fonti dell’ordinamento e specificamente con le (successive) norme costituzionali”.

²⁴⁵ Sottolinea G. Carapezza Figlia che “l’esigenza di superare una visione dello Stato apparato quale persona giuridica pubblica, per accedere a una concezione imperniata sulla collettività”, *Id., Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite*, in “Rassegna di diritto civile”, n. 2, 2012, p. 537.

²⁴⁶ Il riferimento è alle “leggi aventi ad oggetto la trasformazione degli enti pubblici economici in società per azioni (tra cui il D.L. n. 386 del 1991, convertito nella L. n. 35 del 1992), quelle riguardanti la privatizzazione di enti proprietari in maniera rilevante di beni pubblici (come l’Enel, ex L. n. 359 del 1992, e le Ferrovie dello Stato, mediante delibera Cipe del 92), nonché il D.lgs. n. 267 del 2000, che ha consentito il trasferimento a società di capitali di beni pubblici da parte degli enti locali (con riferimento a «i comuni, le province, le città metropolitane, le comunità montane, le comunità isolate e le unioni di comuni»), il D.L. n. 63 del 2002 (convertito nella L. n. 112 del 2002) che, tra l’altro, ha dato luogo alla costituzione di un’apposita società per azioni (la Infrastrutture s.p.a.), sotto la vigilanza del Ministro dell’Economia e delle Finanze) cui possono essere trasferiti beni pubblici sino alla L. n.

come dunque “in alcune ipotesi la proprietà «pubblica» del bene e la destinazione dello stesso ad usi e finalità pubbliche (della collettività) diventano aspetti scindibili”. Considerate le modificazioni che si registrano in seno ai beni pubblici²⁴⁷ e la possibile scissione fra titolarità e destinazione del bene, la Corte definisce, come già accennato, come “bene comune” quel bene che “indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale (...) [e] prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini ”.

I Giudici di Legittimità costruiscono quindi la nozione di bene comune a partire dalla considerazione degli interessi che il bene può soddisfare; detti interessi, che si individuano in quelli costituzionalmente tutelati, connessi all’art. 9 e 2 Cost., incidono sul regime del bene²⁴⁸ e – sembrerebbe – rendono obbligata la garanzia della sua fruizione collettiva.

Seguendo la prospettiva della Corte dunque esistono beni demaniali che sono anche ‘comuni’, e in tal caso “la titolarità dello Stato (come Stato – collettività, vale a dire come ente espositivo degli interessi di tutti) non è fine a sé stessa e non rileva solo sul piano proprietario, ma comporta per lo stesso gli oneri di una *governance* che renda effettive le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene”.

326 del 2003 , con particolare riferimento all'art. 30 (che tra l'altro statuisce che «ai fini della valorizzazione, trasformazione, commercializzazione e gestione del patrimonio immobiliare dello Stato e con le procedure di cui al primo periodo del D.L. 25 settembre 2001, n. 351, art. 3, comma 15, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 novembre 2001, n. 410 , vengono promosse le società di trasformazione urbana secondo quanto disposto dall'art. 120 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che includano nel proprio ambito di intervento immobili di proprietà dello Stato, anche con la partecipazione del Ministero dell'economia e delle finanze, attraverso l'Agenzia del demanio, delle regioni, delle province, e delle società interamente controllate dallo stesso Ministero»), e la L. n. 112 del 2002 che all'art. 7 prevede al primo e decimo comma che «per la valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato è istituita una società per azioni, che assume la denominazione di Patrimonio dello Stato s.p.a.» e che alla Patrimonio dello Stato s.p.a. possono essere trasferiti diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato, sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato e comunque sugli altri beni compresi nel conto generale del patrimonio dello Stato di cui al D.lgs. 7 agosto 1997, n. 279, art. 14, ovvero ogni altro diritto costituito a favore dello Stato”.

²⁴⁷ Sul punto, per un primo inquadramento, si veda: U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice Civile*, cit.

²⁴⁸ Scrive la Corte che “in tal modo, risultando la collettività costituita da persone fisiche, l’aspetto dominante della tipologia del bene in questione cede il passo alla realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità”.

La Corte con questa pronuncia interpreta i beni demaniali come beni di appartenenza dell'ente pubblico in quanto rappresentativo della collettività, e d'altra parte ricostruisce una nozione di "bene comune" come bene che sotto il profilo funzionale è finalizzato alla realizzazione di interessi costituzionalmente tutelati; e sembrerebbe essere proprio tale funzionalizzazione a imporre di riconsiderare il suo regime.

3.3. (Segue). Alcuni rilievi critici

È possibile sottoporre la pronuncia in esame ad alcuni rilievi critici; *in primis* non appare chiaro se e in che modo gli 'oneri di *governance*' che la Corte pone in capo allo Stato siano giuridicamente rilevanti e quindi idonei a fondare un eventuale giudizio in cui si valutino le conseguenze di un loro inadempimento. In secondo luogo è opportuno chiedersi se l'indifferenza alla titolarità rispetto alla definizione di un bene come 'comune' sia da intendere in senso, per così dire, 'forte', o 'debole'. In dottrina è stato poi criticato²⁴⁹ il riferimento della Corte di Cassazione ai diritti fondamentali, in quanto considerato non necessario ai fini della soluzione della controversia.

3.3.1. (Segue). La vaghezza degli oneri di *governance*

Se la Corte afferma l'esistenza in capo allo Stato di alcuni oneri di gestione rispetto al bene, non appare però chiara né la loro natura né il loro contenuto. Le possibilità interpretative sembrerebbero essere tre. La prima è quella per cui gli oneri di gestione in capo al soggetto pubblico non siano determinabili a priori; in questa prospettiva sarebbe il soggetto pubblico a determinare, nella discrezionalità dell'azione amministrativa, quali siano le modalità di godimento e di fruizione pubblica del bene. Tale impostazione non sembrerebbe potersi accogliere in ragione dell'analisi che la Corte di Cassazione svolge circa l'esistenza, con riguardo ai beni demaniali, di un'appartenenza 'di servizio' in capo all'ente pubblico e un'appartenenza 'in capo alla collettività', costruzione giuridica da cui potrebbe trarsi l'indicazione per cui il regime dei beni demaniali limita giuridicamente l'azione del proprietario di tali beni, l'ente pubblico, anche e soprattutto in ragione della necessità della "realizzazione di interessi fondamentali indispensabili per il compiuto svolgimento dell'umana personalità",

²⁴⁹ Si veda in tal senso C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit.

posta dalla Corte a fondamento della nozione di ‘bene comune’. Rimane comunque non chiaro quali siano in concreto detti oneri, e come vadano determinati.

La seconda interpretazione possibile è quella che legge la decisione della Corte alla luce della riflessione e dei dati normativi in materia di interessi diffusi. Tale prospettiva potrebbe portare a sovrapporre quanto affermato dall’elaborazione giurisprudenziale, dottrinale e ormai anche al dato normativo in materia, in relazione alla legittimazione ad agire davanti al Tribunale Amministrativo per l’annullamento di atti illegittimi. A tutela degli interessi diffusi è infatti possibile per il singolo o per gruppi – nella forma di associazioni e comitati –, al compiersi di determinate condizioni, agire in giudizio per l’annullamento di atti illegittimi²⁵⁰. In questo caso la

²⁵⁰ A fronte di una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 1978 (Cass. civ. Sez. Unite, 8 maggio 1978, n. 2207) che negava la tutelabilità degli interessi diffusi sia da parte del singolo che da parte delle associazioni, a partire dal 1979 (Consiglio di Stato, sez. ad. plen. N. 24, 1979) il Consiglio di Stato ha affermato la possibilità di una tutela degli interessi diffusi connessi alla protezione dell’ambiente, da parte del singolo così come da parte delle associazioni ambientaliste, anche in ragione dell’importanza del riconoscimento delle “formazioni sociali” di cui all’art. 2 Cost., in base però ad alcuni criteri. Per le associazioni i criteri si rinvergono nell’essere l’associazione un “ente esponenziale”, nella rilevanza dell’interesse in questione nello statuto. Con riguardo al singolo le possibilità di accedere alla tutela giurisdizionale, possibili soltanto in alcuni casi, sono connesse alla cd. *vicinitas*, e dunque al radicamento del singolo nel territorio in cui il bene ambientale è collocato e ad un interesse concreto rispetto ad un bene determinato. A questa giurisprudenza, comunque non completamente chiara con riguardo ai criteri, si sono aggiunti i dati normativi di cui agli artt. art. 13 e 18 della l. 349/1986, agli art. 309 e 310 della l. 152/2006, 146 codice beni culturali, e poi all’art 9 della l. 241/90. Con riguardo al primo gruppo di norme, quella più rilevante, sulla cui base sembrano costruite le altre, sono gli articoli 13 e 18 della l. 349/1986 (fra l’altro di impulso europeo, in relazione alle direttive 337/1985 e 2003/35). L’art 13 della l. 349/1986 prevede l’individuazione da parte del ministero dell’ambiente delle associazioni di protezione ambientale, e l’art. 18 della stessa legge prevede la possibilità che tali associazioni possano intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l’annullamento di atti illegittimi. È interessante vedere come per la protezione degli interessi diffusi il legislatore abbia dato rilievo ad un soggetto, che funziona come “ente esponenziale” dei soggetti portatori di “interessi diffusi”, e che è individuato dal legislatore, in un approccio sicuramente top-down. Altrettanto interessante è considerare come la giurisprudenza maggioritaria sul punto (Cons. Stato 182/1996, Cons. Stato Sez. V Sent., 23-04-2007, n. 1830, Cons. Stato Sez. IV, 08-11-2010, n. 7907 (conforme: 4123/2001), Cons. Stato Sez. IV, 16-02-2010, n. 885; Cons. Stato Sez. V, Sent., 17/10/2012, n. 5295, T.A.R. Sicilia Palermo Sez. I, Sent., 23/03/2011, n. 546, T.A.R. Liguria Sez. I, 18- 03-2004, n. 267; T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 22 - 06-2012, n. 444; *contra*: Consiglio di Stato, sez. VI, 16/07/1990, n. 728; Cons. Stato Sez. IV, Sent., 28/03/2011, n. 1876 Cons. Stato Sez. IV, 16-06-2011, n. 3662) abbia interpretato in senso estensivo le norme che prevedono la possibilità di agire in giudizio delle associazioni ex art 13 l. 349/1986, affermando il carattere permissivo della norma. La giurisprudenza ha così esteso la legittimazione ad agire ad associazioni anche non indicate dal ministero, che compiano tali condizioni: a) perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale; b) abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità e c) si collochino in un’area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva. Occorre sottolineare che per quanto riguarda i comitati, struttura meno organizzata rispetto alle associazioni, più, per così dire, fluida, la giurisprudenza ha spesso negato la possibilità di agire in giudizio quando manchi stabilità dell’azione sul territorio o il comitato sia costituito in prossimità del giudizio Cons. Stato Sez. V, 1 ottobre 2001, n. 5197; Cons. Stato Sez. V

giurisprudenza della Corte di Cassazione andrebbe interpretata come ‘rafforzativa’ della già rilevante giurisprudenza amministrativa, e potrebbe portare ad un ‘allargamento’ delle maglie entro cui i tribunali ammettono la legittimazione ad agire. In tal caso però, se l’effettività dell’art. 9 Cost. potrebbe ritenersi garantita, seppur unicamente sotto il profilo dell’annullamento dell’atto amministrativo illegittimo, per quanto attiene alle “varie forme di godimento e di uso pubblico del bene” la scelta rimarrebbe rimessa al legislatore. Tale interpretazione pare quella più corretta da un punto di vista sistematico rispetto al regime dei beni demaniali, ma d’altro canto rende problematica la loro coniugazione con la categoria – o metacategoria? – dei beni comuni, cui la Corte di Cassazione afferma appartenere la laguna oggetto di controversia.

Seguendo la traiettoria indicata dalla Corte si potrebbe ipotizzare un’applicazione degli articoli 9, 2, 42 Cost che permetta di affermare un limite alla discrezionalità statale rispetto alla definizione delle forme di godimento pubblico del bene, limite che si rinverrebbe nella compatibilità della decisione dell’ente pubblico con l’effettiva possibilità di esercizio dei diritti fondamentali. In tal caso sarebbe il giudice che, in relazione al caso concreto, e alle utilità che il bene esprime in relazione ai diritti fondamentali, potrebbe sindacare la legittimità delle scelte gestorie dell’ente pubblico.

3.3.2. (Segue). Il significato della ‘indifferenza alla titolarità’

Per quanto attiene al secondo aspetto delle sentenze passibile di critica, occorre indagare le implicazioni dell’affermata indifferenza alla titolarità della qualificazione di un bene come ‘comune’. Considerato che la Corte, trattando un caso attinente ai beni demaniali, nulla dice rispetto ai beni comuni ‘privati’, non si possono dare

Sent., 23 aprile 2007, Cons. Stato Sez. V Sent., 14 giugno 2007, n. 3191 Cons. Stato Sez. V, 14 giugno 2007, n. 3192, Cons. Stato Sez. IV, 16 febbraio 2010, n. 885, T.A.R. Toscana Firenze Sez. II, Sent., 01 aprile 2011, n. 567, T.A.R. Piemonte Sez. II, 06 maggio 1999 n. 244 T.A.R. Lazio Roma Sez. II ter, 29 gennaio 2007, n. 617; T.A.R. Veneto Venezia Sez. III, Sent., 3 maggio 2011, n. 722, T.A.R. Veneto Venezia Sez. II Sent., 21 marzo 2008, n. 741; ammette un comitato stabile: T.A.R. Friuli - Venezia Giulia Trieste Sez. I, Sent., 11 marzo 2016, n. 77. Per quanto riguarda il singolo, in alcune ipotesi in cui la legislazione ammette la possibilità di ricorrere, questa non è accordata unicamente ai proprietari (Consiglio di Stato, sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182; Cons. Stato Sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760), e, come già detto, la legittimazione a ricorrere è valutata in base al criterio della *vicinitas*. Sul rapporto fra *vicinitas* e beni comuni si veda A. M. Gambino, A. Genovese, B. Sirgiovanni, *Beni comuni*, in “Nuovo diritto civile”, n. 3, 2016, pp. 335 ss.

risposte, ma è utile tentare fin d'ora di immaginare alcune possibili linee interpretative della 'indifferenza alla titolarità', che può essere declinata in senso 'forte' oppure 'debole'.

Se l'indifferenza fosse connotata in senso forte allora, seppur con una declinazione diversa in ragione del tipo di bene e della sua funzionalità rispetto ai diritti fondamentali, anche rispetto a beni 'privati' – o pubblici e non demaniali – dovrebbe ipotizzarsi una riformulazione dei regimi dei beni privati che interferiscono con l'esercizio dei diritti fondamentali. Se l'indifferenza fosse connotata invece in senso debole, l'imposizione di oneri in capo al soggetto pubblico andrebbe ricondotta – anche – alla demanialità del bene, per come ricostruita dalla Corte di Cassazione, e non al suo essere 'comune'. Se si accogliesse tale prospettiva, rimarrebbe però da chiarire quale potrebbe essere il significato e la portata della nozione di 'beni comuni', categoria che andrebbe a sovrapporsi a quella di beni demaniali, per come riletta dalla Corte di Cassazione.

3.3.3. (Segue). La necessità del riferimento ai diritti fondamentali

Guardando ai molti commenti di questa sentenza, accanto ad una dottrina che ha accolto con favore la pronuncia²⁵¹, seppur sottolineandone alcuni aspetti critici²⁵², altra parte della dottrina²⁵³ ha espresso non pochi dubbi circa la necessità di un riferimento al testo costituzionale per interpretare le norme codicistiche in materia di beni²⁵⁴ e ha affermato la problematicità della – nonché l'approssimatività²⁵⁵ della

²⁵¹ E. Pellicchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Il foro it.*, n. 1, 2012; G. Carapezza Figlia, *Proprietà e funzione sociale* cit., 535 ss.; F. Marinelli, voce *Beni comuni*, cit., p. 163.

²⁵² Scrive S. Lieto che "lo sforzo volto all'identificazione di questa categoria, (...) va inteso in direzione dell'affermazione di un principio di indisponibilità assoluta di alcuni beni ritenuti essenziali all'esistenza di ciascun individuo", per poi individuare come nodo problematico "la selezione dei bisogni primari" in *Ead. "Beni comuni", diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica* in "Politica del diritto", n. 2, 2011, 348.

²⁵³ Si veda in tal senso C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, cit.

²⁵⁴ Secondo l'A. "il richiamo diretto alla Costituzione costituisc[e] la via di un superamento neppure mascherato del livello della legislazione ordinaria, anzi della sostituzione di esso ad opera del giudice", in C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile* cit., p. 55.

²⁵⁵ Scrive C. Castronovo che "come dalla tutela della persona (art. 2) e del paesaggio (art. 9) possa ricavarsi la qualificazione 'comune' riferita a un bene (...) rimane misterioso" in *Id., op. cit.*, p. 54.

Corte di Cassazione nella – considerazione dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, in mancanza di norme di rango legislativo che siano espressione della Carta Fondamentale²⁵⁶.

Se sicuramente i diritti costituzionalmente tutelati che possono incidere sul regime del bene vanno individuati con precisione e rigore, non pare potersi condividere l'indirizzo secondo il quale la Corte di Cassazione non avrebbe avuto ragione di fare riferimento al testo costituzionale; e questo in quanto la connessione del regime del bene rispetto alla possibilità concreta di esercizio dei diritti fondamentali ha permesso ai Giudici di Legittimità di affermare l'esistenza di oneri di gestione del bene in capo allo Stato, e non è stata dunque inutile. Si può invece muovere qualche critica, come già detto, sulle modalità con cui la Corte fa operare i diritti costituzionalmente tutelati rispetto al regime del bene, nella misura in cui sarebbe stata necessaria una maggior specificazione del contenuto degli oneri posti in capo allo Stato e delle conseguenze di un mancato adempimento da parte dell'ente pubblico.

3.3.4. (Segue). I beni comuni nella giurisprudenza della Corte di Cassazione

Le sentenze che si sono prese in esame, come già si è detto, sono rilevanti *in primis* in quanto utilizzano il lemma “beni comuni”, e lo fanno seguendo lo schema teorico proposto dalla Commissione Rodotà. Seppur passibili di critica sotto alcuni profili, esse costituiscono un primo momento di ‘emersione’ di un possibile legame fra disciplina dei beni e diritti fondamentali, nonché della nozione di ‘beni comuni’, ancorché in via di definizione. Le indicazioni che si colgono dalle pronunce della Corte di Cassazione sono con buona approssimazione due: da una parte la necessità di comprendere attraverso quali tecniche i diritti fondamentali possono incidere sulla disciplina di alcuni beni, e dall'altra l'opportunità di uno studio approfondito dei meccanismi attraverso cui gli ‘oneri di *governance*’ possono essere imposti al proprietario, quantomeno pubblico, e almeno per quanto attiene ai beni demaniali. Proprio la declinazione della nozione dei beni comuni rispetto all'agire del soggetto

²⁵⁶ Ulteriore critica mossa alla pronuncia della Corte di Cassazione è dunque quella che attiene all'impossibilità di applicare direttamente il dettato costituzionale stante la mancanza di regole che concretizzino la norma costituzionale in regole e “criteri certi e determinati che stabiliscano i poteri su che cosa e in capo a chi, senza dei quali non può darsi un regime giuridico dei beni”, in C. Castronovo, *op. cit.*, p. 183.

pubblico emerge nei recenti regolamenti comunali in materia di beni comuni, che si prenderanno in esame nel paragrafo che segue.

3.4. I regolamenti comunali in materia di beni comuni urbani

Negli ultimi due anni diversi Comuni italiani, sulla base dell'art. 118 Cost.²⁵⁷ hanno adottato Regolamenti²⁵⁸ che disciplinano alcune modalità di possibile collaborazione fra la collettività e l'Amministrazione nella gestione di beni definiti 'comuni'. Tali Regolamenti, pur con alcune diversità, paiono abbastanza omogenei fra loro, e per questo si prenderà in esame il regolamento del Comune di Bologna che è stato il modello cui le Amministrazioni Comunali hanno fatto riferimento, e quello che da tale modello si discosta maggiormente, del Comune di Chieri²⁵⁹.

Si esamineranno i regolamenti in relazione alla definizione di beni comuni che questi accolgono, al ruolo svolto dal soggetto pubblico rispetto alla loro gestione; si guarderà poi alla loro applicazione nei 'patti di collaborazione', per tentare di comprendere quale possa essere la rilevanza dei regolamenti rispetto ad una costruzione tecnica della nozione di 'beni comuni'.

3.4.1. La definizione e la disciplina²⁶⁰

I regolamenti definiscono come 'beni comuni urbani' i beni considerati come tali dall'Amministrazione e dai cittadini, o dalla collettività nel regolamento del Comune

²⁵⁷ Rileva anche l'art. 24 del D.L. 133/2014, secondo cui "i Comuni possono definire i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli e associati, purché individuati in relazione al territorio da riqualificare". Precisa poi tale norma che "gli interventi possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade ed in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. In relazione alla tipologia dei predetti interventi i Comuni possono deliberare riduzioni o esenzioni di tributi inerenti al tipo di attività posta in essere. L'esenzione è concessa per un periodo limitato, per specifici tributi e per attività individuate dai Comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere".

²⁵⁸ Per un elenco dei Comuni che hanno adottato un regolamento si veda <http://www.labsus.org/2015/04/i-comuni-de-regolamento-per-i-beni-comuni-di-labsus/> (ultimo accesso: 27 ottobre 2015); per gli aggiornamenti si veda: <http://www.labsus.org/category/cantieri/regolamento-amministrazione-condivisa-cantieri/> (ultimo accesso: 9 agosto 2016).

²⁵⁹ Il primo, il 'Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani', è frutto di una collaborazione tra il Laboratorio per la sussidiarietà *Labsus.org* e il Comune di Bologna, ed è poi stato adottato, talvolta con alcune modifiche, da molti altri Comuni; il secondo è il "Regolamento comunale per la partecipazione nel governo e nella cura dei beni comuni" del Comune di Chieri.

²⁶⁰ Questo paragrafo è frutto di una significativa rielaborazione del mio articolo *Possibilità e limiti dei*

di Chieri. L'art. 2 del regolamento del Comune di Bologna definisce infatti beni comuni urbani quei “beni, materiali, immateriali e digitali che i cittadini e l'Amministrazione, anche attraverso procedure partecipative e deliberative, riconoscono essere funzionali al benessere individuale e collettivo”²⁶¹. Tale definizione lascia ampio margine di discrezionalità all'Amministrazione e ai cittadini circa la definizione del bene come ‘comune’, attribuendo grande rilevanza al ‘riconoscimento’²⁶² e utilizzando una formula – quella del “benessere individuale e collettivo” – piuttosto generica.

Parzialmente diversa è la definizione accolta dall'art. 3 del regolamento del Comune di Chieri, che definisce beni comuni quei “beni, materiali, immateriali e digitali che la collettività (...) riconosce essere funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona, al benessere individuale e collettivo, e all'interesse delle generazioni future”. In questo regolamento si attribuisce rilevanza sia al profilo dell'esercizio dei diritti fondamentali sia alla collettività che opera il ‘riconoscimento’ del bene.

La differenza non è di poco conto in quanto nel primo caso l'individuazione dei beni come ‘comuni’ sembrerebbe rimessa completamente ai soggetti che operano il ‘riconoscimento’, mentre il riferimento esplicito ai diritti fondamentali potrebbe essere letto come limite a tale discrezionalità²⁶³.

Proprio in ragione della centralità dell'operazione di individuazione di tali beni, che è connotata da un buon grado di discrezionalità, occorre soffermarsi sulle procedure attraverso cui i beni sono individuati, sui soggetti coinvolti e sui rapporti fra questi. Se infatti il riferimento a un ‘riconoscimento’ è indice dell'importanza attribuita all'esistenza di una collettività per la quale il bene è ‘comune’, occorre però analizzare

recenti regolamenti comunali cit.

²⁶¹ Come si è detto il regolamento di Bologna ha costituito il modello di molti altri regolamenti, fra cui alcuni che lo hanno recepito modificandolo parzialmente. Il Regolamento del Comune dell'Aquila, per esempio, costruisce la categoria dei beni comuni come una sottocategoria dei beni pubblici, mentre il Regolamento di Bologna, come si vedrà, non esclude che beni privati possano essere definiti ‘comuni’. Anche il Regolamento del Comune di Ivrea, Trento, e Terni prevedono alcune modifiche, non sostanziali.

²⁶² L'uso del termine riconoscimento porta con sé una certa ambiguità; da una parte infatti esso è riferito – e non si può non notarne la portata retorica – al ruolo svolto dalla collettività nella definizione dei beni come ‘comuni’, mentre d'altra parte riecheggia un retroterra giusnaturalistico, secondo cui i beni comuni sono tali di per sé e la collettività – e l'ordinamento – li riconosce come tali.

²⁶³ Si veda in tal senso *infra*, § 3.4.6.

le modalità attraverso cui tali beni vengono individuati, con una particolare attenzione ai ruoli e alla capacità di incidere sulle decisioni dei soggetti coinvolti.

3.4.2. Il procedimento di individuazione²⁶⁴

Profilo che segna la differenza fra il regolamento del Comune di Chieri e quello del Comune di Bologna è quello dei soggetti che partecipano alla procedura di individuazione, così come quello delle regole di gestione.

Il regolamento di Bologna individua come soggetti che possono partecipare al ‘riconoscimento’, oltre al Comune anche i ‘cittadini attivi’ definiti ²⁶⁵ come “tutti i soggetti, singoli, associati o comunque riuniti in formazioni sociali, anche di natura imprenditoriale o a vocazione sociale, che si attivano per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani”.

Il regolamento del Comune di Chieri individua come parte del processo di riconoscimento le “soggettività autonome o collettività civiche”, che comprendono i soggetti, singoli, associati o riuniti in formazioni sociali, anche informali, che si attivano per l'individuazione, la cura e la rigenerazione di determinati beni comuni, e le “comunità di riferimento”²⁶⁶, costituite da soggettività autonome che si attivano in modo stabile in relazione a un determinato bene comune.

La scelta normativa del Comune di Chieri è più vicina a quelle riflessioni che individuano il punto di riferimento ‘soggettivo’ dei beni comuni nella collettività²⁶⁷ e non nei singoli considerati come individui. La prospettiva del regolamento del Comune di Bologna è invece improntata alla partecipazione ‘attiva’ dei cittadini, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale²⁶⁸, sancito dall’art 118 Cost., e

²⁶⁴ Questo paragrafo è frutto di una significativa rielaborazione del mio articolo *Possibilità e limiti dei recenti regolamenti comunali* cit.

²⁶⁵ Art. 2, c. 1, lett. c).

²⁶⁶ Art. 3, c. 1, lett. c) e d).

²⁶⁷ Scrive sul punto U. Mattei che le “strutture di governo dei beni comuni devono essere calibrate sulla comunità (...) vedendosi attribuite le competenze necessarie e sufficienti per operare la gestione virtuosa ed ecologica dei beni comuni e di cui sono chiamate ad occuparsi” in *Id., Beni comuni. Un manifesto*, cit., p. 62.

²⁶⁸ Si veda sul punto il libro curato dagli ideatori del progetto *Labsus*, G. Arena e C. Iaione, *L'Italia dei beni comuni*, cit.; Sull'interpretazione fondata sul principio di sussidiarietà si veda il § 2.5.

oggetto in dottrina di non poche critiche, in ragione della sua capacità di erosione delle politiche pubbliche²⁶⁹.

Per quanto attiene alle modalità con cui i beni da considerare ‘comuni’ sono individuati, in entrambi i regolamenti sono previsti due diversi meccanismi.

Il primo, che riguarda ‘interventi di cura occasionali’, prevede che il Comune periodicamente definisca alcune ipotesi ‘tipiche’ che potranno poi essere messe in atto dai soggetti interessati senza ulteriori formalità; il secondo, che attiene alle ipotesi di gestione condivisa e agli interventi di rigenerazione di diversi beni, prevede la possibilità di una proposta da parte del Comune o degli altri soggetti interessati, da cui può derivare la stipula di un ‘patto di collaborazione’²⁷⁰ in cui vengono definite le specifiche modalità di gestione o di ‘rigenerazione’ del bene. Il Comune potrà però comunque decidere, per ragioni di opportunità o per ragioni tecniche, di non dare seguito alla collaborazione con i cittadini nel regolamento del Comune di Bologna o con le soggettività autonome nel regolamento del Comune di Chieri.

Elemento da considerare è il ruolo svolto dal Comune nell’individuazione dei beni: la scelta ultima è lasciata infatti all’ente pubblico – proprietario – che per ragioni di opportunità può scegliere di escludere il bene dal novero dei beni comuni²⁷¹. Un primo profilo critico si individua nell’ampia discrezionalità dell’ente pubblico, da cui deriva il rischio concreto di una gestione dei beni che molto dipenda dall’indirizzo politico degli organi di governo del Comune²⁷². È interessante guardare alla relazione fra

²⁶⁹ Sul punto si veda, per un primo inquadramento: A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, cit., Secondo l’A. è necessario evitare che «i fenomeni partecipativi si trasformino in processi di cooptazione, o in applicazioni ambigue del principio di sussidiarietà, inteso come strumento per scaricare sui cittadini le responsabilità pubbliche della gestione dei servizi pubblici», *op. cit.* p. 69. Si veda il § 2.5 di questo capitolo.

²⁷⁰ “Patto di condivisione” nel regolamento di Chieri.

²⁷¹ L’art. 11, commi 6-8, del Comune di Bologna prevede che “La proposta di collaborazione viene sottoposta alla valutazione tecnica degli uffici e dei gestori dei servizi pubblici coinvolti. La proposta viene altresì portata a conoscenza del Presidente del Quartiere competente per territorio, il quale potrà far pervenire le proprie valutazioni circa l’opportunità della proposta stessa in relazione alle linee di programmazione delle attività dell’ente. La struttura predispone, sulla base delle valutazioni tecniche e di opportunità acquisite, gli atti necessari a rendere operativa la collaborazione e li propone al dirigente dell’ufficio o degli uffici competenti per materia. Qualora ritenga che non sussistano le condizioni tecniche o di opportunità per procedere, la struttura [il Comune] lo comunica al richiedente illustrandone le motivazioni e ne informa gli uffici e le istanze politiche coinvolti nell’istruttoria”.

²⁷² È naturalmente in ogni caso salvo l’obbligo di motivazione in capo all’Amministrazione, previsto dall’art. 3 della legge n. 241/1990, e la possibilità di ricorrere, *ex art. 21 octies*, della stessa legge, per l’annullamento dell’atto illegittimo perché carente di motivazione.

questo tipo di procedura di individuazione dei beni e la conformazione della proprietà pubblica. I regolamenti infatti, nel prevedere una così forte discrezionalità dell'ente pubblico sembrano lasciare intatto il potere proprietario dell'ente, in quanto è il Comune ad avere l'ultima parola sulla scelta circa la destinazione o l'uso del bene²⁷³.

3.4.3. Il profilo della gestione²⁷⁴

I recenti regolamenti, pur prevedendo la possibilità di interventi su beni privati, sono tesi principalmente a definire particolari modalità di gestione dei beni pubblici, regolando la partecipazione della collettività – e dei singoli che ne fanno parte – alla gestione²⁷⁵.

Il regolamento del Comune di Bologna, come già si è detto, non attribuisce rilievo alla collettività, ma ai singoli soggetti privati. La considerazione della singola persona, fisica o giuridica e non del gruppo che si forma in funzione della gestione del bene, fa sì che la disciplina della gestione, una volta che il bene sia stato 'riconosciuto' come comune, sia rimessa in gran parte al patto di collaborazione, in cui i 'cittadini attivi' coinvolti e l'Amministrazione concordano gli interventi e le attività da svolgere.

Sono previste diverse modalità di gestione a seconda del tipo di intervento sui 'beni comuni urbani'. Per quanto attiene agli 'interventi di cura occasionale', l'art. 29 stabilisce la possibilità che siano previsti dall'Amministrazione degli schemi tipici di collaborazione cui, secondo quanto disposto dall'art. 12 del Regolamento di Bologna, i soggetti privati possono aderire, senza che sia necessario un patto di collaborazione.

²⁷³ Pur rimanendo la possibilità che, attraverso un'azione politica, in cui la 'comunità di riferimento' sia molto forte, si riesca a determinare la 'opportunità' della qualificazione del bene come 'comune'. Sul punto si veda A. Quarta, U. Mattei, *Right to the city or urban commoning? Thoughts on the generative transformation of property law*, in "Italian law journal", n. 303, 2015.

²⁷⁴ Questo paragrafo è frutto di una significativa rielaborazione del mio articolo *Possibilità e limiti dei recenti regolamenti comunali* cit.

²⁷⁵ C. Iaione e S. R. Foster considerano i regolamenti come "urban commons-based experimentation which has both a governance component and resource-sharing component that allows residents access to, and use of, local assets (even if temporary). This promotes not only inclusive development practices but also new forms of urban welfare provisioning through commons management", in *Ead., The city as a commons*, in "Yale law & policy review", n. 2, 2016, p. 332. La riflessione sulle modalità di gestione è opportuna quanto più la prospettiva tradizionale secondo cui la gestione pubblica dei beni anche quando aperta alle istanze della collettività e al soddisfacimento di bisogni è attribuita all'ente pubblico che media il rapporto fra il bene e la collettività – astratta – dei cittadini. Questo profilo appare centrale se si considerano le differenti possibili opzioni di politica legislativa che possono interessare i beni pubblici, che possono configurarsi come molto diverse fra loro, finanche opposte.

Con riguardo alla gestione condivisa di spazi pubblici, si prevede che “i cittadini non possono realizzare attività o interventi che contrastino con la fruizione collettiva del bene”, e si garantisce la “possibilità della gestione condivisa del medesimo bene da parte di una pluralità di cittadini attivi”²⁷⁶.

Per quanto attiene agli spazi privati a uso pubblico si prevede che non possano essere realizzati interventi in contrasto con l’uso pubblico o con la proprietà privata del bene. L’art. 15 prevede poi la possibilità di spazi pubblici o privati ad uso pubblico, di “rigenerazione” di edifici da considerarsi beni comuni – e pubblici – con l’apporto economico esclusivo o comunque prevalente dei soggetti privati.

Rispetto agli edifici, possono essere previsti interventi di ‘rigenerazione’ di edifici pubblici individuati dal Comune; è particolarmente interessante il quarto comma dell’art. 16, secondo cui “il Comune può promuovere e aderire a patti di collaborazione aventi ad oggetto interventi di cura e rigenerazione di edifici in stato di totale o parziale disuso di proprietà di terzi, con il consenso di questi ultimi ovvero ai sensi dell’art. 838 Codice Civile”. Si prevede inoltre la possibilità di gestione da parte dei ‘cittadini attivi’ di immobili, “a titolo gratuito e con permanente vincolo di destinazione ad interventi di cura condivisa puntualmente disciplinati nei patti stessi”; con riguardo a tale tipo di gestione è previsto che siano garantite “la fruizione collettiva del bene e l’apertura a tutti i cittadini disponibili a collaborare agli interventi di cura e rigenerazione del bene o alle attività”. Quest’ultima previsione è di grande interesse perché istituisce un legame fra la partecipazione effettiva alla gestione e il diritto alla fruizione del bene.

Nel regolamento del Comune di Chieri sono previste regole simili, oltre al vincolo aggiuntivo di una gestione senza scopo di lucro. Con riguardo all’organizzazione della gestione, sono previste alcune regole sul funzionamento della collettività, denominata ‘comunità di riferimento’. Tale comunità deve dotarsi di un regolamento che garantisca l’autogoverno, l’accessibilità e l’imparzialità nell’uso dei beni comuni, e

²⁷⁶ Occorre segnalare che il comma 5 dell’art 13 prevede 5 che “l’amministrazione riconosce il diritto di prelazione sulle aree riservate a verde pubblico urbano di cui all’art. 4, comma 5, legge 14 gennaio 2013, n. 10, ai proprietari che raggiungano almeno il 66% delle proprietà riuniti in forma di associazione, consorzio, cooperativa di vicinato o comprensorio”; il comma 5, art. 4, l. 14 gennaio 2013, n. 10 è stato abrogato con d.lgs. n. 50 del 2016, che ne riproduce pressoché identico il contenuto all’art. 189, comma 1.

riunirsi in una ‘assemblea di autogestione’, organo decisionale che decide sulla base del consenso²⁷⁷, e che si organizza in ‘tavoli tematici di programmazione’ che “discutono, elaborano e realizzano” le iniziative condivise nell’Assemblea.

Occorre rilevare come la garanzia della fruizione collettiva, diversamente declinata nei due regolamenti, può costituire uno strumento efficace rispetto al rischio di una gestione del bene esclusiva rispetto a chi non è fra i soggetti privati che gestiscono il bene. In entrambi i regolamenti sembrerebbe che, una volta definito il bene come ‘comune’, si radichi, in capo a ognuno, il diritto di accesso allo spazio, nonché un diritto alla partecipazione²⁷⁸ nella gestione con riguardo agli immobili.

Per comprendere però a fondo la portata dei regolamenti e il significato che rispetto a questi il termine ‘beni comuni’ assume, occorre guardare all’applicazione dei regolamenti, e dunque ad alcuni dei ‘patti di condivisione’ che sono stati stipulati.

3.4.4. L’applicazione dei regolamenti. I patti di collaborazione

Guardando all’applicazione dei regolamenti nei “patti di collaborazione”²⁷⁹, emerge immediatamente l’eterogeneità delle ipotesi in cui questi sono utilizzati. Accanto ad alcuni casi, in cui effettivamente i ‘patti’ hanno ad oggetto dei beni, vi sono delle ipotesi in cui questi hanno ad oggetto dei servizi, come il patto fra il Comune di città della Pieve²⁸⁰ e alcuni cittadini, che attiene un “servizio di assistenza nel momento del ritorno dei bambini con il pulmino scolastico”, e in cui si individua come bene comune la “sicurezza dei bambini”, o un analogo patto fra il Comune di Cortona e l’Associazione “Centro Sociale Terontola”, per un progetto denominato “Nonni amici

²⁷⁷ Sono previsti alcuni meccanismi per evitare che l’organo decisionale si paralizzi, ma che comunque garantiscono la partecipazione effettiva dei singoli, attraverso la previsione del principio “una testa un voto”, e attraverso il divieto dell’esercizio del diritto di voto mediante delega. Si veda l’art. 27 del regolamento.

²⁷⁸ Tale partecipazione si configura come effettiva capacità di incidere sulle decisioni che attengono alla gestione del bene in ragione dell’adozione del principio del consenso come metodo per prendere le decisioni, così come nel principio “una testa un voto”.

²⁷⁹ Un elenco, con allegati i testi dei patti è reperibile all’indirizzo: <http://www.labsus.org/patti-di-collaborazione/> (ultimo accesso: 24 giugno 2016).

²⁸⁰ Comune di Città della Pieve, Prot. n. 0003484 del 12 marzo 2015, reperibile all’indirizzo: http://www.labsus.org/wp-content/themes/Labsus/Patti/Scuola/Citt%C3%A0%20della%20Pieve_Scuola%20sicurezza%20bambini.pdf (ultimo accesso: 24 giugno 2016).

di Terontola”²⁸¹, o ancora il patto sul progetto ‘spesa sospesa’, in cui il Centro Ascolto Caritas Cortona, e l’associazione cattolica Radio Incontri Valdichiana si accordano per dare “la possibilità ai consumatori di effettuare una “« spesa solidale » (...) da devolvere a famiglie in difficoltà”²⁸².

Si prenderà in esame solo il primo gruppo di patti di collaborazione; riguardo ai secondi si dubita della possibilità che questi possano essere rilevanti per la riflessione sui beni comuni che si sta tentando di svolgere. È però opportuno citarli, in quanto possono essere letti come il segno dell’emersione di un uso non tecnico del termine “beni comuni”, che in queste ipotesi pare assumere più che altro un valore ‘retorico’ rispetto alla partecipazione, attraverso azioni di volontariato, dei cittadini alla vita della collettività.

Venendo dunque ai patti che fanno riferimento alla gestione di un bene, questi sono denominati nei modi più vari, semplicemente come “patti di collaborazione”²⁸³, o “scritture private”²⁸⁴, e hanno ad oggetto le attività più disparate, dalla manutenzione

²⁸¹ Approvato con atto dirigenziale n. 729/2015, e reperibile all’indirizzo: http://www.labsus.org/wp-content/themes/Labsus/Patti/Scuola/Cortona_Nonni%20Amici%20di%20Terontola.pdf (ultimo accesso: 24 giugno 2016).

²⁸² Reperibile all’indirizzo: http://www.labsus.org/wp-content/themes/Labsus/Patti/Benessere/Cortona_La%20Spesa%20Sospesa.pdf (ultimo accesso 24 giugno 2016).

²⁸³ Fra tali patti vengono in rilievo, a titolo di esempio, il ‘Patto di condivisione sperimentale per la cura delle strade bianche della frazione di Airali’, stipulato fra il Comune di Chieri e la “Comunità di riferimento di Airali, costituita da alcuni agricoltori di Airali”. In tale patto le prestazioni sono svolte a titolo gratuito, e il Comune contribuisce mettendo a disposizione alcuni beni mobili, al fine di permettere lo svolgimento dell’attività. Rispetto alla possibilità di concessione a titolo gratuito di beni mobili comunali, questa è prevista dall’art. 32 della l. n. 383 del 7 dicembre 2000, secondo il quale: “lo Stato, le regioni, le province e i comuni possono concedere in comodato beni mobili ed immobili di loro proprietà, non utilizzati per fini istituzionali, alle associazioni di promozione sociale e alle organizzazioni di volontariato previste dalla legge 11 agosto 1991, n. 266, per lo svolgimento delle loro attività istituzionali”. Si ricorda che la stessa legge dispone che “sono considerate associazioni di promozione sociale le associazioni riconosciute e non riconosciute, i movimenti, i gruppi e i loro coordinamenti o federazioni costituiti al fine di svolgere attività di utilità sociale a favore di associati o di terzi, senza finalità di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati”. In alcuni patti è citato dall’art. 24 del d.l. 133/2014, secondo il quale “i Comuni possono definire i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli e associati, purché individuati in relazione al territorio da riqualificare”.

²⁸⁴ Fra tali patti quello stipulato fra il Comune di Siena e l’Associazione di volontariato “le mura” di Siena, quello fra il Comune di Siena e l’Associazione sportiva Asta Taverne, quello fra il Comune di Siena e il Comitato per la valorizzazione dell’aerea del campo da Basket Ravacciano di Siena, quello fra il comune di Trento e l’Istituto comprensivo Trento 3, tutti reperibili all’indirizzo: <http://www.labsus.org/patti-di-collaborazione/> (ultimo accesso: 24 giugno 2016).

e gestione di un parco pubblico²⁸⁵, all'organizzazione di manifestazioni culturali²⁸⁶, all'opera di pulizia di strutture pubbliche²⁸⁷. In alcune ipotesi è previsto un contributo economico da parte del Comune²⁸⁸, e occorre fin d'ora sottolineare che tali accordi non sono sempre presi a seguito di procedure che valutano i soggetti privati coinvolti rispetto a criteri stabiliti in precedenza dall'Amministrazione. L'eterogeneità di tali patti non permette di svolgerne in questa sede un'analisi dettagliata, ma per lo meno nei casi in cui sia previsto un contributo economico da parte del Comune, o qualora la conclusione di un patto con un dato soggetto privato conferisca a quest'ultimo particolari prerogative rispetto al bene, diverse da quelle del resto della collettività, può sorgere il dubbio che tali patti, quando siano adottati in assenza di procedure che accertino l'avvenuta valutazione comparativa di diversi soggetti privati, possano essere considerati in contrasto con il principio di imparzialità della pubblica amministrazione, sancito dall'art. 97 Cost.²⁸⁹.

3.4.5. Patti di collaborazione e regime dei beni pubblici

Al di là dei dubbi circa la legittimità di alcuni di questi patti sotto il profilo del diritto amministrativo, occorre comprenderne l'incidenza rispetto al regime del bene.

²⁸⁵ È il caso del patto di collaborazione tra il Comune di Cortona e l'Associazione "Solidarietà AUSER Camucia" per la cura del Parco Togliatti di Camucia.

²⁸⁶ Per esempio nel "patto di collaborazione per la realizzazione delle attività e la cura del parco pubblico Rocca Brancaleone" P.G. 0023838/2016. Il testo del patto è reperibile all'indirizzo: http://www.labsus.org/wp-content/themes/Labsus/Patti/Ambiente%20e%20verde%20urbano/Ravenna_Cura%20parco%20pubblico.pdf (ultimo accesso: 24 giugno 2016)

²⁸⁷ Per esempio di un campo da basket nel patto di collaborazione fra il Comune di Siena e il Comitato per la valorizzazione dell'aerea del campo da Basket Ravacciano di Siena.

²⁸⁸ Per esempio il "patto di collaborazione per la realizzazione delle attività e la cura del parco pubblico Rocca Brancaleone", P.G. 0023838/2016. Il testo del patto è reperibile all'indirizzo: http://www.labsus.org/wp-content/themes/Labsus/Patti/Ambiente%20e%20verde%20urbano/Ravenna_Cura%20parco%20pubblico.pdf (ultimo accesso: 24 giugno 2016), che prevede interventi di manutenzione delle strutture adiacenti ad una Rocca, l'organizzazione di eventi culturali e artistici, azioni con le scuole, statuisce che il Comune contribuisca con "un contributo di carattere finanziario a parziale copertura dei costi da sostenere".

²⁸⁹ Sul possibile inquadramento nel diritto amministrativo vigente, e sulle relative questioni problematiche si vedano: G. Calderoni, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in "Aedon, Rivista di arti e diritto on line", n. 2, 2016, reperibile all'indirizzo <http://www.aedon.mulino.it.pros.lib.unimi.it/archivio/2016/2/calderoni.htm#testo1> (ultima consultazione: 17 giugno 2017); P. Michiara *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza del Comune di Bologna*, in "Aedon. Rivista di arti e diritto on line", n. 2, 2016.

A tal proposito si può osservare che i patti di collaborazione non incidono *ex ante* sul regime del bene, conformandolo; non si attribuiscono infatti diritti ai singoli rispetto alle procedure con cui l'Amministrazione decide della loro gestione; nella prassi che si va affermando non vi sono né particolari procedure partecipative relative alla gestione del bene, né sono utilizzate tecniche per garantire una fruizione collettiva generalizzata. Il Comune è infatti il proprietario del bene, e come tale ne dispone, sulla base di una scelta almeno in parte discrezionale. Rispetto al ruolo svolto dalla collettività, e al significato attribuito al lemma 'cittadini attivi' o 'comunità di riferimento' si concreta il rischio di una gestione dei beni oggetto dei patti di collaborazione che restringa, invece di ampliare, le possibilità di fruizione e di partecipazione della collettività rispetto alle decisioni sul bene, in particolar modo quando i patti di collaborazione prevedono la possibilità, per alcune parti private, di partecipare alla gestione del bene in una posizione privilegiata rispetto ai membri della collettività *lato sensu* intesa.

Il carattere 'comune' del bene è dunque qui realizzato *a valle* rispetto al suo regime, attraverso una decisione della pubblica amministrazione di qualificare il bene come 'comune' e in ragione del raggiungimento di un accordo con delle parti private. In questa prospettiva è il 'patto di collaborazione', o la decisione dell'amministrazione nel caso degli 'interventi di cura occasionale', a permettere la partecipazione di una parte della collettività alla gestione.

3.4.6. La nozione di beni comuni nei Regolamenti e i suoi rischi. La possibilità di un'interpretazione dei Regolamenti alla luce della giurisprudenza della Corte di Cassazione

Dall'analisi dei Regolamenti comunali emerge un uso del termine 'beni comuni' dai confini non definiti, in cui il lemma è utilizzato in ragione dell'apporto di soggetti privati rispetto alla gestione di beni – o la creazione di servizi – di interesse pubblico, o di azioni di volontariato. Per come i Regolamenti sono stati declinati nella maggior parte dei patti di collaborazione si palesa il rischio che, al di là della forza evocativa della nozione di 'beni comuni', il riferimento alla partecipazione nasconda una mera consultazione, quello alla collettività un gruppo scelto attraverso regole non sempre trasparenti e inclusive, che l'agire attraverso una contrattazione porti con sé un ri-

espandersi di una discrezionalità dell'azione amministrativa, che è stata nel corso degli anni faticosamente limitata.

Per ovviare a tali rischi si possono leggere i regolamenti che si sono esaminati congiuntamente alle pronunce della Corte di Cassazione, considerando la funzionalità dei beni all'esercizio dei diritti fondamentali come limite alla discrezionalità dell'ente pubblico nella scelta dei beni da riconoscere come 'comuni', nonché delle regole di gestione. Secondo tale prospettiva, con riguardo all'individuazione dei beni il soggetto pubblico risulterebbe obbligato rispetto alla richiesta di parte privata del 'riconoscimento' di un bene come comune a escludere nella motivazione dell'atto di diniego la funzionalità del bene all'esercizio dei diritti fondamentali.

3.5. Una nozione? Prime riflessioni

Nelle pagine precedenti si sono analizzate le situazioni in cui l'espressione 'beni comuni' è stata utilizzata nella proposta di riforma della cd. Commissione Rodotà, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e nei recenti Regolamenti comunali.

Per quanto attiene a questi ultimi, il termine 'beni comuni' si riferisce ad una partecipazione della collettività – intesa come singoli privati che la compongono – nella gestione dei beni pubblici, e più in generale, come si è visto, alla gestione di servizi di utilità sociale, come quelli svolti da associazioni di volontariato o, con un termine generalissimo, della società civile. Rispetto a tale declinazione del termine, questa non incide *ex ante* sul regime del bene ma piuttosto favorisce la costruzione di strumenti che, dati per presupposti i poteri sul bene in capo al proprietario del bene pubblico, rendono possibile la creazione di meccanismi che permettono di includere soggetti terzi nella gestione del bene; è opportuno sottolineare che l'operatività di tali meccanismi è però subordinata ad una decisione in tal senso della Pubblica Amministrazione.

Per quanto attiene all'uso del lemma 'beni comuni' che si rinviene nella proposta della Commissione Rodotà così come nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, se non è possibile in base a questa definirne una nozione, si trovano però dei tratti condivisi e possono essere individuate alcune direttrici; in entrambe le elaborazioni infatti i diritti fondamentali sono connessi al regime dei beni, con la conseguenza, quanto meno dichiarata, di sottrarre alla discrezionalità del proprietario le decisioni circa quegli usi del bene che siano funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali. Un

altro tratto condiviso è l'affermazione, almeno parziale, della non rilevanza del profilo del soggetto titolare del diritto di proprietà sui beni ai fini della loro qualificazione come 'comuni', sebbene poi la nozione sia declinata in entrambe le ipotesi rispetto ai beni pubblici, e ponendo in capo al soggetto pubblico titolare del diritto di proprietà sul bene degli obblighi – la cui natura e giustiziabilità sono tutte da costruire – che ne limitano la discrezionalità.

4. DATI NORMATIVI, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA. UNA PRIMA SINTESI

Rispetto alla nozione di beni comuni, come è emerso dall'esame analitico dei dati normativi, della giurisprudenza e della dottrina, vi sono diverse posizioni, che non conducono tuttavia alla costruzione di un regime giuridico unitario.

Dall'indagine fin qui svolta sono emerse diverse traiettorie sul piano degli strumenti giuridici da utilizzare, seppur scarni siano stati i risultati delle riflessioni dottrinali sul piano delle regole, se non nella giurisprudenza di legittimità e nei regolamenti comunali, che presentano però, come si è visto, non pochi aspetti critici.

Una prima traiettoria guarda a possibili modifiche del regime dei beni, per legittimare prerogative sul bene da parte di terzi non proprietari. Si possono inserire in questo gruppo la proposta della commissione Rodotà, la riflessione che connette beni e diritti fondamentali, così come le posizioni di chi riflette sui regimi dei diritti di uso pubblico²⁹⁰.

Una seconda traiettoria è finalizzata a orientare il comportamento del proprietario; gli strumenti giuridici cui si guarda sono da una parte quello dei vincoli di destinazione sul bene, dall'altra, per quanto attiene ai beni pubblici, la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo e di allargare le maglie della legittimazione ad agire nel processo amministrativo sulla base di una rivitalizzazione della nozione di interessi diffusi.

Una terza traiettoria è orientata alla previsione di strumenti attraverso cui chi ha diritti esclusivi sul bene possa permettere la partecipazione alla gestione del bene e la sua fruizione da parte di altri soggetti. Questa prospettiva, *lato sensu* contrattuale e per ciò

²⁹⁰ Su cui, da ultimo, R. Albanese, *Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela*, in "Questione giustizia", n. 2, 2017; ID., *L'uso pubblico e il diritto privato. Una relazione da ripensare in Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, vol. I, Milano, 2017.

differente dalla prima, è quella utilizzata dai regolamenti in materia di beni comuni urbani.

Sul piano teorico, tali traiettorie individuano altrettanti profili da esaminare: la nozione di bene; il rapporto fra beni e diritti fondamentali, e il ruolo della collettività nella gestione e/o nella fruizione del bene.

Nei capitoli che seguono si tenterà di svolgere qualche riflessione ricostruttiva su tali direttrici.

CAPITOLO II

LA NOZIONE DI BENE FRA UTILITÀ E INTERESSI

Dal punto di vista giuridico, poi, una cosa è appropriabile o non appropriabile, se esiste o non esiste un precetto, una regola, una norma.

G. Pugliese, *Dalle “res incorporales” del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, 1982

1. Le nozioni di bene giuridico. Aspetti metodologici – 2. La nozione di bene e il tradizionale dibattito sull’art. 810 del Codice Civile – 2.1. Premessa. La definizione e il problema della sua portata – 2.2. La nozione di cosa – 2.3. Segue. Le diverse ricostruzioni dottrinali del termine ‘cosa’ a partire dall’art. 810 cod. civ. – 2.4. Dalla cosa al ‘bene’: l’art. 810 c.c. e i criteri di qualificazione – 2.5. L’art. 810 cod. civ. Prime riflessioni su un approccio funzionale. Necessità di un’indagine allargata – **3. Bene, interesse patrimoniale, diritti** – 3.1. L’art. 2740 cod. civ. – 3.2. Alcune riflessioni sulla cedibilità dei crediti – 3.3. La giurisprudenza in materia di art. 177 cod. civ. – 3.4. Diverse declinazioni della nozione di bene e il criterio dell’oggettivazione. Prime riflessioni – **4. L’interpretazione autonoma dell’art. 1 prot. 1 Cedu e la nozione di bene** – 4.1. La nozione di bene e la tutela giuridica degli interessi nella giurisprudenza Cedu – **5. I “beni della vita” e la persona. Alcune riflessioni** – **6. Beni giuridici e regole fra oggettivazione e persona** – **7. Beni comuni e beni giuridici**

1. LE NOZIONI DI BENE GIURIDICO. ASPETTI METODOLOGICI

Nel primo capitolo del lavoro è emerso come un nodo irrisolto che il dibattito in materia di beni comuni ha il pregio di porre in luce, ma non di sciogliere, sia quello della nozione di bene in senso giuridico, tesa fra impostazioni che si fondano sull’esistenza di una cosa, quelle che privilegiano l’aspetto connesso al valore patrimoniale, e quelle che individuano il bene in un interesse protetto²⁹¹. Tali diversi percorsi non si fondano unicamente sulle diverse opzioni dottrinali, ma anche sulla non omogeneità dei dati normativi. Chiaro appare allora come sia inevitabile in un

²⁹¹ Sul punto si veda A. Gambaro *I beni*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Cicu-Messineo, 2012, p. 34 e S. Pugliatti, voce *Beni* (teoria generale), in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, V, 1959.

percorso di ricerca che tenta di vagliare le possibilità e i limiti di una nozione di “beni comuni”, tentare di comprendere e interpretare l’espressione “bene in senso giuridico”²⁹².

In via preliminare occorre svolgere alcune premesse metodologiche.

In primo luogo si osserva come la teoria dei beni sia stata uno degli ambiti dove metodi diversi si sono scontrati; fra questi, quelli che negano la rilevanza della realtà extragiuridica²⁹³ nell’interpretazione e nella lettura del diritto, e quelli che hanno affermato la necessità di considerare elementi non esclusivamente formali²⁹⁴. Il complesso rapporto fra giuridico ed extragiuridico, e le possibili diverse declinazioni di tale relazione, costituiranno dunque un filo rosso dell’indagine.

Un secondo nodo metodologico riguarda il *modus operandi* rispetto ad un’indagine che attiene ad una delle categorie fondanti il diritto privato e che, proprio in quanto tale, porta in sé una certa complessità. Nel definire i confini della categoria parte della dottrina ha utilizzato un metodo deduttivo, dogmaticamente orientato, giungendo a risultati molto diversi fra loro. Altra parte ha preferito un metodo induttivo, più attento alla pluralità del dato normativo, accedendo alla elaborazione di una categoria quale risultato e non assunto della ricerca²⁹⁵.

In tale contesto dottrinale, si è tentato di costruire un percorso in cui il ragionamento colga la continua interazione e la reciproca influenza che dati normativi specifici e categoria teorica svolgono gli uni nei confronti dell’altra e viceversa. L’obiettivo è quello di comprendere quali siano i criteri che nel processo ordinante e performativo che il diritto da sempre svolge presiedono alla creazione dei beni in senso giuridico, in un contesto normativo in cui la costruzione teorica della categoria influenza

²⁹² Per un’analisi approfondita delle difficoltà che si riscontrano sul tema, fra gli altri A. Gambaro, *I beni*, cit., pp. 1- 19.

²⁹³ Si veda l’impostazione di Maiorca, in *Id.*, *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, Torino, 1937. Si prenderà in esame tale impostazione nel § 2.

²⁹⁴ Maestro di quest’impostazione è senz’altro S. Pugliatti. Si vedano in proposito *Id.*, voce *Beni (teoria generale)*, cit.; *Id.*, voce *Cosa (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1962. Tale impostazione è stata funzionale alla ridefinizione della nozione di proprietà; il riferimento obbligato è a *Id.*, *La proprietà e le proprietà* cit.; P. Grossi, *I beni: itinerari fra ‘moderno’ e ‘pos-moderno’*, cit.

²⁹⁵ Per esempio, se da una parte il riferimento a segmenti di disciplina di tutela del diritto di proprietà potrebbe essere un indice di un certo uso restrittivo del termine, d’altro canto vi è chi afferma che alcune tutele proprietarie, in ragione della considerazione dell’art. 810 cod. civ. come norma di portata generale, possono estendersi al campo delle “cose immateriali”, e dunque, l’indice che per alcuni può essere il segno di un riferimento alla definizione di bene come cosa materiale, secondo altri potrebbe assumere il valore esattamente opposto.

l'interpretazione delle regole, e la previsione di nuove regole – e l'emersione di prospettive inusuali – mettono alla prova la categoria.

Per quanto attiene alla struttura del capitolo si è perciò scelto di iniziare dall'analisi dell'art. 810 cod. civ., anche in ragione dell'importanza che ha assunto nel dibattito dottrinale, per poi guardare alla nozione di bene che l'art. 2740 cod. civ. restituisce, e a quella ricostruita da giurisprudenza e dottrina rispetto all'art. 177 cod. civ. Si è poi analizzata la nozione di bene di cui all'art. 1 Prot. 1 Cedu, nell'interpretazione autonoma che ne fa la Corte Edu, per poi prendere in esame – e sottoporre a critica – la nozione di 'bene' come oggetto dei diritti della persona.

2. LA NOZIONE DI BENE E IL TRADIZIONALE DIBATTITO SULL'ART. 810 DEL CODICE CIVILE

2.1. Premessa. La definizione e il problema della sua portata

Il testo dell'art. 810 cod. civ., com'è noto, recita “sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti”. La norma, in quanto definitoria, è stata da sempre oggetto di accesi dibattiti dottrinali²⁹⁶, e porta con sé un buon grado di ambiguità²⁹⁷, dovuto *in primis* all'ampia discrezionalità lasciata all'interprete circa il senso da attribuire ai diversi sintagmi che compongono la norma. A prima vista quindi, se nella prospettiva della certezza del diritto una definizione legislativa è utile nella misura in cui “i termini contenuti nel *definiens* suscitano (di fatto) meno controversie di quante ne suscitino i

²⁹⁶ Per un primo inquadramento: S. Pugliatti voce *Cosa*, cit.; C. Maiorca, voce *Cose*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1986; V. Zeno Zencovich voce *Cosa*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, 1988; più recente l'analisi di F. Piraino, in *Sulla nozione di bene giuridico*, cit.

²⁹⁷ Carattere questo comunque presente in ogni definizione legislativa, e in ogni documento normativo, in quanto vi sarà sempre uno spazio, seppur diversamente modulato e limitato, per l'interpretazione e la discrezionalità che essa porta con sé. Sul punto, per un primo inquadramento si veda G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 154 ss.; l'Autore rinviene l'utilità delle definizioni legislative nella loro capacità di “rendere univoci almeno quei vocaboli che sono in esse definiti”, ma ne individua anche i limiti, di ordine logico, semantico e strutturale. Con riguardo al secondo limite Tarello rileva che “l'introduzione di una definizione nel discorso legislativo è in ogni caso introduzione di un ulteriore oggetto di interpretazione”, *Id.*, p. 154. Si vedano anche V. Crisafulli, voce *Disposizione (e norma)* in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, e A. Gentili, *Il diritto come discorso*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 2013. A proposito delle definizioni legislative e dello spazio lasciato – o attribuito – all'interprete si veda, con specifico riferimento all'art. 810 cod. civ., G. Chiarini, *Fattispecie e disciplina dei servizi. Contributo alla riflessione giuridica sugli istituti della società post-industriale*, Milano, 2011, pp. 58 ss.

contenuti nel *definitum*”²⁹⁸, l’utilità dell’art. 810 cod. civ., potrebbe essere – ed è stata – messa in discussione.

È però imprescindibile prendere in considerazione l’interpretazione di tale norma, non foss’altro che per la rilevanza pratica che, in termini di disciplina applicabile, le diverse ricostruzioni portano con sé. In secondo luogo occorre considerare l’art. 810 cod. civ. in ragione del fatto che definisce²⁹⁹ una nozione posta a fondamento del sistema, e dunque funzionale anche alla costruzione delle linee profonde di politica del diritto che lo innervano³⁰⁰. Testimonianza dell’importanza dell’interpretazione dell’art. 810 cod. civ. è la continua oscillazione, nelle riflessioni sul punto, fra la prospettiva dell’esegesi e della portata della norma da una parte, e quella della nozione di bene nel diritto privato in generale dall’altra. Non è dunque possibile tenere distinti, nell’esame critico della dottrina, i due piani discorsivi, in quanto il primo porta spesso al secondo, per poi, alla luce di considerazioni *lato sensu* di teoria generale, ritornare al primo³⁰¹. Si è scritto sul punto che “non è chiaro se le definizioni che di bene giuridico vengono (...) date, abbiano natura di interpretazioni in senso stretto (...) di questo enunciato normativo oppure costituiscano concetti sistematici generali o frammenti di teoria generale”³⁰². E il problema si proietta sul ruolo dell’art. 810 cod.

²⁹⁸ G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., p. 155.

²⁹⁹ Sul dibattito sulla prescrittività delle definizioni giuridiche si veda, per un primo inquadramento, G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, cit., A. Belvedere, M. Jori, L. Lantella, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979.

³⁰⁰ Scrive Gambaro che “non si può rinunciare a considerare la nozione di bene come il fondamento di una categoria ordinante assolutamente necessaria, e non si può eliminare d’acchito la formula legislativa dettata in proposito senza spalancare le porte all’accoglimento di costruzioni affabulatorie”, in *Id.*, *I beni*, cit. p. 19.

³⁰¹ “Non risulta chiaro, cioè, se il concetto di bene debba servire unicamente a determinare l’ambito di applicazione di una serie di norme (gli artt. 812 - 831); ovvero abbia il compito teorico di rappresentare le logiche formali che presiedono allo svolgimento della funzione attributiva del sistema. Quella funzione cioè mediante la quale il sistema seleziona con criteri suoi propri l’ambito delle risorse/utilità suscettibili di attribuzione/appropriazione in capo a soggetti privati, ed a prescindere dalla conformazione (cioè dalla forma di tutela) del relativo uso (se esclusivo, nella forma del diritto assoluto, o meno)”, P. Barcellona (con la collaborazione di C. Camardi), *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 233.

³⁰² M. Barcellona, *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, 1988, p. 76.

civ.³⁰³. Stante la difficoltà di separare i due piani³⁰⁴, si è organizzata l'analisi a partire dalle espressioni del testo dell'art. 810 cod. civ. Si prenderà in esame da una parte la nozione di cosa, e dall'altra il dibattito sui criteri di qualificazione.

2.2. La nozione di cosa

Proprio in ragione della promiscuità con cui le parole 'bene' e 'cosa' sono utilizzate nel codice civile, parte della dottrina nega l'esistenza di una distinzione fra i due termini³⁰⁵, mentre altra parte distingue fra cose e beni, e però si divide con riguardo alla definizione di ciò che deve essere considerato 'cosa', sul carattere giuridico o non giuridico della nozione, nonché sulla distinzione fra questa e quella di bene. Il dibattito

³⁰³ In questo senso M. Barcellona rileva come “per un verso si mostra di ritenere vincolante il dettato della norma, e si assume, perciò, un approccio metodico che può condurre solo ad un'interpretazione in senso stretto di essa (determinandone più esattamente il contenuto imperativo); ma per un altro verso si omette generalmente ogni indagine sulla funzione normativa di tale disposizione (chiedendosi in funzione dell'applicazione di quali altre norme il legislatore si sia preoccupato di definire i beni giuridici e, dunque, a che serva l'articolo 810 c.c.)” *Id.*, *Per una teoria dei beni giuridici*, cit., p. 76.

³⁰⁴ Rispetto all'interazione fra i due piani, ringrazio il professor Gentili, per le osservazioni che ha svolto sul punto in un seminario veneziano del 25 gennaio 2017, in materia di interpretazione e metodo. Secondo lo studioso (la citazione viene dalla registrazione del seminario) “la regola legale non vive in un contesto chiuso, tant'è che i linguisti che si sono applicati al problema del contesto delle regole legali dicono che in realtà di contesto della legge si può parlare solo in senso improprio, perché tutto e nulla è contesto della legge. (...) Diciotti spiega che la mancanza di un contesto chiuso fa sì che l'alternativa interpretativa su una disposizione passi, cioè rimandi la soluzione da quella disposizione al principio, ma poi anche sul principio si propongono alternative interpretative, e quindi dal principio al sistema, ma anche sul sistema si propongono (...) alternative interpretative. E quindi dal sistema formale, al sistema morale, o economico, nel quale tu lo collochi. Per cui l'interpretazione della legge, quanto meno negli *hard cases*, non è mai decidibile senza assumere (...) una precisa e specifica concezione del mondo, della morale, dell'economia (...)”. Il riferimento è a E. Diciotti *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999. Si veda anche A. Gentili, *Replica*, in “Ricerche giuridiche”, n. 1, 2015. Individuare il contenuto dell'art. 810 cod. civ. sembra un *hard case* in quanto “non è una norma dotata di una specifica funzione prescrittiva, anzi colpisce subito la sua evidente struttura tautologica. L'affermazione che è “bene giuridico” la cosa che può formare oggetto di diritto è, di per sé, del tutto inidonea a fornire un criterio normativo che consenta di distinguere ciò che, non potendo costituire oggetto di diritto, non è bene da ciò che invece, essendo rilevante per l'ordinamento in questo senso, lo è. Essa in sostanza non fa altro che operare un mero rinvio ad altre disposizioni del sistema che definiscono i confini di ciò che rientra nel novero dei beni”, C. Camardi, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*², Napoli, 2010, p. 62.

³⁰⁵ Scrive M. Allara che “va rilevato che spesso il nostro legislatore usa, anziché il termine «cosa», il termine equivalente di bene”, in *Id.*, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*⁵, vol. I, Torino, 1958, p. 274. Attribuisce valore unicamente teorico alla distinzione B. Biondi. L'A. distingue la cosa in senso giuridico dalla nozione di bene in ragione del diverso angolo visuale che i due termini portano con sé, quello di cosa riferito a “una entità oggettiva per sé stante, staccata ed indipendente da un soggetto”, e quello di bene connesso alla “idea di interesse, di vantaggio, di utilità”, riferito ad un soggetto. Scrive l'A. che “cosa ha riferimento oggettivo, bene soggettivo”, in *Id.*, *I beni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, IV, 1, a cura di F. Vassalli, Torino 1956, p. 15. L'A. sostiene però che “la separazione concettuale tra bene e cosa [è] irrilevante dal punto di vista giuridico positivo”, *Ibidem*.

riguarda anche il carattere della materialità della cosa e, in tempi più recenti³⁰⁶ e sulla scorta anche degli studi di analisi economica del diritto, la nozione di utilità. I diversi autori hanno tentato percorsi diversi, dall'esegesi all'interpretazione sistematica e teleologica³⁰⁷.

Partendo dalla lettera dell'art. 810 cod. civ. certamente non emerge con chiarezza il significato del termine "cosa" all'interno della definizione, *in primis* in ragione della vastità di significati che la parola può veicolare nel linguaggio corrente, nonché in quello giuridico. Guardando al significato che la norma assume nel codice civile, il termine è utilizzato centinaia di volte, in un modo da cui risulta "a dir poco, una scarsa omogeneità"³⁰⁸. Tentando di svolgere una prima classificazione dei modi in cui il vocabolo è usato all'interno del codice, per poi analizzare le diverse posizioni dottrinali, si può individuare:

a) Un primo uso del termine, al singolare o al plurale, che è quello dell'entità già oggetto di diritti, già dunque, qualificata dal diritto. La nozione sembrerebbe così sovrapporsi a quella di bene³⁰⁹. Tale uso percorre i diversi libri del codice. Per quanto riguarda il libro II, un esempio³¹⁰ è l'art. 656 cod. civ., che individua la cosa come oggetto del diritto di proprietà; in relazione al libro III, la stessa commistione è svolta – anche³¹¹ – dall'art. 817 cod. civ., che si riferisce nuovamente al "proprietario della

³⁰⁶ Si veda per un primo inquadramento A. Gambaro, *I beni*, cit.

³⁰⁷ Ripercorre i diversi possibili metodi interpretativi V. Zeno Zencovich, nel § 3 della voce *Cosa*, cit. Rileva A. Gambaro come in questa riflessione "il giurista contemporaneo quando sia privato del ricorso al metodo esegetico e quando sia impedito dall'appello ai valori, specie costituzionali, si trovi una difficoltà da cui fatica a fuoriuscire", *Id.*, *I beni*, cit., p. 4.

³⁰⁸ V. Zeno Zencovich voce *Cosa* cit., p. 440.

³⁰⁹ Su tale uso si veda T. O. Scozzafava, secondo cui "i diversi termini vengono utilizzati come se fossero del tutto coincidenti e senza che agli stessi vengano ricollegate conseguenze giuridiche rilevanti", in *Id.*, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 31. Si rimanda al testo citato anche per ulteriori riferimenti dottrinali sul punto.

³¹⁰ Ma anche, all'interno dello stesso libro, degli artt. 562, 563, 564, 625, 638, 649, 651, 652, 653, 654, 656, 657, 663, 668, 669, secondo comma prima parte, 670, 686, primo comma, 778, 791, 797, 817, 818, ultimo comma cod. civ.

³¹¹ Si vedano anche gli artt. 817 secondo comma, 818, 832, 923, 927, 929, 948, 949, 1020, 1021, 1105, 1115, 1153, 1164 cod. civ.

cosa”. Anche nel libro IV³¹², così come nel libro VI³¹³, si registra un uso promiscuo dei due termini, come per esempio all’art. 1209 cod. civ., in cui il codice fa riferimento alle “cose mobili”, o all’art. 1470 cod. civ., che connette il diritto di proprietà alla cosa.

b) Vi è poi un gruppo di norme in cui si fa, analogamente al gruppo precedente, riferimento alla cosa come già oggetto di diritti, in un’accezione che sembrerebbe sovrapporsi alla nozione di bene; al contempo però in tali articoli si riconnettono determinati effetti a caratteristiche o vicende della cosa, nel suo esistere indipendentemente dal soggetto, e con riferimento a dati fattuali: è il caso, fra gli altri³¹⁴, dell’art. 1506 cod. civ., che dapprima fa riferimento alla vendita (...) di una cosa”, per poi differenziare la disciplina quando la cosa non sia “comodamente divisibile”.

c) Un terzo gruppo di norme attribuisce rilevanza a certe caratteristiche della cosa, o ad alcune sue vicende che si producono nella sfera fattuale. Per quanto riguarda la prima ipotesi, alcuni articoli attribuiscono rilevanza ad una certa qualità³¹⁵ o natura³¹⁶ della cosa, al suo stato³¹⁷, alla sua consumabilità³¹⁸, o ancora alla divisibilità in

³¹² Si vedano gli artt. 1177, 1212, 1214, 1216 1246, 1263, 1315, 1376, 1378, 1380, 1465, 1474, I comma, 1476, 1477 ult. comma, 1478, 1479 I comma, 1480-1486, 1489, 1497 prima parte, 1499 prima parte, 1500, 1505, 1512, 1514, 1515, I comma, 1519, 1520, 1523, 1526 1552, 1556, 1568, 1571, 1574, 1576, 1586, 1590, 1594, 1597, 1599, 1603, 1604, 1605, 1606, 1624, 1686, II comma, 1706, 1718, 1735, 1739, 1766, 1770, 1776, 1779, 1783, 1784, 1789, 1793, 1796, 1797, 1798, 1800 II comma, 1803, 1805, 1819, 1846, 1918, 2038, 2051 cod. civ.

³¹³ Si vedano gli artt. 2742, 2744, 2756, 2768, 2769, 2778, 2787, 2790, 2796, 2797, 2812, 2822, 2906, 2919, 2920, 2921, 2923, 2926, 2927, 2929-bis, 2932 cod. civ.

³¹⁴ Si vedano anche gli artt. 1507, 1508, 1479, 1497, 1499, 1592, 1686 II comma, 1800, 1812, 2743, 2795 cod. civ. Considera la rilevanza di alcune caratteristiche della cosa anche P. Rescigno, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000, p. 381.

³¹⁵ Si veda l’art. 1497 cod. civ., secondo cui, com’è noto, “quando la cosa venduta non ha le qualità promesse ovvero quelle essenziali per l’uso a cui è destinata, il compratore ha diritto di ottenere la risoluzione del contratto secondo le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento, purché il difetto di qualità ecceda i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi”, così come gli artt. 1178, 1512, 1513, 1521 cod. civ. Fra le norme che considerano rilevanti alcune qualità della cosa occorre far riferimento anche all’art. 1580 cod. civ., che si riferisce a “cose pericolose per la salute”.

³¹⁶ Si veda in questo senso l’art. 1800, III comma, cod. civ., secondo cui “quando la natura delle cose lo richieda”, il sequestratario “ha l’obbligo di amministrarle”, così come l’art. 1785 n. 3, e l’art. 1695 cod. civ.

³¹⁷ Si vedano gli artt. 1002, 1062, 1477 I e II comma, 1701 cod. civ.

³¹⁸ Si vedano gli artt. 750, 995, 996 cod. civ.

natura³¹⁹ o alla deteriorabilità³²⁰, nonché al “luogo in cui [la cosa] si trova”³²¹. Altre norme rendono rilevante il perimento³²² della cosa, i suoi vizi³²³ e la sua avaria³²⁴, la sua trasformazione³²⁵. Tali caratteristiche sono fattuali³²⁶, e mostrano che non sempre nel codice vi è stata astrazione, ma che al contrario queste sono state considerate – e dunque rese giuridiche – e poi vi si sono ricollegate alcune differenze di disciplina.

d) Si può poi individuare una serie di norme che considera determinati usi e funzioni della cosa³²⁷: per esempio³²⁸ si disciplina l’uso della cosa comune nella comunione³²⁹ e in alcune norme in materia di condominio³³⁰. In altri articoli si attribuisce rilevanza alla produttività³³¹ o alla destinazione economica³³² della cosa o ancora, compiendo l’astrazione che si compie ogniqualvolta si pone in essere l’equivalenza di una cosa con il denaro, si considera rilevante il valore di scambio³³³. Dalla breve analisi che si è svolta si riscontra una polisemia del termine cosa, che rende difficile riempire di senso il vocabolo di cui all’art. 810 cod. civ. attraverso un’interpretazione sistematica fondata su un univoco uso del termine all’interno del codice. Si può però sin d’ora notare come, se da una parte tale nozione è inscindibilmente connessa a quella di bene, tanto da confondersi con essa nel primo

³¹⁹ Si vedano gli artt. 1112, 1114, 2799 cod. civ.

³²⁰ Si vedano gli artt. 1211, 1669 cod. civ.

³²¹ Si vedano gli artt. 1282, 1510 cod. civ.

³²² Si vedano gli artt. 673, 1014, 1016, 1017, 1019, 1258, 1492, 1493, 1673, 1805, 2037, cod. civ.

³²³ Si vedano gli artt. 1490, 1493-1495, 1578, 1579, 1581, 1812, 1821, 1906 cod. civ.

³²⁴ Si vedano gli artt. 1693, 1697 cod. civ.

³²⁵ Fa riferimento alla trasformazione della cosa l’art 686, II comma, cod. civ. In senso più esteso si può ritenere che facciano riferimento alla trasformazione della cosa anche quelle norme che si riferiscono ai miglioramenti (artt. 985, 1108 cod. civ.), alle innovazioni (art. 1581 cod. civ.), alle addizioni (artt. 986, 1593 cod. civ.), all’unione e alla commistione (art 939 cod. civ.), alla specificazione (art. 940 cod. civ.), alla conservazione (artt. 748 II comma, 1004, 1104, 1110, 1576, 1769, 1781, 1802, 1804, 1808).

³²⁶ Sul senso che assume il termine fattuale in questo ambito si veda il § 2.3.2.

³²⁷ Si veda anche l’art. 1490.

³²⁸ Si veda anche l’art. 1490.

³²⁹ Art. 1102 cod. civ.

³³⁰ Si vedano gli artt. 1119, 1120, 1123, 1810 cod. civ.

³³¹ L’art. 1615 fa riferimento alla cosa produttiva. Rilevante anche la considerazione dei frutti – naturali – che la cosa può produrre. Si vedano in questo senso gli art. 820, I comma, 2791 cod. civ.

³³² Si vedano gli artt. 981, 1617, 1618, 1620, 997 cod. civ.

³³³ Si vedano gli artt. 671, 793, 930, 1108, 1150, 1474, II comma, 1908, 1909, 1490, 1502, 1553, 2798 cod. civ.

gruppo di norme esaminate, d'altro canto emerge, come indice che potrebbe servire nella definizione della nozione di cosa, la rilevanza giuridica di alcune caratteristiche concrete³³⁴ delle cose in relazione ai loro possibili usi, nonché il suo valore di scambio, connesso, com'è noto, all'esistenza di diritti esclusivi.

Occorre ora prendere in esame il dibattito dottrinale, che si è articolato principalmente su due questioni: la prima attiene alla giuridicità della cosa, la seconda alla sua necessaria materialità.

2.3. Segue. Le diverse ricostruzioni dottrinali del termine 'cosa' a partire dall'art. 810 cod. civ.

2.3.1. Cosa in senso giuridico e cosa come nozione non giuridica

Chi sostiene al contempo la natura giuridica della nozione di cosa, nonché una sua qualche distinzione rispetto a quella di bene, ha tentato di individuare dei criteri di determinazione della nozione alla luce dei quali leggere l'art. 810 cod. civ. Fra la dottrina più autorevole, Salvatore Pugliatti si fa sostenitore di una teoria della "cosa in senso giuridico"³³⁵. L'Autore ritiene che tale nozione comprenda "qualunque «cosa materiale» nel senso comune dell'espressione, qualunque prodotto materiale della natura"³³⁶ e individua due criteri di qualificazione della cosa in senso giuridico, da una parte quello dell'individuazione, dall'altra quello della possibilità di una considerazione di tale entità da parte dell'uomo³³⁷. L'Autore sembra però confondere

³³⁴ A scanso di equivoci, si fa riferimento qui alle caratteristiche della cosa per come queste si danno nel contesto economico-sociale e dunque produttivo; è chiaro che una cosa non è in sé produttiva, ma lo è in un dato contesto di organizzazione sociale e del lavoro. Scrive a tal proposito A. Iannarelli che "tradizionalmente l'attività destinata a attribuire rilevanza ad alcune entità oggettive, quale presupposto per la successiva valorizzazione giuridica di queste ultime in termini di beni, è stata identificata nell'azione umana alla base della quale vi è sostanzialmente il lavoro in tutte le sue estrinsecazioni materiali e intellettuali", in *Id.*, *Beni, Interessi, Valori*, in N. Lipari (a cura di) *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. II, 2003, p. 307.

³³⁵ S. Pugliatti voce *Cosa* cit., p. 17.

³³⁶ *Ibidem*.

³³⁷ Scrive l'A. che "l'individuazione consente di determinare, nel campo della realtà oggettiva materiale, l'autonomia in virtù della quale una parte di (...) realtà, distinguendosi rispetto al tutto, assume la configurazione di unità oggettiva, per cui, divenendo centro di interessi umani (economici, sociali, o di qualsiasi altra natura), in virtù della tutela giuridica di tali interessi, dà luogo ad un bene giuridico", mentre con riguardo all'interpretazione dell'art. 814 cod. civ., le energie prese in considerazione dalla norma siano quelle che "vengono captate dall'uomo, mediante l'apprestamento di mezzi idonei, in modo da poter essere impiegate a fini pratici distribuite, scambiate, utilizzate", *Ibidem*.

i due criteri e considerarli come un tutt'uno, quando concepisce il momento di "individuazione e di delimitazione"³³⁸ in ragione del fatto che la cosa deve essere idonea a "formare oggetto di diritti" ed essere in concreto oggetto di diritti³³⁹. Salvatore Pugliatti non trascura però di considerare che i caratteri, nonché i cambiamenti extragiuridici che investono la cosa, come per esempio la sua trasformazione³⁴⁰, abbiano un rilievo e siano considerati da parte dell'ordinamento³⁴¹. Emergono distinzioni sul piano naturalistico, che paiono lette in una prospettiva che guarda alle utilità che le cose esprimono in ragione delle "esigenze di ordine economico sociale"³⁴² e del contesto storico; si sottolinea d'altra parte come le distinzioni "procederanno, tuttavia, con criteri giuridici, e saranno, quindi, distinzioni giuridiche"³⁴³. Salvatore Pugliatti conclude che "cose in senso giuridico sono queglii

³³⁸ *Ibidem*. Il criterio opera, nel pensiero dell'A., anche con riguardo alle energie.

³³⁹ Scrive l'A. che "risulta (...) che l'individuazione *sub specie iuris* non si esaurisce in un complesso di condizioni naturali, in base alle quali si può dire che una data cosa obbiettivamente sia sé stessa e si distingua da tutte le altre, ma, tutt'al più, sul presupposto di tali condizioni naturali, consiste in determinate attività umane idonee a costituire una relazione tra un soggetto e la cosa, in base alla quale sorge un diritto in favore del soggetto. L'individuazione avrà vita, finché durerà quella relazione e il correlativo diritto, o meglio finché la relazione non si sarà esaurita in modo che il diritto si estingua. Se invece, sulla base della prima relazione, se ne costituisce un'altra, e cioè in connessione col primo diritto sorge un altro diritto, o un'altra qualsiasi situazione soggettiva, la cosa rimane (come individuata) oggetto di diritti o situazioni soggettive, cioè bene in senso giuridico" (S. Pugliatti voce *Cosa*, cit., p. 19). Sul rischio, in generale, di confusione fra la nozione di cosa in senso giuridico e di bene in senso giuridico si veda, fra gli altri, F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 469 ss.

³⁴⁰ Si veda *Ibidem*, § 22 e 23. Si può segnalare che, con riguardo alle energie, cui S. Pugliatti applica parimenti i criteri segnalati, quelli dell'individuazione e della rilevanza per l'uomo; l'interrogativo diventa se l'energia umana, e conseguentemente il lavoro possa divenire una cosa, e oggetto di proprietà. L'Autore respinge tale impostazione, con un'argomentazione fondata sull'inseparabilità dell'energia e del lavoro dalla persona del lavoratore.

³⁴¹ Scrive in tal senso l'Autore che "l'esperienza mette in rilievo specifiche qualità e particolari caratteri, in virtù dei quali talune cose si distinguono da altre cose, non soltanto nella loro obbiettività naturale, bensì, correlativamente, in quanto condizionano le possibilità e i modi di agire su di esse e per mezzo di esse, cioè determinano e limitano l'estensione e le modalità di utilizzazione pratica", *Ibidem*.

³⁴² A tal proposito l'Autore, in relazione alla distinzione fra cose consumabili e cose non consumabili di cui all'art. 995 cod. civ., che la distinzione considera "esigenze di ordine economico sociale", e dunque in relazione all'uso "normale in un dato ambiente storico- sociale", *Ibidem*. Si veda anche, sul punto F. De Martino, *Dei beni in generale — Proprietà*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1961, p. 1.

³⁴³ S. Pugliatti riprende tale impostazione anche con riguardo alla classificazione dei beni immobili. Scrive infatti a tal proposito che "il criterio naturalistico da cui muove la classificazione degli immobili, ha indubbiamente riflessi di ordine pubblico, di carattere economico-sociale senza di che non sarebbe stato adottato dal legislatore. E proprio il riflesso economico-sociale, spiega l'estensione della qualifica di immobili a cose che non presentano le medesime caratteristiche naturali del suolo, ma alle quali tali caratteristiche vengono riconosciute o attribuite, per virtù di determinati rapporti tra codeste cose e il suolo medesimo. Dal suolo, dunque, unico immobile per natura, *originario*, la qualità immobiliare

oggetti che, nell'esperienza e nel linguaggio comuni si designano con quel sostantivo, purché presentino una rilevanza per il diritto, e le energie naturali captate dall'uomo; le altre entità formanti oggetto di diritti non sono cose”³⁴⁴. Il discorso si complica quando l'Autore affronta il tema del tipo di interessi idonei a permettere la qualificazione di una entità come “cosa in senso giuridico”, in quanto il criterio della individuabilità sembra a tratti confondersi con un giudizio circa l'idoneità dell'interesse a definire una “cosa in senso giuridico”³⁴⁵.

D'altro canto vi è chi considera la cosa come nozione non giuridica. Fra questi³⁴⁶ vi è chi definisce la cosa come pregiuridica, affermando che essa, considerata come presupposto di fatto di una qualificazione, “allude (...) ad un elemento materiale che, una volta assunto dal diritto, cessa di essere tale, per divenire bene in senso giuridico”³⁴⁷. In questa prospettiva la cosa è “uno solo dei presupposti di fatto su cui è destinata ad operare la qualificazione giuridica”³⁴⁸. E questo presupposto di fatto diviene irrilevante nel momento in cui l'ordinamento qualifica la cosa come ‘bene’, nozione giuridica³⁴⁹.

viene comunicata, per estensione, ad altre cose, che saranno perciò, propriamente, da qualificare come beni *immobilizzati*. (...) Nel primo senso il termine «immobili» esprime una *qualità* della cosa, assunta come presupposto di una *qualificazione* giuridica; nel secondo indica uno *stato* in cui la cosa viene a trovarsi, sul presupposto di un dato rapporto con un'altra cosa, che le comunica la sua qualifica”; *Id.*, voce *Cosa*, cit., p. 30.

³⁴⁴ *Ibidem*. Il discorso si complica quando l'Autore affronta, seppur non in maniera compiuta il tema del tipo di interessi idonei a permettere la qualificazione di una entità come “cosa in senso giuridico”. Pugliatti infatti non considera le *res communes omnium* cose in senso giuridico. Si veda sul punto § 2.4.4.

³⁴⁵ Si veda il paragrafo a proposito delle *res communes omnium*, § 2.4.4.

³⁴⁶ Si veda anche, A. Iannarelli, F. Macario, *Art. 810*, in *Commentario del Codice Civile* diretto da E. Gabrielli, *Della Proprietà*, vol. I, p. 6. Sembrerebbero orientati in questo senso, anche se non vi dedicano molto spazio, anche A. Bellelli, A. G. Cianci, *Beni e situazioni giuridiche di appartenenza. Tra diritti reali e new properties.*, Torino, 2008, p. 6.

³⁴⁷ T. O. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 33. Si veda in tal senso anche V. Zeno Zencovich, voce *Cosa*, cit., e, seppur con un'argomentazione parzialmente diversa, F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 470.

³⁴⁸ T. O. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 36.

³⁴⁹ Scrive in tal senso T. O. Scozzafava, che “una volta intervenuta la qualificazione giuridica, alle caratteristiche che connotano il bene, dal punto di vista naturalistico, non è più possibile assegnare alcuna rilevanza”, in *Id.*, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 39. Continua l'A. sostenendo che “in una prospettiva teoricamente rigorosa, l'unico termine cui è possibile far riferimento è quello di bene, il quale, come si è visto, esprime una nozione essenzialmente formale, come tale quindi, indifferente alle caratteristiche concrete e naturalistiche dell'entità, assunta a presupposto di fatto”. L'A. non nega che le caratteristiche del bene siano rilevanti ai fini della strutturazione del tipo di diritti di cui questo potrà formare oggetto, ma nondimeno afferma che l' “adeguamento che la

In tale impostazione riecheggia almeno in parte una prospettiva soggettivistica e formalistica che era propria della dottrina più risalente. Fra gli esponenti di tale linea di pensiero è senz'altro da ricordare quello di Carlo Maiorca, che critica la concezione giuridica della cosa, in quanto individua come giuridicamente rilevante unicamente l'aspetto soggettivo, e dunque quello dell'interesse. Tale dottrina afferma la trascurabilità degli elementi materiali ed extragiuridici se considerati a prescindere, appunto, dagli interessi che rispetto a questi sorgono³⁵⁰, giungendo ad affermare che “la cosa in senso giuridico rimane – in sé – un concetto assurdo”³⁵¹.

Con buona approssimazione si può affermare che chi ha conferito una qualche rilevanza alla ‘natura delle cose’, alle ‘caratteristiche del bene’³⁵², al loro esistere indipendentemente dalla volontà e dunque dall'uomo, gli ha poi attribuito un carattere di giuridicità, mentre le posizioni più strettamente soggettivistiche ne escludono una rilevanza giuridica, se non quando la cosa sia già diventata bene attraverso una qualificazione normativa, che la colora in senso soggettivo. C'è chi si pone in una posizione mediana, considerando la cosa come nozione pregiuridica³⁵³ e d'altro canto attribuendo rilevanza alle sue caratteristiche rispetto alla disciplina che a queste si

qualificazione stessa, di volta in volta, subisce, non è in grado di creare, o meglio di individuare, categorie omogenee di beni, in quanto tali bisognevoli di un'autonoma considerazione. (...) In altri termini, non è possibile affermare che a beni, i quali considerati dal punto di vista statico si presentano come omogenei, corrisponda sempre un'identica rilevanza giuridica”; *Ibidem*, p. 57. Si ricorda che Scozzafava rileva come l'uso del termine ‘cosa’ sia l'uso ordinario, e dunque non sembrerebbe acquisire un significato diverso da quello del senso comune all'interno del discorso giuridico. Si fa qui riferimento alla nota distinzione di Tarello, secondo cui “per vocaboli (o espressioni) dell'uso ordinario si intendono quei vocaboli (o quelle espressioni) (...) che ricorrono in enunciati dell'uso comune e non soltanto in enunciati peculiari di una data scienza o tecnica”, mentre “per vocaboli (o espressioni) tecnicizzati si intendono quei vocaboli dell'uso ordinario che nell'ambito di una scienza o tecnica si specializzano, e in questa conservano solo una delle diverse accezioni che hanno nell'uso ordinario, ovvero adottano un senso più ristretto e meglio precisato di quello che hanno nell'uso ordinario”, in *Id.*, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 108. Fa riferimento alla polisemia della parola cosa nel linguaggio comune, fra gli altri, C. Maiorca, voce *Cose*, cit., p. 1.

³⁵⁰ Scrive C. Maiorca che “non è tanto la «cosa» che può avere giuridico significato, quanto l'interesse; dal momento che (...) l'individuazione ai fini del diritto di un dato impiego, chiaramente esaurisce la definizione dell'interesse, prescindendo dal tutto da una definizione di una cosa in sé che non si saprebbe proprio qual sia”. *Id.*, *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, cit., p. 169. Continua l'A. affermando che “è molto chiaro che l'atto giuridico tocca – in astratto – il diritto, o interesse giuridico che dir si voglia, e non riguarda direttamente la cosa concreta e la concreta sfera economica soggettiva”, *Ibidem*, p. 170. Si veda anche *Id.*, voce *Cose*, cit.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 171. Rileva nelle conclusioni l'A. che “il diritto ha una sua ben precisa essenza come valutazione normativa dei rapporti umani e a questa soltanto tende”, *Ibidem*, p. 175.

³⁵² Sono queste le parole di P. Grossi, *I beni: itinerari tra “moderno” e “pos-moderno”*, cit.

³⁵³ V. Zeno Zencovich, voce *Cosa*, cit.

riconnette. Tale dottrina distingue fra realtà esterna, pregiuridica, che connoterebbe le cose, e carattere strettamente giuridico dei beni; nel solco di tali riflessioni si considera che “se la nozione di «bene» è tutta giuridica, essa necessariamente prescinde da attributi quale «materiale» o «immateriali» (come pure «mobile» o «immobile»), i quali appartengono esclusivamente al mondo della realtà e non a quello dei concetti giuridici, pena un fuorviante (...) materialismo”³⁵⁴. Tale ultima impostazione può però essere sottoposta a critica perché è lo stesso art. 812 del codice civile che dà una definizione normativa³⁵⁵ di quali sono i beni che devono reputarsi “immobili”, come testimonia il criterio dell’incorporazione al suolo, naturale o artificiale, di cui al primo comma dell’art. 812 cod. civ., nonché il secondo comma dello stesso articolo, che considera immobili alcuni beni in virtù del loro legame con il suolo³⁵⁶. Il criterio non è certo unicamente naturalistico, ma risponde, per usare un termine pugliattiano, a esigenze di ordine economico e sociale³⁵⁷, ed è connesso alle diverse forme di circolazione della ricchezza che l’ordinamento contribuisce a costruire e a modellare³⁵⁸.

2.3.2. Prime riflessioni. La giuridicità della cosa

Alla luce dell’esame delle diverse posizioni dottrinali, si possono svolgere alcune prime riflessioni in ordine al carattere giuridico o pregiuridico – o extragiuridico – della cosa. In primo luogo occorre considerare il significato che il termine ‘giuridico’ può assumere; quando un fatto, – e dunque anche una ‘cosa’ del linguaggio comune – è considerato dal diritto, esso è letto attraverso di esso, in quanto rilevante per

³⁵⁴ V. Zeno Zencovich, voce *Cosa*, cit.

³⁵⁵ Sul punto alcuni dei manuali affermano l’esistenza di un criterio naturalistico, e la sua non coincidenza con quello giuridico. Si vedano in questo senso G. Alpa, *Manuale di diritto privato*⁷, Padova, 2011, p. 323, F. Galgano, *Trattato di Diritto Civile*², I, Padova, 2010, p. 341.

³⁵⁶ Si segnala che anche chi ha ricondotto il primo comma dell’art. 812 cod. civ. ad un criterio naturalistico, ha poi considerato che il secondo comma definisce gli immobili “per determinazione di legge”. Si veda in questo senso A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*⁴², Padova, 2005, p. 519.

³⁵⁷ Si veda sul punto anche G. Corsalini voce *Mobili e Immobili (cose)*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1994. Scrive l’A. che “senza dubbio, il bene in senso giuridico è definito con riguardo alla realtà sociale e non solo a quella fisica, l’una e l’altra essendo comunque rilevanti per il diritto in relazione ai fini che esso persegue e alla disciplina normativa che esso detta”, *Ibidem*.

³⁵⁸ Sono infatti note le ragioni e le radici di tali distinzioni, connesse all’importanza della ricchezza immobiliare. Si veda per un primo inquadramento G. Corsalini voce *Mobili e Immobili (cose)*, cit.

l'applicazione delle norme, siano esse regole o principi³⁵⁹. In questo senso si può affermare che ogni fatto ed ogni cosa sono giuridici, non in quanto portano in sé ontologicamente una qualificazione o una norma, ma nella misura in cui sono considerati alla luce delle qualificazioni esistenti in seno all'ordinamento giuridico. Con questo non si vuole affermare che le caratteristiche fattuali della cosa non debbano essere rilevanti nella costruzione del regime del bene, bensì che quando queste sono considerate dal diritto divengono esse stesse giuridiche. Occorre partire dalla considerazione per cui "l'ordinamento giuridico funziona sempre «ritraducendo» nei suoi propri termini la complessità del reale, in generale, o della realtà socioeconomica in particolare"³⁶⁰. Seguendo tale impostazione può considerarsi che "nel mondo del diritto i fatti, gli eventi, le cose non esistono"³⁶¹, se non sono tradotte nella lingua del diritto. Un chiaro esempio è nuovamente quello dell'art. 812 cod. civ., che individua nell'incorporazione al suolo della cosa l'elemento fattuale idoneo a determinare in una misura rilevante il regime del bene. L'incorporazione della cosa al suolo è una sua caratteristica che può osservare anche il cosiddetto "uomo della strada", ma diviene giuridicamente rilevante solo in quanto ad essa sono connessi effetti giuridici, e si discuterà di quando si ha un'incorporazione ai fini dell'art. 812 cod. civ.³⁶². La norma dunque considera una caratteristica 'fattuale' della cosa, ma nel farlo la rende giuridica, vocabolo tecnicizzato³⁶³.

Tali considerazioni non si oppongono a quelle riflessioni dottrinali che hanno ritenuto necessario costruire il regime del bene in ragione delle peculiari caratteristiche delle

³⁵⁹ In questo processo un ruolo chiave è svolto dalla giurisprudenza, che per l'appunto qualifica i fatti in ragione delle norme.

³⁶⁰ C. Camardi, *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*², cit., p. 62.

³⁶¹ M. Spanò, *Le parole e le cose (del diritto)* in Y. Thomas, *Il valore delle cose*, a cura di M. Spanò, Macerata, 2015, p. 90.

³⁶² E infatti sulla qualificazione di alcuni beni come immobili o mobili vi è stata giurisprudenza. A titolo di esempio si può citare Cass. Civ. n. 1964 del 20 luglio 1962 in materia di chioschi, nonché Cass. Civ. n. 396 del 7 febbraio 1966, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultima consultazione: 18 marzo 2017).

³⁶³ Si fa qui riferimento alla nota distinzione di Tarello, su cui si veda la nota n. 345. Fa riferimento alla polisemia della parola cosa nel linguaggio comune, fra gli altri C. Maiorca, voce *Cose*, cit., p. 1.

cose³⁶⁴, nonché agli studi di analisi economica del diritto³⁶⁵ che hanno studiato il regime dei beni in relazione all'efficienza³⁶⁶. Infatti, a ben vedere, tali ricostruzioni, seppur certamente diverse per metodo e talvolta anche per risultati, paiono sollecitare una diversa considerazione, da parte del diritto, degli elementi di fatto che caratterizzano le cose. Le dottrine che propongono di tenere in conto in modo diverso gli elementi di fatto considerati dal diritto rompono l'impostazione soggettivistica tradizionale secondo cui "il bene (...) è una realtà neutra, amorfa, di cui l'ordinamento si disinteressa, pago unicamente di asserire che un carattere giuridicamente tipizzante gli proviene solamente dalla proiezione su di esso della volontà del proprietario"³⁶⁷, e considerano la necessità di connettere determinate caratteristiche del bene ad altrettanto determinati effetti giuridici. Sono infatti alcune caratteristiche della cosa come vocabolo "dell'uso ordinario"³⁶⁸ ad essere considerate rilevanti, e in base a differenti argomentazioni, che portano con sé l'opzione verso una o l'altra disciplina

³⁶⁴ Grossi afferma la necessità di guardare alle caratteristiche del bene, e alle sue "specificità e peculiarità derivanti dalla sua diversità di indole strutturale", *Id., I beni: itinerari tra "moderno" e "pos-moderno"*, cit., p. 1070.

³⁶⁵ Gli studi di analisi economica del diritto, considerano la risorsa dal punto di vista dell'efficienza economica anche in ragione delle sue caratteristiche. Si veda sul punto, per un primo inquadramento, R. Coater, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile. I Fondamenti*, Bologna, 1999. Dopo aver chiarito che i beni privati in senso economico sono beni il cui uso è esclusivo e rivale, gli autori scrivono che "l'efficienza richiede che i beni privati siano posseduti da privati (...). L'efficienza richiede che i beni rivali ed esclusivi siano controllati da individui o piccoli gruppi di persone"; *Ibidem* p. 120. A questo proposito si può osservare che nel dibattito economico, e di analisi economica del diritto c'è una considerazione, per così dire, mutevole, del giuridico, nel senso che talvolta questo è considerato come condizione da descrivere, e dunque come una parte integrante delle "caratteristiche del bene" mentre in altri casi il piano giuridico è considerato come regolamentazione della risorsa (e dunque *ex post*), e dunque come tale è attratto sul piano prescrittivo, e escluso dai caratteri che descrivono le risorse. In questo si può cogliere un aspetto del valore non solo descrittivo della categoria oppure di un valore descrittivo che non può fondare una prescrizione, in quanto delle due l'una: se si descrive la risorsa considerando anche il suo regime normativo, è chiaro che questo porta con sé la considerazione anche di un piano prescrittivo (quello giuridico), e dunque la categoria è sì descrittiva, ma non può fondare una prescrizione universale, in quanto descrive solo il bene come regolato da uno dei possibili regimi normativi, e la valutazione circa l'escludibilità cambierà al mutare del regime normativo; se invece non si considera il dato normativo come 'parte' della risorsa in molti casi si rischia di ragionare in termini di "natura dei beni", di una loro ontologia astratta dal contesto.

³⁶⁶ Non si trascura qui che il concetto di efficienza porta con sé un buon grado di indeterminazione, e che molte sono le sue declinazioni, ma non è questo il luogo idoneo per svolgere tali distinzioni. Per un primo inquadramento: R. H. Coase, *The problem of social cost*, in "The journal of law and economics", n. 3, 1960, G. Calabresi, *The pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, in "The yale law journal", 1991.

³⁶⁷ P. Grossi, *I beni: itinerari tra "moderno" e "pos-moderno"*, cit., p. 1063.

³⁶⁸ Si veda la nota n. 345.

giuridica del bene. Testimonianza ne sono le forti critiche che ognuna di queste posizioni riceve. Questo pone in evidenza come la cosa, qui come vocabolo tecnicizzato³⁶⁹, sia giuridica³⁷⁰. La nozione di cosa diviene dunque giuridica quando è parte di un discorso che si predica ed è riconosciuto come tale. Saranno considerate come giuridicamente rilevanti, ai fini della costruzione del regime del bene in senso giuridico, determinate caratteristiche – o nessuna – di quegli elementi della realtà esterna definiti ‘cose’ nel linguaggio comune; in questa operazione di selezione le cose del diritto saranno prodotte.

Un’obiezione potrebbe essere la sovrapposizione, in questa ricostruzione, della nozione di bene alla nozione di cosa, e dell’autoreferenzialità del diritto che questo discorso permette. C’è questo rischio, ma può essere evitato considerando che l’affermazione per cui le cose non possono che essere connotate in senso giuridico, all’interno di un discorso che si predica tale, si pone su un piano gnoseologico, e non esclude la possibilità di considerare logicamente due momenti, l’uno in cui l’ordinamento seleziona gli elementi fattuali cui dare rilevanza, l’altro in cui li qualifica³⁷¹ e gli attribuisce una disciplina e una tutela³⁷². Sulla scorta di tali considerazioni, mettere in luce come il diritto consideri sempre solo una parte della realtà fattuale, quella parte cui si vuole dare rilevanza, escludendo altri elementi di fatto, pone in luce la discrezionalità e l’esistenza di opzioni di politica del diritto sottese a tali scelte. Si comprende così lo svilupparsi delle diverse opzioni, per esempio quelle che considerano la rilevanza di alcune utilità della cosa in relazione al suo carattere produttivo, o quelle che si riferiscono a nozioni economiche come quelle di escludibilità e rivalità. Ed emerge anche come l’affermazione dell’irrilevanza della cosa porti con sé un’astrazione che non tiene conto delle caratteristiche fattuali nella disciplina del bene, astrazione che affida la nozione di bene unicamente agli interessi,

³⁶⁹ Si veda la nota precedente.

³⁷⁰ E non potrebbe essere diversamente, perché delle due l’una: o, per quanto riguarda le proposte *de iure condendo*, si auspica che certe caratteristiche della cosa siano prese in considerazione dal diritto, oppure, nell’applicazione – e dunque nell’interpretazione – del diritto positivo, si considera la cosa per quelle caratteristiche che l’ordinamento giuridico ritiene rilevanti.

³⁷¹ Sui criteri di qualificazione del bene in senso giuridico si veda il § 2.4.

³⁷² Sullo stretto legame fra tutela e qualificazione si può richiamare, in quanto pietra miliare, lo studio di G. Calabresi, A. D. Melamed, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in “Harvard law review”, 1972, pp. 1089 ss.

concepando l'oggetto come afono, insignificante. Per ovviare a tale rischio può assumere rilevanza l'utilità, qualcosa cioè che serve a soddisfare gli interessi dell'uomo, ma è a questi esterno. Tale nozione, intesa anch'essa in senso giuridico, può essere utile per indicare quelle caratteristiche delle cose che sono considerate rilevanti dal diritto. Scrive a tal proposito Antonio Gambaro che "l'accento posto sulle utilità delle cose serve a ricordare che se esse esistono indipendentemente da noi e dalla loro utilizzazione nondimeno rimangono disponibili alla scoperta di un loro possibile uso non ancora sfruttato"³⁷³. Il riferimento alle caratteristiche delle cose, e alle utilità apre alla possibilità che emerga l'importanza di nuovi interessi legati a specifici possibili usi di una certa categoria di cose.

2.3.3. Il requisito della materialità

Venendo al dibattito sul carattere materiale della cosa, si rinvengono sostanzialmente tre posizioni, quella che ne afferma la materialità, con conseguente applicazione delle norme di cui al libro III del codice civile unicamente ai beni materiali, quella che sostiene la possibilità dell'immaterialità, con la conseguente estensione delle norme del libro III anche alle cose immateriali, e quella che, pur ammettendo la possibile immaterialità della cosa, limita però l'applicazione del libro III ai beni materiali.

Per quanto attiene alla prima posizione³⁷⁴, vi sono diverse argomentazioni di ordine sistematico e teleologico a sostegno di tale tesi. Fra le impostazioni sistematiche, Ugo Natoli individua le cose come corporali, materiali, e unici beni sottoposti alla disciplina codicistica del libro III³⁷⁵ in ragione del dettato dell'art. 814 cod. civ. Proprio in virtù del fatto che il legislatore ha considerato necessaria questa norma al fine di assoggettare al regime dei beni mobili le energie naturali si deduce "la necessità

³⁷³ A. Gambaro, *I beni*, cit. p. 79. Nella stessa direzione si veda F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 465.

³⁷⁴ Fra gli altri, T. O. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 41; A. Musso, voce *Proprietà intellettuale*, in *Enciclopedia del Diritto*, annali II, 2008, p. 890; L. Bigliuzzi Geri, *L'usufrutto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1977, p. 274; A. Bellelli, *I beni*, in *Id.*, G. Cianci (a cura di), *Beni e situazioni giuridiche di appartenenza* cit., p. 5; U. Breccia, L. Brusuglia, F. D. Busnelli, F. Giardina, A. Giusti, M. L. Loi, E. Navarretta, M. Paladini, D. Poletti, M. Zana, *Diritto Privato, Tomo Terzo*², Torino, 2010, p. 916; A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato*²², Milano, 2015, p. 187; G. Alpa, *Manuale di diritto privato*⁷, cit., p. 316; G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti. II*, Bologna, 2014 p. 324; M. Paradiso, *Corso di istituzioni di diritto privato*⁶, Torino, 2010, p. 134; P. Rescigno, *Manuale di diritto privato*, (edizione a cura di Cirillo), cit., p. 381.

³⁷⁵ U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, I, 1965 p. 59.

di una interpretazione restrittiva” del termine “cosa” di cui all’art. 810 cod. civ, cui sarebbe attribuito il carattere della materialità, pena l’inutilità dell’art. 814 cod. civ.

Un’ulteriore interpretazione sistematica è sviluppata da Salvatore Pugliatti. L’Autore, sulla base di una interpretazione dell’art. 810 cod. civ. in combinato disposto con l’art. 813 cod. civ., qualifica come ‘cose in senso giuridico’ solamente le cose materiali. La possibilità dell’esistenza giuridica di cose immateriali è presa in esame, e si giunge a negarla in base ad una lettura dell’art 813 cod. civ. come norma che distingue fra beni e diritti e che “mostra chiaramente di considerare come categoria a sé i beni che hanno come termine oggettivo di riferimento cose corporali, attraverso quelle entità giuridiche costituite dai diritti reali”³⁷⁶.

Un’ulteriore, e piuttosto ovvia, argomentazione è quella per cui il libro III, aperto dall’art. 810 cod. civ., è improntato ad una logica ficalista, come dimostrano le norme in materia di alberi³⁷⁷, di fossi³⁷⁸, e così via.

Vi è poi chi ha sostenuto un approccio teleologico, attento alla tenuta del sistema. Fra questi, si ricorda chi afferma l’opportunità di attribuire alle cose il carattere della materialità, per il buon grado di certezza che tale impostazione porta con sé, in quanto tale carattere è “collegato ad un principio fisico di comune conoscenza e sufficientemente chiaro”³⁷⁹ e in ragione della delimitazione dell’operatività del diritto di proprietà, che secondo tale dottrina “può avere unicamente per oggetto delle cose, ovverosia delle entità corporali”³⁸⁰.

Tale impostazione permette di comprendere l’importanza del dibattito, e anche di mutare prospettiva, esplicitando le conseguenze di quest’opzione. Limitare il novero delle cose a quelle materiali, significa non concepire l’art. 810 cod. civ. come norma generale, stante l’esistenza dei cosiddetti ‘beni immateriali’ e non considerare estensibili a questi le norme del libro terzo del codice civile. Quest’ultima considerazione pare suffragata dall’esistenza di una disciplina ‘speciale’, autonoma, che sovente disciplina le cose non corporali.

³⁷⁶ S. Pugliatti voce *Cosa*, cit., p. 18.

³⁷⁷ Si vedano gli artt. 892 – 896, 898, 899 cod. civ.

³⁷⁸ Art. 897 cod. civ.

³⁷⁹ V. Zeno Zencovich voce *Cosa*, cit., p. 453.

³⁸⁰ *Ibidem*.

Fra chi invece sostiene la possibilità dell'esistenza di cose immateriali, guardando alla dottrina più risalente vi è chi afferma che la limitazione della nozione di cosa alle cose materiali è "contraria all'ampia dizione dell'art. 810 che nella definizione di beni parla di "cose che possono formare oggetto di diritti" ed è arbitraria poiché limita la nozione di cosa all'ambito della proprietà e dei diritti reali, arrivando alla conclusione che gli altri diritti non abbiano come oggetto cose"³⁸¹. Si definisce la cosa (ma anche il bene), affermando che "giuridicamente è cosa tutto ciò che forma o può formare oggetto di disciplina giuridica, costituisce cioè la sostanza stessa del diritto e della relativa scienza" e dunque "quelle realtà sociali, che formano o possono formare oggetto di regolamentazione giuridica per il giurista sono cose"³⁸². Questo punto di vista considera come 'cosa' tutto ciò che è oggetto della scienza giuridica. Scrive Biondo Biondi che "la scienza del diritto studia le cose, nel senso che studia quelle entità e quelle relazioni sociali che, col fatto stesso di essere disciplinate dal diritto, diventano istituti giuridici, i quali sono cosa per il giurista"³⁸³, e la cosa è dunque "il riferimento oggettivo del diritto soggettivo"³⁸⁴, e si confonde con la nozione di bene³⁸⁵. Fra le riflessioni più recenti vi è quella di Fabrizio Piraino, secondo cui l' "avanzamento degli orizzonti del sapere, con l'inevitabile riconsiderazione della categoria del reale, hanno definitivamente affrancato la cosa dal presupposto fisicalista, includendovi una gamma di prodotti dell'intellettualità (...) accomunati sotto il segno dell'immaterialità e soprattutto dell'oggettivazione in termini di datità"³⁸⁶. Nello stesso senso si pone chi

³⁸¹ B. Biondi, *I beni*, cit., p. 5. Nella prospettiva dell'A. dunque l'art. 810 cod. civ. ha un'operatività non limitata al libro terzo ma diviene norma generale di sistema.

³⁸² B. Biondi, *I beni*, cit., p. 6.

³⁸³ *Ibidem*, p. 7.

³⁸⁴ *Ibidem*, cit., p. 9.

³⁸⁵ L'Autore, con un'interpretazione speculare e opposta a quella di S. Pugliatti svolge l'argomentazione sulla base di quanto disposto dall'art. 813 cod. civ., articolo che "considera come beni immobili o mobili anche "i diritti reali e le azioni relative", secondoche abbiano come oggetto beni mobili o immobili". B. Biondi, *I beni*, cit., p. 5. Tale impostazione pare in parte risentire della formulazione del codice civile del 1865 che all'art. 415 ascriveva al novero dei beni immobili "i diritti del concedente e quelli dell'enfiteuta sui fondi soggetti ad enfiteusi; il diritto di uso usufrutto e di uso sulle cose immobili, e quello di abitazione; le servitù prediali; le azioni che tendono a recuperare immobili o diritti ad essi relativi".

³⁸⁶ F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico nel diritto privato*, cit., p. 483. Tali riflessioni ben si coordinano con quelle svolte da A. Iannarelli in *Beni, Interessi, Valori*, cit. Nello stesso senso F. Ricci scrive che le "cose immateriali" sono "risorse meramente ideali, che (...) non costituiscono porzioni di realtà materiale e perciò non sono percepibili con i sensi o con strumenti materiali e tuttavia hanno comunque una loro realtà oggettiva che conferisce loro rilevanza economica e giuridica", Id., *I beni*, in

afferma, anche alla luce dell'evoluzione della realtà socioeconomica, la necessità di abbandonare un approccio fiscalista, e considerare le cose in relazione alle utilità³⁸⁷ e dunque considerare non solo dei beni, ma anche delle cose, come entità immateriali. Guardando agli indici normativi extracodicistici il dato letterale dell'art. 113 della l. 633/1941 sembra deporre nel senso di riconoscere l'esistenza giuridica di cose immateriali, in quanto fa riferimento alle 'cose materiali', presupponendo, verrebbe da ipotizzare, l'esistenza di cose immateriali. Nella stessa direzione è orientata la proposta di riforma dell'art. 810 cod. civ. della Commissione Rodotà del 2007³⁸⁸, che riformulava il testo qualificando come beni "le cose, materiali o immateriali, le cui utilità possono essere oggetto di diritti"³⁸⁹. Si pone in questa prospettiva, seppur con argomentazioni parzialmente diverse quella parte della dottrina secondo cui "cosa è, dunque, quel punto di riferimento oggettivo che, sottoposto al processo sociale di conferimento di senso, viene concepito come capace di produrre benefici in grado di generare interessi umani"³⁹⁰.

Tentando di comprendere le conseguenze che quest'impostazione porta con sé, da una parte l'art. 810 cod. civ. diventerebbe una norma di portata generale, d'altro canto si pone la questione dell'applicabilità alle 'cose immateriali' della disciplina del libro terzo del codice civile. Al riguardo, parte della dottrina afferma la possibilità di integrare la disciplina di alcuni beni immateriali con quella del codice civile in materia di proprietà, quando possibile³⁹¹. Vi è però chi, pur definendo le cose corporali come

S. Patti (a cura di) *Diritto Privato*, Padova, 2016, p. 187. A essere richiamato è l'annoso problema della natura dei diritti di proprietà intellettuale, e dunque la possibilità della loro qualificazione in relazione al diritto di proprietà.

³⁸⁷ Scrive C. Sganga che "l'utilità rappresenta il passaggio logico ulteriore che separa il mondo delle cose da quello dei beni: esso, una volta specificato, rende agevole ammettere che la stessa entità possa essere presa in considerazione dall'ordinamento quale riferimento naturalistico di molteplici beni, tanti quante sono le utilità fruibili indipendentemente", in *Id.*, *Dei beni Dei beni in generale, Artt. 810-821*, in *Commentario al Codice Civile* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2015, p. 53. Si veda in questo senso, ma in relazione ai beni, anche A. Gambaro, *I beni*, cit.

³⁸⁸ Su cui, per altri aspetti, si veda il capitolo I. Si veda anche A. Gambaro, *I beni*, cit., p. 59 ss.

³⁸⁹ Fra le cose immateriali si annovera nella relazione di accompagnamento, per esempio, lo spettro di frequenze.

³⁹⁰ F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 484.

³⁹¹ Scrive C. Sganga che seguendo tale impostazione risulterà possibile "adattare anche il Libro III, nei limiti dell'estendibilità analogica dei suoi precetti, a quelle situazioni giuridiche [che si riferiscono a entità immateriali] oramai pacificamente considerate quali proprietarie (...) nelle fonti comunitarie, riattribuendo alle categorie codicistiche il proprio originario ruolo di categorie ordinanti", in *Ead.*, *Dei*

“qualunque cosa che si riveli ai sensi dell’uomo”³⁹², e considerando come cose anche i beni immateriali, esclude però che questi possano essere oggetto di proprietà, in quanto in riferimento ad essa, si afferma, “è richiesta la materialità della cosa”³⁹³. Secondo quest’impostazione possono esservi cose immateriali, e dunque l’art. 810 cod. civ. sembrerebbe essere interpretato come norma generale, e però la disciplina del libro terzo sarebbe ristretta alle cose materiali³⁹⁴.

2.3.4. (Segue). Alcune prime riflessioni sulla materialità della cosa

Una prima considerazione riguardo a tale dibattito è quella per cui, all’interno della nozione ‘cose immateriali’ si riuniscono un coacervo di elementi, dagli oggetti della proprietà intellettuale, intesa in senso lato, ai diritti, a quelle porzioni di realtà esterna che non hanno una base materiale immediatamente percepibile, ma il cui utilizzo è reso possibile dall’evoluzione della tecnologia³⁹⁵.

beni, cit., p. 103.

³⁹² M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*⁵, vol. I, Torino, 1958, p. 278.

³⁹³ *Ibidem* p. 279.

³⁹⁴ In una prospettiva diversa si pone D. Messinetti che, pur tenendo ferma la distinzione fra disciplina delle cose materiali e delle cose immateriali, individua le cose come entità “oggetto di godimento e appropriazione esclusiva”, mentre estende la categoria di bene anche a oggetti “di situazioni soggettive” che “presentano caratteristiche essenziali diverse”. Si veda il paragrafo “cose corporali e cose incorporali” in *Id.*, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, 1979. Scrive l’A. che “È evidente che la distinzione tra cose corporali e cose incorporali (una distinzione che risale alle fonti del diritto romano classico) non è priva di significato, proprio sullo stesso terreno della oggettivazione in senso giuridico. Tra i due gruppi di entità non mancano, infatti, differenze che esprimono le specifiche e reali caratteristiche proprie di ognuno di essi sul piano oggettivo. Tali differenze sono rimarcabili sotto un duplice profilo: innanzi tutto, a livello delle manifestazioni esteriori dell’oggettivazione, è possibile osservare che non tutti gli aspetti dell’oggettivazione delle cose corporali si riproducono esattamente nei confronti di quelle incorporali e viceversa (per esempio, la nozione di possesso appare estranea alle fondamentali esigenze e alle essenziali strutture della tutela giuridica delle cose incorporali). Il secondo aspetto di differenziazione riguarda l’oggetto sul quale incide direttamente il dovere negativo di astensione (da parte dei terzi) che costituisce tipicamente lo strumento per assicurare l’esclusività del godimento. Nelle cose corporali questo termine oggettivo immediato è rappresentato dalla «cosa» in sé; nelle cose incorporali, esso è variamente determinabile, a seconda delle situazioni concretamente tutelate: così, per le creazioni intellettuali, l’esclusiva riguarda i mezzi di riproduzione dell’idea; per l’azienda, i beni singoli che costituiscono il complesso”, *Ibidem*, p. 118.

³⁹⁵ Scrive a questo proposito D. Messinetti che “Rientrano nella categoria delle cose incorporali, in quanto oggetto di diritti, le entità che costituiscono il risultato di un’attività creativa dell’uomo (le cosiddette creazioni intellettuali: opere dell’ingegno e invenzioni industriali); l’azienda vista come complesso unitario funzionale di più beni; le situazioni soggettive che, in determinate condizioni, possono trasformarsi in entità e valori oggettivi (v. infra, § 9 la questione dei diritti sui diritti); e, infine, le utilità che si producono in favore di un determinato soggetto attraverso una specifica attività (facere, non facere) di un altro soggetto determinato”, in *Id.*, voce *Oggetto dei diritti*, cit.

Per quanto attiene all'ultimo gruppo di entità, una soluzione potrebbe essere quella di considerare la nozione di materialità alla luce delle evoluzioni della realtà economica e sociale. Tale nozione, secondo l'insegnamento di Antonio Gambaro³⁹⁶, può essere estesa a quelle entità che presentano utilità per l'uomo, che sono cioè da esso utilizzabili, e dunque in qualche misura 'percepibili', sebbene con l'ausilio di strumentazione tecnica³⁹⁷; a sostegno di tale posizione si può affermare che vi è stato appunto un cambiamento – anche tecnologico – nella realtà sociale, che porta con sé un potenziamento, o comunque un mutamento nella conoscenza che l'uomo ha rispetto a ciò che è altro da sé e che egli può utilizzare, e che tali considerazioni possono condurre a una interpretazione evolutiva della nozione di materialità³⁹⁸. In questo senso sarebbero da considerare cose materiali le entità che sono percepibili dall'uomo in quanto esterne ad esso, e da esso, seppur influenzate, autonome³⁹⁹. Se per quanto riguarda i diritti occorre rimandare la trattazione⁴⁰⁰, per gli oggetti dei diritti di proprietà intellettuale si può solamente ricordare il dibattito sulla possibilità di concepire gli oggetti della proprietà intellettuale, intesa in senso lato, come beni *in*

³⁹⁶ Scrive A. Gambaro che “si deve osservare come tutte le cose materiali presenti sulla superficie terrestre e nella atmosfera che la circonda sono beni in senso giuridico”, *Id.*, *I beni*, cit. p. 99.

³⁹⁷ In questa direzione, sebbene con una definizione più ampia, si orientano P. Zatti e V. Colussi, secondo cui “il carattere materiale va però inteso in senso ampio; non significa visibile o tangibile o percepibile con i cinque sensi, ma più ampiamente si riferisce all'esistenza nel mondo della materia, e dunque a tutto ciò che è empiricamente verificabile e quantificabile”, in *Id.*, *Lineamenti di Diritto Privato*¹⁵, Padova, 2015, p. 218.

³⁹⁸ In questo senso è orientato A. Gambaro, secondo il quale “poiché una decente «notia» degli apporti delle scienze umane deve comprendere anche la celeberrima equazione einsteiniana tra materia ed energia, si debbono classificare come beni tutto ciò che fisicamente contribuisce a formare l'ambiente in cui l'uomo si colloca (...) e quindi comprendendo la radiazione solare che perviene in abbondanza sulla crosta terrestre e che tanto condiziona l'ambiente in cui l'uomo vive ed il modo in cui lo vive”, in *Id.*, *I beni*, cit., p. 68. Certo è chiaro che tale impostazione porta con sé non poche incertezze nell'individuazione, in concreto, del bene giuridico rispetto ai diritti. Un chiaro esempio di tale complessità è dato dalla vicenda delle onde elettromagnetiche, sulla cui qualificazione come bene giuridico molto si è discusso, e su cui si veda, per un primo inquadramento, A. Gambaro *I beni*, cit., pp. 187 ss.; per una disamina delle diverse posizioni dottrinali si veda D. Stivanello Gussoni, *Il sistema di regolazione delle comunicazioni elettroniche e dei servizi di media audiovisivi*, tesi di dottorato, XXVI ciclo, reperibile all'indirizzo: <http://dspace.unive.it/handle/10579/3958> (ultima consultazione, 2 febbraio 2017).

³⁹⁹ Si tenta così di superare il “paradigma fisicista”, evitando però un'estensione della categoria tale da confondere irrimediabilmente i confini fra prestazione, in cui l'uomo ha una parte attiva, e cosa – e poi bene –, in cui l'attività umana, se rileva nel processo della sua produzione, non è parte della cosa oggetto di diritti. Sul paradigma fisicista e sulle sue conseguenze rispetto al ruolo svolto dalla proprietà come categoria ordinante si veda U. Mattei, *La proprietà*², in *I diritti reali, II, Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 159.

⁴⁰⁰ Si veda il § 3.

*primis*⁴⁰¹, per poi discutere della relazione fra la proprietà di cui al libro III del codice civile e i diritti di proprietà intellettuale⁴⁰² in ragione del tipo di situazioni soggettive tutelate. La loro esclusione dal novero dell'art. 810 cod. civ. in alcuni autori si fonda anche sul collegamento necessario fra tale norma e la disciplina del libro terzo del codice; tale dottrina esclude dal novero dei beni di cui all'art. 810 cod. civ. gli oggetti di proprietà intellettuale, in quanto questi non sono soggetti alla disciplina del libro III Cod. Civ., in virtù dell'esistenza di specifiche discipline e *ratio* che governano tali diritti⁴⁰³.

Da quanto detto emerge come nel dibattito sulla materialità della cosa si intersechino continuamente argomenti fondati sull'interpretazione di un dato codicistico ricercando, per così dire, un'ontologia normativa e argomentazioni che si fondano sul legame fra l'art. 810 cod. civ. e le regole in materia di proprietà privata e diritti reali, e sull'opportunità di attribuire una forza espansiva a tali norme. La questione che allora si pone è quella del legame fra disciplina giuridica e carattere materiale o immateriale del bene e non già unicamente della cosa.

In ragione della difficoltà di costruire un'argomentazione salda sulla base solamente del primo tipo di argomenti, occorre approfondire i rapporti fra la nozione di cosa e la disciplina giuridica che a questa è connessa attraverso il concetto di bene. A ben vedere, le diverse opzioni interpretative circa la connessione fra la nozione di cosa e

⁴⁰¹ Si veda, per un primo inquadramento, il dibattito ripercorso da F. H. Easterbrook, in *Intellectual property is still property* in "Harvard journal of law and public policy", n. 108, 1990.

⁴⁰² In senso affermativo C. Sganga, *Dei beni*, cit., p. 103; *contra*, fra gli altri, A. Musso, voce *Proprietà intellettuale*, cit., p. 891, *Id.*, voce *Proprietà industriale*, in *Enciclopedia del Diritto*, annali II, 2008, 876, F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*¹⁷, Napoli, 2015; L. Bigliuzzi Geri, *L'usufrutto. Appunti delle lezioni*, cit., p. 338; A tal proposito scrive P. Trimarchi che "l'opera dell'ingegno si può dunque concepire come un bene immateriale, e si parla sovente di proprietà di beni immateriali, per analogia con la proprietà di cose materiali. Ma il parallelo è ingannevole, perché quella e questa non hanno nulla in comune, tranne la caratteristica dell'assolutezza. Soprattutto è diverso il modo di godimento del bene che, nel caso della creazione intellettuale tutelata dal diritto d'Autore o da un brevetto, consiste in un particolare regime della concorrenza: la possibilità, cioè, di riprodurre l'opera o di sfruttare l'invenzione nell'industria ad esclusione di chiunque altro", in *Id.*, *Istituzioni di diritto privato*²⁰, Milano, 2014, p. 88. Nello stesso senso L. Nivarra, V. Ricciuto, C. Scognamiglio, *Diritto privato*², Torino, 2013, p. 208.

⁴⁰³ Si veda sul punto A. Musso, *op. cit.* Sulla impossibilità di applicare alcune delle regole cardine della tutela proprietaria di cui al libro III scrive U. Mattei che "sul piano tecnico, la struttura della proprietà intellettuale, non sembra reggere l'omologazione funzionale fra inibitoria, rivendicazione e reintegrazione come strumenti rimediali tipici della situazione dominicale", in *Id.*, *La proprietà*², in *I diritti reali, II, Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2015, p. 88. Nello stesso senso U. Breccia, L. Brusciuglia, F. D. Busnelli, F. Giardina, F. Giusti, M. L. Loi, E. Navarretta, M. Paladini, D. Poletti, M. Zana, *Diritto Privato, Tomo Terzo*², Torino, 2010, p. 916.

la sua qualificazione giuridica sono strettamente connesse alle diverse ricostruzioni circa i criteri di qualificazione del bene in senso giuridico⁴⁰⁴. Il tema si interseca con quello, che sarà approfondito nel prosieguo del lavoro, della delimitazione dell'oggetto rispetto al soggetto, di ciò che è al di fuori di questo, e delle qualità e degli interessi che invece sono da riferirsi alla persona.

2.4. Dalla cosa al 'bene': l'art. 810 cod. civ. e i criteri di qualificazione

La nozione di bene secondo la dottrina maggioritaria si caratterizza per la centralità che in questa assume la “qualificazione giuridica, che riflette (...) l'interesse e/o gli interessi selezionati dall'ordinamento e ritenuti meritevoli di tutela”⁴⁰⁵. E se sulla rilevanza della qualificazione giuridica per la costruzione della nozione di bene la dottrina è in gran parte concorde⁴⁰⁶, lo stesso non si può dire con riguardo alla definizione dei criteri attraverso cui l'ordinamento crea un 'bene'. Tale diversità di vedute rispecchia la natura valutativa di tali criteri, attraverso i quali si individuano “le *rationes* profonde dell'ordinamento, i modi e le misure del soddisfacimento e composizione di interessi individuali e collettivi”⁴⁰⁷. Se è bene la cosa che è oggetto di diritti, la questione diventa “di quali diritti?”⁴⁰⁸. Si rende necessario dunque sottoporre a vaglio critico alcuni dei criteri di qualificazione dei beni in senso giuridico che emergono dalla riflessione dottrinale.

2.4.1. Il criterio dell'appropriazione

Uno dei più noti manuali di diritto privato afferma che è bene “solo la cosa che possa essere fonte di utilità e oggetto di appropriazione (...)”, e che “è a questo concetto di

⁴⁰⁴ Tale processo di qualificazione può essere tenuto distinto dalla nozione di cosa unicamente da un punto di vista meramente logico.

⁴⁰⁵ A. Iannarelli, *Beni, Interessi, Valori*, cit., p. 296. È opportuno richiamare anche la riflessione di D. Messinetti, secondo il quale “risulta la differenza, dal punto di vista metodologico, dei criteri di individuazione del bene, quale oggetto di una specifica protezione giuridica, nei confronti dei criteri che individuano il bene (o i beni) nella realtà naturale”. In *Id.*, *Oggetto dei diritti*, cit., 1979, p. 810.

⁴⁰⁶ In tal senso si vedano, fra gli altri: V. Zeno Zencovich voce *Cosa* cit. p. 443; T. Oberdan Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit. p. 153-154.

⁴⁰⁷ P. D'Addino Serravalle, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, Napoli, 1999, p. 23.

⁴⁰⁸ S. Pugliatti, voce *Cosa*, cit., p. 25.

«bene» che si riferisce l'art. 810 cod. civ. allorché precisa che «sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti»: quelle, cioè, suscettibili di appropriazione e di utilizzo e che, perciò, possono avere un valore»⁴⁰⁹. Tale impostazione è diffusa⁴¹⁰, anche, più in generale, rispetto alla nozione di bene nel diritto privato. La dottrina si divide rispetto alla necessità di un'appropriazione attuale, o anche solo potenziale⁴¹¹, e il discorso si intreccia indistricabilmente con quello sulla possibilità di individuare i confini dell'istituto proprietario⁴¹², revocata in dubbio da chi afferma che non esiste “con caratteri autonomi ed unitari un istituto della proprietà”⁴¹³. Senza inserirsi in quello che è un dibattito che non dà cenno né di sopirsi né di trovare un compimento⁴¹⁴, è interessante vedere come il criterio è qui declinato in una serie di sfumature che si articolano su una linea continua, ai cui estremi vi sono da una parte la proprietà privata codicistica dell'art. 832 cod. civ.⁴¹⁵, e dall'altra la nozione, amplissima, di attribuzione.

Venendo all'analisi del primo estremo, quello che individua il criterio di qualificazione dei beni in senso giuridico nell'appropriazione esclusiva, tale posizione

⁴⁰⁹ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 174.

⁴¹⁰ Si vedano in questo senso F. Galgano, *Diritto Privato*¹⁶, 2013, p. 108, F. Gazzoni, *Manuale di Diritto Privato*¹⁷, Napoli, 2015, p. 197; Massimo Paradiso, *Corso di istituzioni di diritto privato*⁶, Torino, 2010, p. 134. Danno conto di tale impostazione A. Iannarelli, F. Macario, *Art. 810*, cit., p. 6.

⁴¹¹ In relazione a tale carattere, si è aperto un dibattito circa la natura di bene giuridico delle *res nullius*. Scrive a tal proposito S. Pugliatti che “una *res nullius* può essere un bene economico, ma non dà vita ad un bene giuridico, se non quando sia intervenuta l'occupazione ad opera di un determinato soggetto, che ne abbia acquistato il diritto di proprietà”, in *Id.*, *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2011, p. 452. Nello stesso senso Scozzafava, secondo cui “si è fatto esplicito riferimento alla necessità dell'attualità della qualificazione, per chiarire che un'entità, pur essendo in astratto suscettibile di divenire bene in senso giuridico, non può considerarsi tale se non è attualmente oggetto di una situazione giuridica soggettiva”, *Id.*, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 91. *Contra* M. Paradiso, *Corso di istituzioni di diritto privato*⁶, Torino, 2010, p. 134.

⁴¹² Sottolinea la connessione fra criteri di qualificazione dei beni in senso giuridico e definizione di ciò che significa “proprietà” T. O. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 146-147.

⁴¹³ S. Rodotà, *Il diritto di proprietà fra dommatica e storia*, in *Il terribile diritto*, cit., p. 242. Si veda sul punto anche U. Breccia, *I quarant'anni del libro terzo del Codice Civile*, ora in *Immagini del diritto privato. Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, pp. 754 ss.

⁴¹⁴ Per un primo inquadramento, S. Pugliatti, *La proprietà e le proprietà* cit.; P. Grossi *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli, 2006; S. Rodotà, *Il diritto di proprietà fra dommatica e storia*, in *Il terribile diritto*, cit., 2013.

⁴¹⁵ Sul punto scrive D. Messinetti che “la scienza giuridica ha finito col negare l'esistenza di un bene in senso giuridico, inteso quale oggetto di uno specifico strumento di garanzia attribuito al soggetto, nei casi in cui la tutela normativa non si esprime, dal punto di vista soggettivo, in un potere che abbia i caratteri delle forme di appropriazione esclusiva”, in *Id.*, voce *Oggetto dei diritti*, cit., p. 812.

è stata criticata anche in quanto frutto della visione universalista – in senso diacronico e sincronico – che porta con sé⁴¹⁶, e contrasta con più di un dato normativo⁴¹⁷. Infatti, se dopo aver letto l'art. 810 cod. civ. si prosegue nella lettura del codice civile, ci si imbatte nelle norme che attengono ai beni pubblici, che si dividono, com'è noto, in beni demaniali, del patrimonio indisponibile, di quello disponibile. E, se pur, con le parole di Massimo Severo Giannini, la nozione di proprietà pubblica “si rivela poco più che un espediente verbale”⁴¹⁸, non si può negare che, almeno per quanto attiene ai beni pubblici demaniali, il carattere pubblico giochi un ruolo, e conseguenza ne è la disciplina dell'inalienabilità, nonché l'irrelevanza del possesso ai fini dell'acquisto della proprietà. Con riguardo a questa categoria di beni, occorre richiamare la riflessione di quella parte della dottrina giuspubblicistica che connette il carattere pubblico del bene non solo alla titolarità dello Stato, ma anche ad un dato oggettivo⁴¹⁹;

⁴¹⁶ Ben sappiamo infatti – e in questo è imprescindibile il richiamo agli studi di P. Grossi – che non sempre, da un punto di vista storico, la proprietà privata, come diritto esclusivo sul bene, ha svolto un ruolo centrale. Si vedano sul punto: *Id.*, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, cit., *Id.*, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, *Id.*, *Un altro modo di possedere: l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977. Ed è qui utile richiamare anche le riflessioni di A. Gambaro, secondo il quale se “indubbiamente (...) vi sono stati momenti storici in cui la soluzione della assegnazione dei beni in forma di proprietà individuale e compatta è apparsa la più conveniente dal punto di vista della utilità sociale, (...) ciò è avvenuto in circostanze specifiche ed in riferimento a specifiche attività produttive”, in *Id.*, *I beni*, cit., p. 80. Continua l'A. sostenendo che “l'erezione della proprietà privata a paradigma assoluto delle situazioni di appartenenza sui beni non è il frutto di una riflessione critica sulla esperienza storica e piuttosto appare il frutto di una castellatura ideologica sospinta da circostanze storiche specifiche che si sono presentate nelle società occidentali”. In *Id.*, *I beni*, cit., p. 93. Tale notazione serve a mettere in luce come l'appropriazione esclusiva – e dunque lo schema proprietario – non possa essere assunta, da un punto di vista logico, a unica modalità di fruizione e utilizzo delle utilità della cosa, in quanto possono esistere, esistono e sono esistite altre forme di gestione dello sfruttamento delle utilità, prime fra tutte le proprietà collettive, già oggetto di studi molto rilevanti. Sul punto, per un primo inquadramento: P. Grossi, *op. cit.*, F. Marinelli *Gli usi civici*, voce del *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, Milano, 2003; *Id.*, *Gli usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Napoli, 2000; E. Tomasella, *Aspetti pubblicistici del regime dei beni regolieri*, Belluno, 2001.

⁴¹⁷ La critica dell'unicità del criterio appropriativo è mossa *in primis* da T. O. Scozzafava, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., pp. 528 ss.

⁴¹⁸ M. S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., p. 28.

⁴¹⁹ Scrive V. Caputi Jamberghi che “la classificazione legale nella categoria del demanio o in quella del patrimonio degli enti pubblici potrà ritenersi collegata ad una valutazione di preminenza degli interessi, in vista di una disciplina differenziata del godimento (del solo proprietario “nominato” o di altri soggetti), della circolazione giuridica e della tutela più congeniale alle caratteristiche e all'idoneità della cosa a soddisfare gli specifici interessi pubblici”, *Id.*, voce *Beni pubblici*, cit., p. 5. Interessante in questo senso anche la controversa categoria dei beni d'interesse pubblico, su cui, per un primo inquadramento, si veda L. Orusa, voce *Beni d'interesse pubblico*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1989, V. Indaga in senso critico la mancata analogia fra proprietà privata e proprietà pubblica A. Lolli, *Proprietà e potere nella*

secondo parte della dottrina infatti “in senso oggettivo un bene è pubblico in quanto fornisce una utilità ad una collettività pubblica”⁴²⁰. E occorre anche ricordare che per alcuni beni pubblici è prevista una fruizione generalizzata⁴²¹. Tali rilievi paiono essere oggi confermati dalla Corte di Cassazione, quando, a Sezioni Unite⁴²², afferma che “la «demanialità» esprime una duplice appartenenza, alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per così dire, come appartenenza di servizio che è necessaria, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione”. I giudici di legittimità esplicitano che “la titolarità dello Stato (come Stato - collettività, vale a dire come ente espositivo degli interessi di tutti) non è fine a sé stessa e non rileva solo sul piano proprietario, ma comporta per lo stesso gli oneri di una *governance* che renda effettivi le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene”. Si è ampiamente citata tale sentenza perché conferma la tesi qui sostenuta, dell'impossibilità di assumere l'appropriazione esclusiva ad unico criterio di qualificazione, atto a far divenire la ‘cosa’ un ‘bene in senso giuridico’, considerato che, nel caso dei beni demaniali così configurati, il regime del bene è informato alla garanzia di una sua fruizione generalizzata⁴²³, e non ad una sua appropriazione in via

gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico, in “Diritto amministrativo”, n. 1, 1996.

⁴²⁰ M. S. Giannini, *I beni pubblici*, cit., p. 10. Diversa l'impostazione di A. M. Sandulli, che individua i beni pubblici come quei beni che hanno la caratteristica “di realizzare direttamente essi stessi, un interesse pubblico, inerente di volta in volta alle comunicazioni, alla produzione, alla cultura (...), nonché di essere, appunto in relazione a ciò, soggetti a un particolare regime pubblicistico” e la cui titolarità spetta a enti pubblici, in *Id.*, *Beni pubblici*, cit., p. 280. Le riflessioni in materia sono molte. Si vedano, fra gli altri: S. Cassese *I beni pubblici. Circolazione e tutela* cit., p. 244 ss.; V. Caputi Jamberghi voce *Beni pubblici* in *Enciclopedia Giuridica*, V, 1984, p. 2 ss.

⁴²¹ Scrive sul punto T. O. Scozzafava che “i beni destinati all'uso generale non vengono qualificati dalla norma né mediante il diritto di proprietà né tramite un'altra situazione soggettiva, il cui contenuto si identifica con il potere di appropriarsi in forma esclusiva del bene. L'interesse, che in questo caso l'ordinamento formalizza, è infatti quello che siffatte entità sollecitano nei singoli componenti le comunità, interesse che coincide con quello all'uso generale di tali beni: il soggetto, in altri termini, è interessato a che nessuno possa escluderlo dal godimento di questi beni”, in *Id.*, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 535. In questo senso e per ulteriori riferimenti bibliografici si veda anche M. Costantino, *I beni*, cit., pp. 10 ss.

⁴²² Sentenza 14 febbraio 2011 n. 3665; vi sono poi due pronunce ad essa gemelle, la n. 3811 del 16 febbraio 2011, e la n. 3038 del 18 febbraio 2011. I commenti alla sentenza sono stati moltissimi. Fra gli altri si vedano, E. Pellicchia *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni* cit.; S. Lieto “*Beni comuni*”, *diritti fondamentali e stato sociale*, cit.; G. Carapezza Figlia, *Proprietà e funzione sociale*, cit.; R. Lombardi *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in “Il diritto dell'economia”, n. 1, 2014.

⁴²³ Sul punto di interesse le riflessioni di V. Caputi Jamberghi secondo il quale “l'elemento soggettivo

esclusiva. I giudici di legittimità infatti pongono in capo allo Stato, titolare formale della proprietà sul bene, degli oneri di gestione che devono essere tesi appunto a garantirne una fruizione collettiva.

Alla luce di quanto detto, se “non esistono cose oggettivamente appropriabili e cose oggettivamente inappropriabili in senso assoluto”, e “dal punto di vista giuridico, poi, una cosa è appropriabile o non appropriabile, se esiste o non esiste un precetto, una regola, una norma in base a cui un singolo soggetto si autorizzato a servirsene e disporne o a estrarne, comunque, da solo date utilità e agli altri ciò sia vietato”⁴²⁴, quello dell’appropriabilità in via esclusiva non può essere l’unico criterio di qualificazione del bene in senso giuridico, pena l’eccessivo restringimento della categoria⁴²⁵ o, alternativamente, l’eccessiva estensione del lemma “appropriabilità in via esclusiva.”

Vi è poi una posizione intermedia, che fa riferimento alla nozione di appartenenza, secondo la quale “l’attribuzione in funzione circolatoria rappresenta l’elemento normativo che integra il disposto dell’art. 810 c.c.”, e “ne consegue che è bene soltanto quella cosa che l’ordinamento consente di esporre alla tensione appropriativa dei soggetti, attribuendola loro in termini tali da consentirne non soltanto il godimento regolato ma anche la titolarità”⁴²⁶. Secondo tale ricostruzione il godimento e la

del rapporto giuridico fra autorità, collettività dei soggetti interessati alle utilità della cosa e bene pubblico, influenza e condiziona, infatti, i connotati giuridici che sono tipici della proprietà in misura assai notevole”, in *Id.*, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia Giuridica*, p. 2004.

⁴²⁴ G. Pugliese, *Dalle “res incorporales” del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1982, p. 1182.

⁴²⁵ In questo senso scrive A. Gambaro che “non è logico attribuire ai caratteri distintivi dei beni individuali privati la funzione di fissare i caratteri distintivi del concetto di bene in generale”, in *Id.*, *I beni*, cit., p. 68. Nello stesso senso P. D’Addino Serravalle, che, a partire da un’analisi delle ipotesi in cui l’ordinamento “disciplina e, quindi, legittima, l’uso da parte di terzi di beni di proprietà di alcuno”, afferma che “le entità della realtà esterna sono rilevanti per il diritto, in quanto punto di riferimento oggettivo di interessi individuali e collettivi, tutti selezionati e qualificati dall’ordinamento giuridico, e non del solo interesse all’appropriazione esclusiva (...)”; *Id.*, *I nuovi beni*, cit., p. 127. Scrive sul punto T. O. Scozzafava che “la proprietà e i diritti che garantiscono l’esclusività dell’appropriazione, altro non rappresentano se non una delle possibili modalità con cui l’ordinamento regola l’uso delle risorse”, in *Id.*, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 144. Si veda anche F. Piraino, in *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit. Altra alternativa che permetterebbe – non considerando la pronuncia della Corte di Cassazione sopra richiamata – di utilizzare tale criterio è quella di interpretare le norme sui beni pubblici orientate ad una costruzione della proprietà pubblica sulla base della proprietà privata, interpretazione questa già sottoposta a vaglio critico da parte della dottrina giuspubblicistica. Sul punto, per un primo inquadramento: M. S. Giannini, *I beni pubblici*, cit.

⁴²⁶ F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 489.

titolarità non necessariamente sono consentiti in forma proprietaria; si richiama il caso dei beni pubblici, in cui la circolazione è fortemente limitata, se non inibita. Tale approccio è però connesso a filo doppio non solo con la nozione di appartenenza, ma anche di appropriabilità, tanto che si escludono dalla categoria dei beni giuridici i beni comuni, in quanto beni “sottratti al circuito della circolazione”, e risorse “liberamente accessibili a chiunque nutra un interesse al loro uso”⁴²⁷. Questa ultima notazione serve a mostrare un punto critico di tale impostazione, in quanto sembrerebbe re-introdurre il criterio dell’appropriazione in via esclusiva, rendendo la nozione di bene giuridico di difficile utilizzazione per quei beni pubblici di cui è esclusa la circolazione attraverso il regime dell’inalienabilità.

Si potrebbe concludere che si ha un bene in senso giuridico quando l’ordinamento regola le modalità di godimento e di disposizione di una cosa, dando così rilievo ad una nozione amplissima, quella di attribuzione. Tale criterio di qualificazione può essere risolutivo rispetto alla questione del regime dei beni pubblici, poc’anzi esaminata. Tale impostazione però porta con sé la questione della compatibilità di tale nozione di bene, con quella che emerge dall’art. 2740 cod. civ., comprensiva anche dei crediti. La questione sarà esaminata nel prosieguo del lavoro⁴²⁸.

2.4.2. Il criterio dell’interesse

Un altro criterio di qualificazione che emerge dall’analisi della dottrina è quello dell’interesse; si scrive a tal proposito che “le cose che «possono formare oggetto di diritti» sono beni (...) perché l’ordinamento le assume quali termini oggettivi di riferimento di vari interessi, tutti selezionati e tipizzati dall’ordinamento stesso”⁴²⁹, e non “riducibili alla sfera dei bisogni individuali”⁴³⁰.

In tale ricostruzione è per l’appunto il giudizio di meritevolezza dell’interesse, compiuto dall’ordinamento in base a valutazioni autonome rispetto a quelle svolte in seno alla scienza economica, a creare un bene in senso giuridico⁴³¹. Sulla scorta di tali

⁴²⁷ F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 491.

⁴²⁸ Si veda il § 3.

⁴²⁹ M. Costantino *I beni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. VII, *Proprietà*, I, Bari, 1992, p. 13.

⁴³⁰ *Ibidem*, p. 9.

⁴³¹ Con riguardo alla rilevanza della qualificazione giuridica, e dunque al giudizio sulla meritevolezza

considerazioni sono considerate beni giuridici non solamente le entità suscettibili di appropriazione in via esclusiva, bensì tutti quegli oggetti su cui insistono interessi tutelati dall'ordinamento; nel solco di tali considerazioni anche le *res communes omnium* vengono annoverate fra i beni, quando a queste si connettono interessi protetti giuridicamente, come avviene nel caso delle norme poste a tutela dell'ambiente⁴³².

Il criterio così costruito permette di sciogliere il rapporto biunivoco fra appropriazione esclusiva e esistenza di un bene giuridico⁴³³, e di ammettere che questo può consistere in un'entità su cui insistono interessi diversi tutelati dall'ordinamento, e tutelati non solamente attraverso l'attribuzione di diritti connotati dallo *jus excludendi alios*. Emerge così una delle conseguenze della riduzione della categoria dei beni giuridici alle entità suscettibili di appropriazione in via esclusiva: l'unico interesse tutelato in questo modo è quello, per l'appunto, all'appropriazione, e una volta attribuito il bene in via esclusiva, un aspetto di grande importanza è quello della possibilità di trarre profitto dalla cosa attraverso il suo scambio, o comunque attraverso il conferimento, attraverso il contratto, ad altri soggetti delle singole facoltà di godimento o di sfruttamento. Occorre considerare che l'ordinamento – e il testo costituzionale in

degli interessi che la nozione di bene giuridico porta con sé, si veda una pronuncia in materia di lottizzazione abusiva, in cui il Tribunale di Bari, in una sentenza del 9 febbraio 2005, ritiene che “nella lottizzazione abusiva l'oggetto della confisca deve intendersi limitato all'acquisizione del solo terreno sul quale insorgono le opere, quest'ultime non costituiscono un bene in senso giuridico, e non possono formare oggetto di diritti, essendo un corpo estraneo all'ordinamento, il quale ne presuppone *ipso iure* la demolizione, il cui fondamento deriva dalla circostanza che tali opere, per la loro contrarietà al diritto, costituiscono un «tamquam non esset», assolutamente prive della qualità di bene circoscritta dall'art. 810 c.c.”, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultima consultazione 28 agosto 2017). Scrive V. Amendolagine che il Tribunale “ha collegato all'accertamento (in sede amministrativa o giurisdizionale) della lottizzazione illecita la definitiva perdita dello *status* di bene in senso giuridico delle opere edificate”; *Id.*, *Lottizzazione abusiva di area edificabile e mutamento dello status giuridico della res*, in “Corriere del merito”, n. 6, 2005. L'Autore svolge poi una critica alla ricostruzione del Tribunale, in quanto le opere abusive non cesserebbero di esse beni in senso giuridico, ma muterebbero solamente di regime. Per quel che qui interessa, è rilevante la connessione fra regime del bene e tutela di determinati interessi, e come una valutazione, per esempio circa l'illiceità della lottizzazione porti con sé un mutamento significativo del regime.

⁴³² M. Costantino *I beni*, cit., p. 22.

⁴³³ Nello stesso senso F. Piraino. Scrive l'Autore che la teoria elaborata da M. Costantino ha il merito di “aver rotto la corrispondenza biunivoca tra il bene giuridico e la proprietà e le altre situazioni soggettive di appartenenza esclusiva, evidenziando che la reificazione di un'entità può esse affidata a dispositivi tecnici diversi dal diritto soggettivo, e per di più del diritto soggettivo di natura patrimoniale ed assoluta, facendo emergere quello che S. Rodotà definisce «retroterra non proprietario»”, in F. Piraino, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 479. In riferimento alla riflessione di S. Rodotà, citata da F. Piraino si veda: S. Rodotà, *La rinascita della questione proprietaria*, in *Id.*, *Il terribile diritto*, cit., p. 44.

particolare – attribuisce rilevanza anche ad interessi altri⁴³⁴, non sempre compatibili con – o realizzati attraverso – l’appropriazione esclusiva e lo scambio di beni all’interno del mercato⁴³⁵.

Lasciando per il momento da parte le considerazioni sui rapporti fra diritto di escludere e soddisfacimento di interessi degni di tutela⁴³⁶, e tornando alla riflessione da cui si sono prese le mosse, questa ha anche il merito di portare alla luce il momento valutativo compiuto dall’ordinamento nella scelta della creazione di beni giuridici, così come nella costruzione dei regimi dei singoli beni. Tale valutazione si estende non solo al tipo di interessi tutelati, ma anche al *modus* in cui questi vengono protetti, aprendo alla possibilità di modalità di tutela che non si incardinino sul diritto di escludere⁴³⁷, ma che parimenti connotino la relazione fra il soggetto e bene o, secondo un altro approccio, fra i soggetti. Parte della dottrina segue la seconda impostazione, sostenendo che la nozione di bene giuridico serve a disciplinare non i rapporti fra il soggetto e l’oggetto, ma quelli fra soggetti⁴³⁸. Proprio nell’irrelevanza in cui si confinano così la cosa, le utilità, si individua un punto problematico di tale riflessione, secondo la quale “le cose sono neutre”⁴³⁹, in quanto “ciò che è giuridicamente rilevante sono gli interessi, le esigenze e i bisogni considerati meritevoli di tutela e per questa ragione e in questi limiti si può dire che le «cose» sono beni giuridici”⁴⁴⁰ esse “già si propongono sul piano giuridico con connotati che rappresentano le esigenze di tutela degli interessi e bisogni di gruppi, di classi, di ceti, a volte perfino di comunità circoscritte”⁴⁴¹. In tale ricostruzione dunque non solo gli interessi sono considerati

⁴³⁴ Come emerge anche dalla riflessione dottrinale e dalla giurisprudenza in materia di danno non patrimoniale.

⁴³⁵ Come emerge anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione già ricordata.

⁴³⁶ Su cui si veda il capitolo III.

⁴³⁷ Emerge così quello che S. Rodotà ha definito “retrotterra non proprietario”; *Id.*, *La rinascita della questione proprietaria*, cit.

⁴³⁸ Scrive a tal proposito M. Costantino che “qualunque risposta sulla natura dei beni giuridici è sempre una risposta sul modo di porsi, nel diritto, dei rapporti fra soggetti”, in *Id.*, *I beni*, cit., p. 16.

⁴³⁹ M. Costantino *I beni*, cit., p. 24. Sul tema, A. Gambaro individua E. R. Bierling come “l’Autore che per primo (...) ha sostenuto che il diritto può regolare solo i rapporti fra esseri umani e che pertanto il concetto fondamentale di ogni dogmatica giuridica può essere solo quello di rapporto giuridico”, in *Id.*, *I beni*, cit. p. 63.

⁴⁴⁰ *Ibidem*.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 27.

come criterio di qualificazione, ma sono posti come unico elemento che il diritto – e dunque l’interprete – possono e devono prendere in considerazione al fine della creazione di un bene in senso giuridico. E conseguenza di tale impostazione è quella per cui “è solo per una mera convenzione verbale che noi parliamo di un terreno, di un’automobile o di un gregge come di beni giuridici individui”, posto che “in realtà, si tratta di cose idonee a formare tanti beni giuridici diversi quanti sono gli interessi che l’ordinamento riconosce meritevoli di tutela”⁴⁴².

Tale impostazione non può essere completamente accolta, in quanto non dà atto, anche in una prospettiva che guarda ai soggetti, del fatto che gli interessi si appuntano su una stessa risorsa, su uno stesso elemento della realtà, e che il regime giuridico è funzionale proprio a dirimere i conflitti fra tali interessi. A ben vedere l’affermazione secondo la quale i beni rilevanti per il diritto sono conformati dagli interessi che su questi insistono non è affermazione che necessariamente implica la ‘neutralità’ della cosa, se non si rimette tale nozione al mondo della natura, né tantomeno dell’ontologia, ma la si pensa come costruzione sociale, che il diritto considera in ragione di un criterio di qualificazione. È utile costruire la nozione di cosa come porzione di realtà esterna che è presa in considerazione dal diritto, che attribuisce rilevanza ad alcune sue caratteristiche, e ne privilegia alcuni modi di utilizzo. Il riferimento alla dimensione oggettiva, e dunque alle diverse utilità che la cosa può esprimere, se unito alla consapevolezza dell’esistenza di interessi diversi che la cosa può soddisfare può permettere di identificare con precisione i casi di conflitti fra interessi, in quanto individua un punto di riferimento oggettivo sul quale i diversi interessi si appuntano.

La dottrina che propone il criterio di qualificazione giuridica dell’interesse ha un duplice pregio; *in primis* fa emergere l’esistenza di interessi non tutelati necessariamente nella forma proprietaria rispetto alla costruzione dei beni in senso giuridico; riesce poi a mettere in evidenza una dimensione relazionale insita nel regime di un bene: appuntare diversi interessi, che possono far capo a diversi soggetti, sul medesimo oggetto ha il pregio di mettere in luce il necessario coordinamento fra le prerogative che sono attribuite ai titolari.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 12.

2.4.3. Il criterio della patrimonialità

Altra parte della dottrina rinviene il criterio di qualificazione dei beni in senso giuridico nel carattere della patrimonialità, intesa come criterio formale e giuridico e non già economico. Scrive a tal proposito Mario Barcellona che “perché un’entità costituisca bene giuridico (...) non è (...) sufficiente che sia suscettibile di una qualche utilizzazione economica e che sia presa in considerazione dall’ordinamento, ma è necessario che sia da questo presa in considerazione proprio in vista del valore economico che questo le accredita”⁴⁴³. Gli indici normativi su cui parte della dottrina fonda tale impostazione sono individuati negli artt. 814, 1174 e 1321 cod. civ., nonché nella normativa sui beni immateriali, da cui si ricava “l’inerenza della funzione attributiva nella forma del «bene giuridico» a tutte le utilità che hanno «valore economico»”⁴⁴⁴ e dunque, carattere patrimoniale. La patrimonialità è concepita come *ratio* del sistema del diritto privato, in ragione della considerazione per cui tale carattere ne innerva gli istituti fondanti, come il contratto e l’obbligazione, e modella la disciplina dei beni immateriali. E proprio la centralità del contratto come mezzo di assunzione di obbligazioni, porta anche Pietro Barcellona a concludere che “la suscettività di valutazione economica si risolve nella attuale sussumibilità entro rapporti di scambio”⁴⁴⁵, e che dunque “il combinato disposto dei cit. artt. 1174 e 1321 c.c. sancisce (...) il principio che in un’economia di mercato su ciò che ha o non ha valore economico decide unicamente il mercato”⁴⁴⁶. Ben si comprende allora come secondo tale punto di vista il “criterio fondamentale di qualificazione normativa” sia individuato nella “scambiabilità”⁴⁴⁷; sarà dunque bene in senso giuridico non tutto ciò che ha un valore d’uso, ma solo e tutto ciò che ha un valore di scambio⁴⁴⁸, e che dunque può assumere carattere di merce.

⁴⁴³ M. Barcellona., *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, Milano, 1988, p. 100.

⁴⁴⁴ P. Barcellona (con la collaborazione di C. Camardi), *Diritto Privato e società moderna*, cit., p. 234.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 236.

⁴⁴⁶ M. Barcellona, *Per una teoria dei beni giuridici*, cit., p. 162. Nello stesso senso si veda anche: P. Barcellona (con la collaborazione di C. Camardi), *Diritto Privato e società moderna*, cit., p. 237.

⁴⁴⁷ M. Barcellona, *Per una teoria dei beni giuridici*, cit., p. 164.

⁴⁴⁸ P. Barcellona (con la collaborazione di C. Camardi), *Diritto Privato e società moderna*, cit., p. 238.

Tale dottrina distingue poi la struttura del criterio di qualificazione che presiede alle cose materiali, e a quelle immateriali. Con riguardo alle prime si sostiene che l'ordinamento operi una "tipizzazione diretta" dei beni, attraverso una descrizione dei loro "connotati materiali"⁴⁴⁹. In questa prospettiva la tipizzazione, presupponendo il carattere della patrimonialità di tali cose, pone "a condizione della qualificazione le relative qualità fisiche, i meri attributi naturalistici" con la conseguenza che "sarà poi la semplice appartenenza al genere così individuato a rendere un'entità del mondo reale un oggetto"⁴⁵⁰. Per ciò che attiene alle cose immateriali si afferma che l'ordinamento opera una "tipizzazione indiretta, o per rinvio" in cui la qualificazione è affidata "a criteri (...) evocativi delle caratteristiche astratte o formali che rinviano alla natura socioeconomica della «risorsa»"⁴⁵¹, criterio che è rinvenuto appunto nel principio di patrimonialità. La *ratio* di tale struttura del criterio di qualificazione è da rinvenirsi nell'esigenza, rispetto a "forme di ricchezza qualitativamente nuove (...) di assicurare un congegno il più rapido e certo possibile attraverso il quale il circuito produttivo e distributivo possa continuamente accrescersi conservando la propria identità ed efficienza"⁴⁵².

Rispetto a questa tesi occorre nuovamente operare un confronto con la disciplina sui beni pubblici che, almeno per quanto attiene i beni demaniali, ha come "elemento centrale, la perdita – o meglio, la forte riduzione – del valore di scambio"⁴⁵³, ponendo al centro il legame fra regime del bene e sue utilità, non riguardo al mercato ma alla loro funzionalizzazione in relazione all'interesse pubblico.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 234. Si comprende da tale affermazione come per gli studiosi il criterio del valore di scambio è posto dal diritto, e non mutuato attraverso un rinvio dal sistema economico. M. Barcellona scrive che "è allora, all'ordinamento che spetta "la decisione circa la ripartizione dei beni", ma è al mercato che lo stesso ordinamento demanda di decidere quali debbano essere i beni che diverranno oggetto della ripartizione da esso predisposta"; *Id.*, *Per una teoria dei beni giuridici*, cit., p. 166. In questo senso scrive P. Barcellona che "non è il concetto di bene che è di per sé inclusivo dell' «utile» e che pertanto transita come mero fatto (come modo di essere, come qualità intrinseca del fatto) nell'ordinamento, ma è l'ordinamento che specificamente assume a criterio giuridico di costruzione del fatto la dimensione economica di questo"; P. Barcellona (con la collaborazione di C. Camardi), *Diritto Privato e società moderna*, cit., p. 238.

⁴⁵⁰ *Ibidem*. Con riguardo alla considerazione dei fatti e della natura da parte del diritto, si veda il § 2.3.2.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² C. Camardi, *Le istituzioni*, cit., p. 73.

⁴⁵³ A. Lolli, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici*, cit.

Certo tale impostazione coglie un nodo centrale nelle tendenze contemporanee in materia di beni, quella della rilevanza del valore di scambio. Si analizzerà tale profilo nel prosieguo del lavoro⁴⁵⁴.

2.4.4. Segue. Il dibattito sulle *res communes omnium*. Il ruolo critico di tale nozione

Per suffragare quanto detto, si può trattare brevemente del dibattito sulle *res communes omnium*, escluse, da parte della dottrina, dal novero dei beni. Fra la dottrina più risalente, vi è chi afferma che le *res communes omnium*, “sebbene più che utili all’uomo siano [a questi] necessarie, non sono affatto tali nelle relazioni sociali”⁴⁵⁵; un secondo argomento usato è quello per cui tali “entità sono così insite con i bisogni naturali dell’uomo, che non sarebbe concepibile che taluno abbia una sfera di godimento diversa dagli altri”⁴⁵⁶. Si precisa però che “se un interesse potesse ricollegarsi ad una quantità di aria delimitata non v’è dubbio che sarebbe cosa”⁴⁵⁷. Anche Salvatore Pugliatti non considera le *res communes omnium* cose in senso giuridico⁴⁵⁸. In questa prospettiva la considerazione unitaria del criterio che attiene alla individuabilità della cosa e quello che attiene al suo essere oggetto di interessi porta con sé una certa confusione; non è infatti chiaro se nel pensiero pugliattiano le *res communes omnium* non siano da considerare cose in senso giuridico in quanto non individuabili, o se invece non lo siano perché non possono essere oggetto di interessi dell’uomo tutelati attraverso l’istituto giuridico del diritto di proprietà⁴⁵⁹. A ben vedere, la categoria delle *res communes omnium* è utilizzata dalla dottrina esaminata

⁴⁵⁴ Si veda il § 3.

⁴⁵⁵ B. Biondi, *I beni*, cit., p. 11.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁵⁷ B. Biondi, *I beni*, cit., p. 12. L’A. infatti afferma che “un particolare gas” o “l’acqua che forma oggetto di concessione o di uso o quella racchiusa in recipienti, è cosa”; *Ibidem*.

⁴⁵⁸ E coerentemente afferma che “l’aria è una cosa, ma in quanto *res communis*, non è cosa in senso giuridico”; *Ibidem*.

⁴⁵⁹ Proprio in ragione del fatto che la questione circa la qualificazione delle *res communes omnium* attiene anche – e in gran parte, a parere di chi scrive – all’individuazione dei criteri di qualificazione del bene in senso giuridico. Fra gli altri autori si veda P. Rescigno, secondo cui “la nozione giuridica di *bene* è più ristretta della nozione fisica di cosa, poiché soltanto le “cose che possono formare oggetto di diritti” sono beni (art. 810). Alla ricerca del giurista interessano i beni; e quindi le cose fuori commercio, e in primo luogo le cose comuni a tutti come l’aria o l’acqua marina, rimangono fuori del suo discorso”, in *Id.*, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 381. Nello stesso senso A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 175

come contraltare di quella dei beni, con funzione di delimitazione di quest'ultima, ed è costruita *a contrario* rispetto a quella delle entità appropriabili. In questo senso non si guarda alla omogeneità delle caratteristiche delle entità che in questa si ricomprendono nella categoria, né ci si preoccupa del loro regime⁴⁶⁰. In modo speculare rispetto a tale impostazione la categoria delle *res communes omnium* può essere usata come categoria critica del tradizionale criterio di qualificazione del bene in senso giuridico. E così è utilizzata in alcune riflessioni. L'impostazione tradizionale è revocata infatti in dubbio da chi rileva che normalmente sono considerate come *res communes omnium*, alcune entità, come “le masse di aria e le acque marittime ed oceaniche” che sono dotate di “di indubbia consistenza fisica”⁴⁶¹ e afferma che, seppur per queste sia difficile, e poco opportuno, immaginare un regime di appartenenza individuale, “sarebbe poco congruo immaginare che la comunità internazionale non sia interessata alla sorte della aria atmosferica, o alla possibilità di usufruire delle acque oceaniche”⁴⁶²; si giunge così alla conclusione che le *res communes omnium* siano da considerarsi beni. Sviluppando l'argomentazione, la categoria delle *res communes omnium*, pur non essendo dotata della capacità di portare con sé una disciplina, pone in luce come non sempre l'appropriabilità, e anche l'appartenenza, siano gli unici criteri di connessione fra ‘il mondo delle cose’ e il ‘mondo delle persone’, ma anzi che alcuni dei problemi più pregnanti del nostro tempo sembrano derivare proprio dalla difficoltà di includere tali entità, non suscettibili di appropriazione individuale se non a seguito di un processo di identificazione, all'interno dell'orizzonte del giuridico, in modo da apprestare una tutela. Occorre dunque affermare che tale categoria, seppur si connota per essere una categoria critica, accoglie al suo interno dei beni, delle entità esterne all'uomo che sono oggetto di interessi e regolazione.

⁴⁶⁰ Ringrazio la professoressa V. Calderai per gli spunti e la lunga discussione sul punto.

⁴⁶¹ A. Gambaro, *I beni*, cit., p. 100. Nello stesso senso, seppur con un'argomentazione parzialmente diversa, si veda la posizione di M. Costantino, *supra*, § 2.4.2.

⁴⁶² *Ibidem*.

2.5. L'art. 810 cod. civ. Prime riflessioni su un approccio funzionale. Necessità di un'indagine allargata

Alla luce delle dottrine esaminate, *in primis* si è potuto affermare che la nozione di cosa è giuridica, per poi lasciare aperta la questione della sua materialità che, come si dirà, si cercherà di risolvere attraverso un'analisi allargata. Rispetto ai criteri di qualificazione dei beni in senso giuridico, questi non possono essere ridotti ad uno solo, come ben mette in luce la disciplina in materia di beni demaniali, ma anzi paiono distinti fra loro, e in stretta relazione rispetto al tipo di interessi che il regime del bene intende privilegiare⁴⁶³. In questo campo il diritto opera in relazione a 'porzioni di realtà esterna' attraverso la costruzione di regimi plurali che rendono possibile, volta per volta, la soddisfazione di determinati interessi e la fruizione di specifiche utilità. Emerge pertanto l'eccedenza della nozione di bene giuridico, e anche di quella di cui all'art. 810 cod. civ., rispetto alla nozione giuridica dell'appropriabilità, così come della patrimonialità.

Un ulteriore aspetto rilevante che si coglie, soprattutto nel dibattito sulla materialità della cosa, è la difficoltà di delimitare i confini dell'operatività dell'art. 810 cod. civ. da una parte, e l'estensione della categoria di bene giuridico dall'altra. A tal proposito, come già si è avuto modo di accennare, parte della dottrina revoca in dubbio la possibilità di una portata generale dell'art. 810 cod. civ.⁴⁶⁴, mentre altra parte legge tale articolo alla luce della disciplina della proprietà, attribuendogli però una portata generale, ampliando così l'ambito di applicazione delle norme in materia contenute nel libro III.

⁴⁶³ Scrive A. Iannarelli che "a proposito dei «beni», al di là del rilievo di ordine formale rappresentato dal processo e/o dai processi che conducono alla qualificazione giuridica, si sarà pur sempre in presenza di una pluralità di figure. Figure nettamente distinte tra loro non solo e non tanto per la possibile varietà del punto di vista oggettivo cui si è poc'anzi fatto riferimento in termini di «dato», quanto piuttosto per la più significativa differenza degli «interessi» che l'ordinamento ha inteso tutelare. È, infatti, a questi ultimi che si collegano le diverse forme di tutela che l'ordinamento appresta, nonché la pluralità delle situazioni giuridiche, delle posizioni giuridiche che vengono individuate e di cui possono essere investiti anche i singoli soggetti", in *Id., Beni, Interessi, Valori*, cit.

⁴⁶⁴ Oltre a quelli citati *supra*, si veda A. Gambaro, secondo cui "in nessun caso l'art. 810 cod. civ., ammesso e non concesso che abbia un senso, possa essere ritenuto un testo normativo destinato a disciplinare la nozione di bene a livello di teoria generale del diritto; parimenti escluso è che la sua tormentata formulazione, la sua incerta esegesi e le vicende interpretative susseguenti lo candidino a svolgere una funzione di guida a livello di teoria dei rapporti giuridici patrimoniali; sicché in realtà l'unico tema che è utile affrontare è quello relativo alla sua funzione demarcativa in riferimento alla disciplina dei diritti reali", in *Id., I beni*, cit., p. 35.

Una volta messa in dubbio la vocazione egemonica dell'art. 810, ulteriori elementi ricostruttivi possono trarsi da altre norme, come da altre impostazioni teoriche; più specificamente dall'art. 2740 cod. civ., dall'uso che dell'art. 810 cod. civ. fa la giurisprudenza, nonché dalle posizioni di quella parte della dottrina che fa riferimento ai crediti, e al contratto, come beni⁴⁶⁵. I prossimi paragrafi saranno dedicati all'analisi di tali questioni. Si tratterà dunque della nozione di bene che l'art. 2740 cod. civ. restituisce, nonché di un'ipotesi – quella dell'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 177 cod. civ. – di utilizzo dell'art. 810 cod. civ. in senso estensivo, per poi tentare di svolgere qualche riflessione finale sui possibili criteri di definizione della categoria di bene in senso giuridico.

3. BENE, INTERESSE PATRIMONIALE, DIRITTI

3.1. L'art. 2740 cod. civ.

L'art. 2740 cod. civ., com'è noto, recita “il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri”, e sancisce la garanzia patrimoniale generica, e dunque il principio per cui i creditori possono aggredire, seguendo determinate procedure, il patrimonio del debitore, costituito dai suoi beni, in cui rientrano anche i crediti. Riguardo a tale nozione, si scrive che “comunque lo si riguardi e valuti, il «patrimonio» presenta una nota costante: essere un'«entità composita», risultante da elementi suscettibili di valutazione economica”⁴⁶⁶, e tale necessità di valutazione economica è individuata nell'art. 1174 cod. civ. Si tratta di ciò che può assumere valore di scambio⁴⁶⁷, ed essere oggetto di esecuzione forzata ai sensi dell'art. 2910 cod. civ.

È immediatamente chiara la funzione della norma, quella di esporre il patrimonio del debitore all'azione esecutiva dei creditori e sancire la sua responsabilità patrimoniale,

⁴⁶⁵ Scrive P. Rescigno che “vi sono tuttavia beni, nel senso economico e giuridico del termine, che non sono cose, vale a dire non sono porzioni del mondo fisico: si pensi ai crediti e ai contratti ed alla possibilità della loro circolazione per volontà dei soggetti (v. gli artt. 1260 ss., 1406 ss.) o per previsione legale (v. gli artt. 2558 s., 2112)”, in *Id.*, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 382.

⁴⁶⁶ M. Trimarchi, voce *Patrimonio*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1982.

⁴⁶⁷ Scrive a tal proposito A. Iannarelli: “al centro dell'attenzione non vi è più il bene-cosa-oggetto del diritto (810 c.c.) – sia esso a sua volta materiale o immateriale – bensì il bene inteso quale situazione giuridica, considerata nel suo valore economico di scambio (2740 c.c.) (...)”, in *Id.*, *Beni, interessi, valori*, cit., p. 312.

che indica “l’assoggettamento del patrimonio del debitore, nel caso di lesione dell’interesse del creditore, alle iniziative di natura esecutiva che questi può assumere per ottenere il soddisfacimento delle proprie ragioni”⁴⁶⁸. L’oggettivazione operata dall’art. 2740 cod. civ. è finalizzata alla tutela dei creditori, e alla possibilità che essi possano ottenere una somma che sia equivalente al loro credito. In via generale si può affermare che tale norma considera il bene non come un oggetto da utilizzare, come cosa che esprime utilità che possono soddisfare diversi interessi attraverso determinati usi; ciò che rileva è una sola utilità, quella della possibilità che l’entità oggettivata sia termine di un’equivalenza con il denaro. E ben si comprende come tale equivalenza, attraverso cui si stabilisce il prezzo del ‘bene’ operi non solo in relazione alle cose passibili di diversi utilizzi, alle ‘porzioni di realtà esterna’ ma alle entità, anche create *tout court* dal diritto, che possono assumere un valore di scambio, come i crediti, e più in generale i diritti. Nella nozione di bene che restituisce l’art. 2740 cod. civ. ciò che rileva è la titolarità⁴⁶⁹ esclusiva di un’entità, che abbia un prezzo, e dunque un mercato. Ben si comprende allora l’inclusione dei crediti fra i “beni” di cui all’art. 2740 cod. civ. Ciò non significa che le caratteristiche – fattuali nel senso anzidetto⁴⁷⁰ e giuridiche – dei beni siano irrilevanti nella prospettiva dell’art. 2740 cod. civ; e infatti vi sono beni più facilmente aggredibili, e tale diversità è considerata dal diritto, tanto che l’uscita di tali beni dal patrimonio del debitore può essere significativa ai fini della valutazione dell’esistenza dell’*eventus damni*, presupposto necessario ai fini dell’esperimento dell’azione revocatoria⁴⁷¹. La cristallizzazione dell’utilità – quella connessa al valore di scambio del bene – rilevante per il diritto ha come conseguenza che sono considerate dall’ordinamento le caratteristiche della cosa, dell’entità, che incidono sulla concretizzazione dell’equivalenza fra il bene e il denaro, e dunque sul grado di difficoltà rispetto all’aggredibilità del bene, e d’altro canto sulla possibilità

⁴⁶⁸ U. Breccia, L. Brusuglia, F. D. Busnelli, F. Giardina, A. Giusti, M. L. Loi, E. Navarretta, M. Paladini, D. Poletti, M. Zana, *Diritto Privato, Tomo Secondo*², Torino, 2010, p. 579.

⁴⁶⁹Non si tratterà della natura dei diritti sul patrimonio. Si segnala solamente la problematicità della questione. Per un primo inquadramento si veda G. Pugliese, *Dalle “res incorporales” del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, cit.

⁴⁷⁰ Si veda il § 2.3.2.

⁴⁷¹ U. Breccia, L. Brusuglia, F. D. Busnelli, F. Giardina, A. Giusti, M. L. Loi, E. Navarretta, M. Paladini, D. Poletti, M. Zana, *Diritto Privato, Tomo Secondo*², cit., p. 498.

concreta di una sua alienazione, attraverso le modalità dell'esecuzione forzata. D'altro canto l'art. 514 cod. proc. civ. esclude che alcuni beni possano costituire il termine di quest'equivalenza, contemperando il valore che il bene – già qualificato come tale ai sensi dell'art. 810 cod. civ. in quanto cosa materiale oggetto di diritti – assume come possibile oggetto di scambio, rilevante per i creditori, con il valore d'uso che questo assume rispetto agli interessi del debitore considerati rilevanti, connessi ai bisogni primari⁴⁷².

Parte della dottrina⁴⁷³ qualifica come 'improprio' l'uso del termine bene di cui all'art. 2740 cod. civ., mentre altra parte pone in luce come tale nozione abbia la capacità di leggere alcune tendenze dell'economia contemporanea⁴⁷⁴; può essere utile vedere la nozione di bene come graduata, come legata a degli *incidents*, con Honoré⁴⁷⁵, ma non del diritto di proprietà, bensì dell'oggettivazione. Vi sono infatti delle regole, quelle sull'esecuzione forzata e sugli istituti che su questa incidono, come il pignoramento⁴⁷⁶, che considerano le entità sotto il profilo della circolazione, in base alla possibilità che queste siano scambiate sul mercato⁴⁷⁷, producendone un'oggettivazione. Si ipotizza così la possibilità di considerare come "beni", nell'accezione di cui all'art. 2740 cod. civ., tutto ciò che può essere considerato oggettivato, come entità che assume un valore di scambio indipendentemente dall'agire di un soggetto, senza però negare la

⁴⁷² Una *ratio* simile è quella sottesa all'art. 545 cod. proc. civ., che disciplina le ipotesi dei crediti impignorabili. Si veda, per un primo inquadramento: P. Gallo, *Art. 2740*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, G. Bonilini, A. Chizzini (a cura di), *Della tutela dei diritti*, p. 845.

⁴⁷³ M. Trimarchi, voce *Patrimonio* cit.

⁴⁷⁴ Scrive A. Iannarelli che "è agevole osservare che con il sopravvento del valore di scambio, al centro dell'attenzione non vi è più il bene-cosa-oggetto del diritto (810 c.c.) – sia esso a sua volta materiale o immateriale – bensì il bene inteso quale situazione giuridica, considerata nel suo valore economico di scambio (2740 c.c.)", *Id.*, *Beni interessi, valori, cit.*, p. 312.

⁴⁷⁵ G. M. Hodgson, *Editorial introduction to 'Ownership'* by A. M. Honoré (1961). "Journal of institutional economics", n. 9, 2013.

⁴⁷⁶ E infatti l'art. 1881 cod. civ. prevede il sequestro e il pignoramento della rendita vitalizia, dei crediti all'art. 2915 cod. civ. e 543 cod. proc. civ.

⁴⁷⁷ Occorre una precisazione: con questo non si vuole negare che permettere la circolazione dei diritti, e la costruzione del relativo mercato non abbia poi incidenza sui diritti sottostanti, su come vengono distribuiti e sul loro costo. Un chiaro esempio di tale connessione, che non si indagherà in questa sede, è il legame, giuridico, o quanto meno giuridificato, fra modalità di scambio dei prodotti derivati e crollo del mercato immobiliare che è a fondamento dell'attuale crisi finanziaria. Sul punto si veda, per un primo inquadramento: M. Kelly, *Owning our future. The emerging ownership revolution*, San Francisco, 2012. Sia permesso per un'analisi delle tesi proposte il rinvio al mio *Alcune riflessioni sul pensiero di Marjorie Kelly: la proprietà "estrattiva" e "generativa"*, in "Politica del diritto", n. 2, 2014.

necessità, ad altri fini, dello svolgersi di una attività umana, indice questo di una non completa oggettivazione. Naturalmente in tal modo il discorso si complica non poco. Sulla scorta di tali considerazioni si può guardare alla cedibilità dei crediti, così come all'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 177 cod. civ.

3.2. Alcune riflessioni sulla cedibilità dei crediti

Con riguardo alla cessione dei crediti, com'è noto questa è prevista dall'art. 1260 cod. civ., in via generale senza richiedere il consenso del debitore. Tale norma potrebbe essere letta come un indice di oggettivazione, che autonomizza il credito dalla persona del debitore. A questo proposito si può ricordare che la Corte Costituzionale⁴⁷⁸ è stata investita della questione della legittimità costituzionale della norma in base ai parametri degli artt. 2, 3, 41 Cost., in ragione, fra gli altri, dell'argomento per cui, poiché la posizione debitoria non sarebbe scindibile dalla "condizione della persona umana", sarebbe contraria al dettato costituzionale la norma che prevede "l'impossibilità per il debitore di controllare, in qualche modo, il destino della propria posizione debitoria". La Consulta ha dichiarato manifestamente infondata la questione, "dal momento che il diritto di credito costituisce un bene, come tale idoneo a circolare senza coinvolgimento della persona del debitore e dei suoi diritti inviolabili". Se la possibilità della cessione del credito a prescindere dal consenso del debitore costituisce un segno di oggettivazione, non si può però affermare *tout court* l'irrelevanza dell'attività del debitore. Da una parte infatti la necessità di un'attività porta con sé il rischio dell'insolvenza, e la sua disciplina agli artt. 1266 e 1267 cod. civ. D'altra parte rileva l'interesse del debitore alla liberazione del vincolo, tutelato dall'art. 1264 cod. civ., che disciplina l'efficacia della cessione al debitore ceduto. Inoltre proprio il coinvolgimento della persona del debitore fonda il limite dell'incapibilità, connesso al carattere strettamente personale del credito di cui allo stesso art. 1260 cod. civ. Tale tipo di incapacibilità si fonda sulla "tutela della persona del debitore"⁴⁷⁹ e pertanto, per esempio, in dottrina sono considerati incapabili quei

⁴⁷⁸ Corte Cost., 10 marzo 2006, n. 95, in www.consultaonline.it (ultimo accesso: 9 agosto 2017).

⁴⁷⁹ Fra gli altri: V. Mannino *Cessione del credito e novazione soggettiva dal lato attivo* in "Rivista di diritto civile", n. 6, 2008, p. 714; U. Breccia, L. Brusciuglia, F. D. Busnelli, F. Giardina, A. Giusti, M. L. Loi, E. Navarretta, M. Paladini, D. Poletti, M. Zana, *Diritto Privato, Tomo Secondo*², Torino, 2010, p. 550. In questo senso, in giurisprudenza, Cass. Civ. Sez. Lav., 1 aprile 2003, n. 4930, in

crediti che hanno “ad oggetto prestazioni di «cura»” ad esempio “artistiche e intellettuali”⁴⁸⁰; si avranno dunque crediti strettamente personali quando la prestazione coinvolge direttamente la persona del debitore, come avviene per esempio nelle prestazioni di *facere*⁴⁸¹, divenendo in questo caso rilevante l’interesse del debitore a non dover soddisfare la pretesa di un soggetto diverso da quello che ha accettato come creditore⁴⁸².

3.3. La giurisprudenza in materia di art. 177 cod. civ.⁴⁸³

Un ulteriore ambito cui è opportuno fare riferimento è quello della nozione di bene che la giurisprudenza utilizza in relazione all’art. 177 cod. civ. A questo proposito potrebbe ipotizzarsi, che, seppur si ammetta, come fa la giurisprudenza in materia di quote di partecipazione e di applicazione di tale norma, che bene è ciò che ha subito un processo di oggettivazione tale da poterlo individuare indipendentemente dalla volontà dei soggetti che hanno concorso a formarlo, tale qualificazione vada coordinata con il fatto che alcuni di questi ‘beni’ portano al loro interno degli elementi relazionali, o meglio personali, che presuppongono una *facere* attivo da parte di un soggetto. È per questo opportuno guardare alla giurisprudenza che si è sviluppata attorno al tema dei beni che ricadono all’interno della comunione legale fra coniugi, e in particolare all’ipotesi di cui all’art. 177 lett. a), secondo cui costituiscono oggetto della comunione “gli acquisti compiuti dai due coniugi insieme o separatamente durante il matrimonio, ad esclusione di quelli relativi ai beni personali”. Con riguardo a tale norma, un problema interpretativo ha riguardato l’ampiezza della nozione di

www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 8 agosto 2017).

⁴⁸⁰ U. Breccia, L. Brusciuglia, F. D. Busnelli, F. Giardina, A. Giusti, M. L. Loi, E. Navarretta, M. Paladini, D. Poletti, M. Zana, *Diritto Privato, Tomo Secondo*², Torino, 2010, p. 550.

⁴⁸¹ In questo senso Cass. Civ., 3 ottobre 2013, n. 22601, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 8 agosto 2017).

⁴⁸² In questo senso Cass. Civ., 3 ottobre 2013, n. 22601. È interessante ricordare come a seguito di un dibattito giurisprudenziale e dottrinale, i Giudici di Legittimità, abbiano affermato la cedibilità del diritto di credito al risarcimento del danno non patrimoniale argomentando a partire dalla considerazione per cui “altro è la natura strettamente personale dell’interesse leso (...) e altro è il diritto (...) di credito al relativo ristoro”; Cass. Civ., 3 ottobre 2013, n. 22601. Per un primo inquadramento e per i riferimenti dottrinali si veda U. Violante, *Danno non patrimoniale e cessione del credito*, in “Danno e responsabilità”, n. 2, 2015.

⁴⁸³ Non si tratterà la giurisprudenza in materia di cooperative edilizie perché la *ratio* di queste sentenze è connessa a profili pubblicitici che esulano dallo scopo della trattazione.

bene, e coinvolge il profilo, tutt'ora non chiaro, della qualificazione delle quote di partecipazione di s.n.c. come beni mobili immateriali, ai sensi dell'art. 812 cod. civ. La questione è parzialmente diversa da quella di cui all'art. 2740 cod. civ., anche e soprattutto perché differente è la *ratio* e la funzione della norma; si è scelto di trattarne, proprio perché si ritiene che ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale permetta di far emergere parte della complessità della categoria dei 'beni', rispetto al suo rapporto con la persona.

3.3.1. Le azioni

Con riguardo alle azioni, la Corte di Cassazione, con sentenza n. 7437 del 18 agosto 1994, confermata da successive pronunce⁴⁸⁴, ha affermato che “le azioni di società costituiscono incrementi patrimoniali sicuramente rientranti tra gli acquisti di cui alla lettera a) dell'art. 177 c.c. e quindi nell'oggetto della comunione fra coniugi”, in quanto “anche se esse non sono meri titoli di credito, ma titoli di partecipazione, l'aspetto patrimoniale è assolutamente prevalente rispetto ai diritti e agli obblighi connessi con lo «status» di socio che è in essi incorporato”. È interessante prendere in esame una parte della motivazione di una delle sentenze successive, secondo cui “i titoli in discorso costituiscono componenti del patrimonio, data la netta prevalenza della loro consistenza economica rispetto alle posizioni connesse allo *status* di socio, possono essere considerate oggetto di diritti, e dunque rientrano nell'ampia definizione dei beni adottata dall'art. 810 cod. civ., e, segnatamente, nella categoria dei beni mobili, come delineata, dall'art. 812 terzo comma cod. civ.”, per poi affermare che l'art. 177 cod. civ. abbraccia “ogni mutamento idoneo ad incrementare il patrimonio con l'afflusso di un nuovo bene”⁴⁸⁵.

⁴⁸⁴ Cass. Civ. 27 maggio 1999, n. 5172; Cass. Civ., 23 settembre 1997, n. 9355; Trib. Trento. 29 settembre 2011, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 8 agosto 2017).

⁴⁸⁵ Cass. Civ. 27 maggio 1999, n. 5172. La medesima *ratio* pare animare la giurisprudenza che ammette l'applicabilità dell'art. 177, I comma, lett. a) dei titoli di debito pubblico (Trib. Milano, 21 maggio 1997). A. D'Adda a tal proposito considera che i “titoli di Stato intestati al coniuge resistente, ben lungi dal costituire rapporti di credito strumentali costituiscono «il salvadanaio della famiglia, cioè beni finali stabilmente inseriti nel patrimonio della stessa», vere e proprie poste attive del patrimonio familiare, vale a dire reale «strumento di capitalizzazione» del denaro, anche in considerazione della «trasformazione delle forme di investimento e di risparmio (...) nella società contemporanea, in cui l'acquisto di titoli di Stato e di titolo obbligazionari ha talora sostituito pure l'acquisto immobiliare» “, in *Id.*, *I buoni ordinari del tesoro cadono in comunione legale*, in “Famiglia e diritto”, n. 6, 1998.

Occorre però sottolineare che rispetto alle motivazioni per cui l'azione è idonea a entrare nella comunione immediata ex art. 177, I comma, lett. a) cod. civ., la giurisprudenza ha sottolineato, qualificando le azioni come “titoli di partecipazione”, che “l'aspetto patrimoniale è assolutamente prevalente rispetto ai diritti e agli obblighi connessi con lo *status* di socio in essi incorporato”⁴⁸⁶.

3.3.2. I titoli obbligazionari

La Giurisprudenza di Legittimità nella pronuncia n. 21098 del 9 ottobre 2007⁴⁸⁷, che ha ad oggetto dei titoli obbligazionari, utilizza un *iter* argomentativo simile a quello appena visto, rifiutando la tesi per cui “solo i diritti reali potrebbero rientrare, per ragioni di principio, fra gli «acquisti» previsti dall'art. 177 c.c., comma 1, lett. a), nella comunione legale fra i coniugi”. La Corte afferma la differenza della comunione legale rispetto alla comunione ordinaria, negando la necessità che la prima si instauri solo in relazione a diritti reali, e rinviene la *ratio* di tale istituto nella “tutela della famiglia”⁴⁸⁸, affermando, come apparente conseguenza di tale ricostruzione, che il riferimento deve essere quello del “bene della vita” – che qui sembrerebbe assumere il significato di incremento patrimoniale – che venga acquisito; la natura reale o personale del diritto che ne forma oggetto non rileverebbe. E questo in quanto “la *ratio* della norma (...) è quella di far entrare nella comunione (...) ogni tipo di «bene» che ciascun coniuge acquisti nel corso del matrimonio”, anche in ragione del fatto che “nella realtà economica moderna i valori mobiliari tra i quali rientrano i titoli obbligazionari costituiscono una delle forme più diffuse e significative d'investimento della ricchezza”. Da tale argomentazione la Corte deduce che “in linea di principio,

⁴⁸⁶ Trib. Salerno, 16 febbraio 2007, con nota di M. Dibari, *Comunione legale e comproprietà azionaria: indivisibilità delle azioni e nomina del rappresentante*, in “Rivista del notariato”, n. 1, 2008. Si veda sul punto, in commento alla sentenza del Tribunale di Salerno, anche per alcune considerazioni critiche, C. Di Bitonto, *Comproprietà di pacchetto azionario tra coniugi separati e nomina del rappresentante comune*, in “Le società”, n. 6, 2007.

⁴⁸⁷ Si vedano: la nota di M. Gorini, *Diritti di credito e comunione legale*, in “Famiglia persone e successioni”, n. 7, 2008, che ripercorre efficacemente le diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali; la nota di V. Carbone, *Comunione legale tra coniugi: diritti reali e diritti di credito*, in “Corriere giuridico”, n. 12, 2007; la nota di C. Rimini, *Cadono in comunione i diritti di credito acquistati durante il matrimonio?*, in “Famiglia e diritto”, n. 1, 2008. Sul punto anche, in senso critico, R. Scotti, *Comunione legale e titoli di credito*, in “Il notariato”, n. 2, 2008.

⁴⁸⁸ Riprende tale *ratio*, seppur in modo traluzio, Trib. Trento, 29 settembre 2011, in www.studiodiagnostico.it (ultima consultazione: 17 marzo 2017).

anche i crediti così come i diritti a struttura complessa come i diritti azionari in quanto «beni» ai sensi degli art. 810, 812, 813, sono suscettibili di entrare nella comunione”. I Giudici di Legittimità poi, nel distinguere fra deposito bancario in conto corrente e titoli obbligazionari, anche per giustificare la caduta dei crediti attinenti ai secondi ma non ai primi in comunione dei beni, affermano che il *discrimen* è la loro possibile classificazione come “forme di investimento”⁴⁸⁹. La *ratio* di tale distinzione sta nel fatto che “l’acquisto di obbligazioni societarie, comportando l’impiego del denaro, provento dell’attività personale e separata di uno dei coniugi, in un bene giuridico diverso costituente una forma d’investimento, trasforma il «provento» dell’attività separata in un *quid alii*” che rientra nella nozione di bene di cui all’art. 177. cod. civ.

3.3.3. Le quote nelle società di persone

Un’argomentazione analoga si rinviene nella giurisprudenza in materia di società di persone. La Corte di Cassazione⁴⁹⁰ ha affermato che le quote di partecipazione a una s.n.c. vanno ricondotte “nella nozione di beni mobili fornita dall’art. 810 c.c. ed art. 812 c.c. perché, essendo trasferibile a terzi *inter vivos e mortis causa* (...) ed assoggettabile anche ad espropriazione forzata (...), pur se per l’opponibilità del trasferimento alla compagine sociale occorre il consenso degli altri soci, costituisce una cosa immateriale che può formare oggetto di diritti”. Tale impostazione è stata fortemente criticata in dottrina, in quanto non tiene conto delle diversità che intercorrono fra le partecipazioni sociali nelle società di capitali e nelle società di persone, e svolge “un’indagine unitaria nell’ambito del fenomeno societario, laddove la diversa natura delle partecipazioni sociali deve essere, invece, un elemento discriminante”⁴⁹¹. In particolare, con riguardo alle società di persone, si è sostenuto

⁴⁸⁹ Rispetto all’esclusione dei crediti derivanti dal conto corrente dall’applicazione dell’art. 177, I comma, lett. a) cod. civ. si vedano anche Cass. Civ. 1 aprile 2003, n. 4959; Cass. Civ. 27 aprile 2004, n. 8002; Cass. Civ. 20 gennaio 2006, n. 1197; Cass. Civ. 16 luglio 2008, n. 19567. *Contra*: Trib. Arezzo, 15 marzo 2002; tutte le pronunce si trovano in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultima consultazione: 17 marzo 2017).

⁴⁹⁰ Si veda Cass. Civ., n. 2569, 2 febbraio 2009, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultima consultazione: 17 marzo 2017). Si vedano i commenti, che approfondiscono anche gli aspetti di diritto commerciale, di R. Scotti, *L’acquisto di partecipazioni sociali in regime di comunione legale*, in “Il notariato”, n. 4, 2009; D. Rando, *Ancora sul rapporto tra partecipazioni sociali e comunione legale*, in “Famiglia e diritto”, n. 12, 2009.

⁴⁹¹ R. Scotti, *L’acquisto di partecipazioni sociali*, cit.

che “la natura della partecipazione sociale (...) risente fortemente della rilevanza che la legge assegna alla persona del socio nel configurare la posizione giuridica che egli assume nella società e verso i terzi”⁴⁹², e che dunque, proprio in ragione dell’importanza del profilo soggettivo, tale partecipazione, a differenza di quella relativa alle società di capitali, non può essere oggettivata, e dunque non può essere considerata un ‘bene’⁴⁹³. Per questo tipo di società è dunque richiesto il consenso dei soci ai fini del trasferimento; quello che emerge è la dipendenza della trasferibilità della partecipazione da un comportamento umano, il consenso dei soci. Guardando inoltre al rischio del trasferimento della responsabilità illimitata in capo all’altro coniuge, che potrebbe fra l’altro far venir meno la natura di ‘investimento’ anche nel senso di incremento patrimoniale, appare chiaro come la qualificazione delle quote di s.n.c. come beni sia foriera di più problemi di quanti non ne risolveva.

3.3.4. L’esclusione dei “meri crediti” dall’ambito di applicazione dell’art. 177, primo comma, lett a) cod. civ.: Le argomentazioni giurisprudenziali

È interessante prendere brevemente in esame alcune sentenze che, in ambito tributario e successorio, riprendono la ratio della pronuncia n. 21098, del 9 ottobre 2007. La Corte di Cassazione, con sentenza n. 10386, del 6 maggio 2009, ribadisce che “anche i crediti – così come i diritti a struttura complessa, come i diritti azionari, o quelli derivanti da conti bancari o fondi di investimento – in quanto beni ai sensi degli artt. 810, 812 e 813 cod. civ., sono suscettibili di entrare nella comunione”. Trattandosi però nel caso in esame del saldo attivo di un conto corrente bancario, i giudici non hanno poi affermato il regime di comunione legale *ex art. 177, I comma lett. a) cod. civ.*, bensì, più tradizionalmente che il saldo rientrasse all’interno della comunione *de residuo ex art. 177, I comma, lett. c)*. La motivazione non è poi congrua rispetto alla

⁴⁹² R. Scotti *L’acquisto di partecipazioni sociali*, cit.

⁴⁹³ Scrive R. Scotti che “ai fini della caduta in comunione immediata non si può non considerare il tipo di società cui afferisce la singola partecipazione sociale, attesa la complessa natura giuridica della quota di società di persone in cui è accentuato il profilo soggettivo (responsabilità illimitata, *intuitus personae*, ecc.); per cui sarebbe davvero riduttivo focalizzare l’attenzione solo sul valore economico, che esprime (eventualmente) la quota, tentando un’oggettivizzazione della stessa per fondare una giustificazione idonea alla caduta in comunione *ex art. 177, lett. a), c.c.*”, in *Id.*, *L’acquisto di partecipazioni sociali*, cit. Il tema si interseca con quello dell’applicabilità dell’art. 178 cod. civ., questione che però esula dagli scopi della presente trattazione.

soluzione del caso, in quanto se i crediti oggetto del contendere fossero stati considerati beni in senso proprio, allora sarebbero dovuti cadere nella comunione immediata e non in quella *de residuo*⁴⁹⁴.

Un'altra pronuncia orientata in questo senso è la n. 4393 del 23 febbraio 2011, in cui la Corte di Cassazione esplicita un criterio discrezionale fra i crediti che rientrano nel novero dei beni ai sensi dell'art. 177, 1 comma, lett a) e quelli che invece non vi rientrano. La Corte afferma che “restano esclusi dalla comunione legale ai sensi dell'art. 177 c.c., lett. a), solo i meri diritti di credito che non abbiano una componente patrimoniale suscettibile di acquisire un valore di scambio”⁴⁹⁵. Tale pronuncia si fonda su un altro arresto giurisprudenziale⁴⁹⁶ in tema di possibile qualificazione come “bene”, dei diritti di credito *ex art. 936 cod. civ.*, in cui il criterio discrezionale fra “meri crediti”, che non possono essere considerati beni ai sensi dell'art. 177, comma 1, lett. a) cod. civ., e crediti che invece possono esserlo si rinviene nell'essere, i secondi, “entità che hanno una componente patrimoniale suscettibile di acquisire un valore di scambio”, e giungendo ad escludere il carattere di bene del credito *ex art. 936 cod. civ.* A ben vedere in questo caso il *discrimen* utilizzato dalla Corte non è risolutivo, in quanto anche i “meri crediti” in virtù delle norme in materia di cessione del credito e in particolare dell'art. 1260 cod. civ., possono ben essere oggetto di cessione, e dunque assumere valore di scambio. Il problema qui attiene al coordinamento fra l'art. 177, I comma, lett. a) cod. civ. e l'art. 177, I comma lett. c), e quindi il limite fra attività – e dunque agire del soggetto – e beni, oggetti che, seppur dipendono, per la loro stessa esistenza, da questa, possono essere tenuti distinti o perché l'attività si è esaurita⁴⁹⁷, o per il grado di oggettivazione che hanno assunto, che si desume dal loro particolare regime.

⁴⁹⁴ Sul punto, per tutti, M. Sesta, *La famiglia*, in S. Patti (a cura di) *Diritto privato*, Padova, 2016, p. 870.

⁴⁹⁵ Cass. Civ. 15 giugno 2012, n. 9845. Su tale pronuncia si veda la nota di G. Oberto, *Diritti di credito, fondi comuni di investimento e comunione legale*, in “Famiglia e Diritto”, n. 5, 2013.

⁴⁹⁶ Cass. Civ. 15 gennaio 2009, n. 799. Si veda la nota di commento di C. Rimini, *I diritti di credito fra comunione immediata e comunione differita: una questione ancora aperta*, in “Famiglia e diritto”, n. 6, 2009.

⁴⁹⁷ Come dimostrano le norme sulla specificazione, e in particolare l'art. 940 cod. civ.

3.3.5. La giurisprudenza in materia di contratto preliminare

È opportuno prendere in esame anche la giurisprudenza in materia di diritti di credito derivanti dalla stipula del contratto preliminare, in cui la giurisprudenza assume una posizione diversa rispetto a quella appena ripercorsa. A tal proposito, già la giurisprudenza più risalente ha escluso che tali diritti rientrassero all'interno della comunione legale, sulla base dell'argomentazione per cui, ai fini dell'applicazione dell'art. 177, I comma, lett. a) “non possono (...) ricomprendersi tra gli acquisti i diritti di credito sorti dal contratto concluso dall'uno dei coniugi, non qualificabili come «beni» in senso proprio”, in quanto si deve trattare di acquisti “già realizzati attraverso l'effettivo trasferimento della proprietà della «res» o con la costituzione di diritti reali sulla medesima”⁴⁹⁸. Da tali considerazioni i Giudici di Legittimità deducono che “nel caso di contratto preliminare di vendita, stipulato da uno solo dei coniugi, l'altro coniuge non è legittimato – sostituendosi al primo – a proporre la domanda di esecuzione specifica ex art. 2932 c.c.”⁴⁹⁹. Sono poi intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza del 25 agosto 2007, n. 17952⁵⁰⁰, che ribadiscono il principio secondo cui l'art. 177 cod. civ. “attiene agli «acquisti», *id est* agli atti implicanti l'effettivo trasferimento della proprietà della res o la costituzione di diritti reali sulla medesima, non quindi i diritti di credito sorti dal contratto concluso da uno dei coniugi, i quali, per la loro stessa natura relativa e personale, pur se strumentali all'acquisizione di una *res*, non sono suscettibili di cadere in comunione”⁵⁰¹. La giurisprudenza in tema di contratto preliminare fa riferimento a una nozione di acquisti restrittiva, connessa a filo doppio con quella di bene oggetto di diritti reali, forse anche

⁴⁹⁸ Cass. Civ. 11 settembre 1991, n. 9513. Nello stesso senso: Cass. Civ., 9 luglio 1994, n. 6493; Cass. Civ. 18 febbraio 1999, n. 1363; Cass. Civ. 22 settembre 2000, n. 12554; Cass. Civ. 4 marzo 2003, n. 3185; Cass. Civ., 14 novembre 2003, n. 17216; le pronunce sono consultabili all'indirizzo www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 8 agosto 2017).

⁴⁹⁹ Cass. Civ. 27 gennaio 1995, n. 987, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 8 agosto 2017).

⁵⁰⁰ Si vedano anche, conformi Cass. Civ. 24 gennaio 2008, n. 1548 in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 8 agosto 2017).

⁵⁰¹ Occorre sottolineare come la Corte però affermi l'esistenza del litisconsorzio necessario del coniuge rimasto estraneo alla stipula del contratto preliminare, in ragione degli artt. 184, 180 cod. civ. e del principio secondo cui “si ha litisconsorzio necessario (...) allorquando la decisione richiesta, indipendentemente dalla sua natura (...), sia di per sé inidonea a spiegare i propri effetti, cioè a produrre un risultato utile e pratico, anche nei riguardi delle sole parti presenti, stante la natura plurisoggettiva e concettualmente unica ed inscindibile (...) del rapporto dedotto in giudizio, con conseguente immutabilità del rapporto medesimo ove non vi sia la partecipazione di tutti i suoi titolari”.

in ragione della problematicità delle conseguenze giuridiche in materia di titolarità che conseguirebbero dalla caduta in comunione dei diritti sorti in ragione della stipula di un contratto preliminare.

3.3.6. Le riflessioni dottrinali e la nozione di investimento. La prospettiva dell'oggettivazione

Di fronte a una giurisprudenza almeno parzialmente non chiara rispetto alla costruzione di criteri capaci di tracciare i confini della nozione di acquisti, e dunque di metterla a confronto con quella di 'bene', occorre guardare alla dottrina. In proposito vi è stato chi ha affermato la possibilità di ricomprendervi i diritti di credito, in ragione del tenore letterale della norma e della considerazione per cui il credito costituisce un "valore" già prima ed a prescindere dal successivo conseguimento della prestazione, "onde il coniuge potrebbe subire un pregiudizio dal mancato riconoscimento dei diritti che sorgono con riferimento alla posizione creditoria"⁵⁰². Tale dottrina pone in luce come "il credito costituisce (...) una ricchezza di cui, in una società caratterizzata dalla sempre maggiore rilevanza economica dei rapporti obbligatori appare assurdo e anacronistico non tenere conto"⁵⁰³.

Si è anche sviluppata una tesi mediana, che valorizza il termine investimento; scrive Francesco Donato Busnelli che "sembra possibile affermare, in linea di principio, l'estensibilità alla comunione coniugale della regola, concernente il patrimonio sociale, secondo la quale in esso l'attivo è rappresentato non solo da (beni materiali oggetto di) diritti reali, ma in genere da tutti gli elementi patrimoniali suscettibili di valutazione in denaro"⁵⁰⁴, con la conseguenza che "l'acquisto di un titolo azionario o di un'obbligazione da parte di un coniuge è destinato ad entrare in comunione, mentre la semplice costituzione di somme in deposito bancario non rileva agli stessi fini"⁵⁰⁵. D'altro canto vi è chi ha ritenuto che la nozione di "acquisti" dovesse essere ristretta ai beni oggetto di diritti reali⁵⁰⁶, sostenendo che occorra far riferimento all'art. 810

⁵⁰² G. Oberto, *Diritti di credito, fondi comuni* cit., p. 11.

⁵⁰³ G. Oberto, *Diritti di credito, fondi comuni*, cit., p. 12.

⁵⁰⁴ F. D. Busnelli, *La "comunione legale" nel diritto di famiglia riformato*, in "Rivista del notariato", n. 1, 1976, p. 41.

⁵⁰⁵ F. D. Busnelli, *La "comunione legale"*, cit., p. 42.

⁵⁰⁶ C. Rimini, *Cadono in comunione i diritti di credito*, cit., p. 15.

cod. civ., come norma che qualifica come “«bene giuridico» ciò per cui l'ordinamento predispone un apparato di tutela di natura reale”⁵⁰⁷, nonché criticando la vaghezza della distinzione basata sul valore di incremento patrimoniale.

Sicuramente nell'adottare la tesi più restrittiva vi è il rischio di tradire la *ratio* della comunione legale, quella di presumere che entrambi i coniugi abbiano contribuito, sia pur in modo diverso, alla creazione del patrimonio familiare, in ragione del fatto che “nella società moderna la titolarità di posizioni soggettive personali e relative può costituire una componente rilevantissima del patrimonio individuale e una forma privilegiata di investimento”⁵⁰⁸. È pur vero che tale teoria potrebbe essere mitigata affermando che quelle entità che siano incorporate in un titolo siano da annoverare fra gli acquisti, proprio perché oggetto di un processo di oggettivazione posto in via legislativa e individuato nell'incorporazione (art 1992 cod. civ.). In questo senso si potrebbe affermare che quando vi sia un indice normativo e chiaro di oggettivazione, allora potrà essere applicabile l'art. 177, I comma lett. a) cod. civ.

A ben vedere la questione teorica che nuovamente si pone è quella del complesso equilibrio fra situazioni soggettive che concernono la persona – e in definitiva la sua libertà –, e il rilievo economico di tali entità, il loro acquisire valore di scambio, e costituire un mutamento dell'entità. Si può leggere in questa prospettiva anche la critica dottrinale alla giurisprudenza che include la partecipazione sociale di s.n.c. nel novero degli acquisti. Sul punto, infatti, si è detto che “l'argomento più forte portato contro la caduta in comunione di tali partecipazioni, è basato sull'assunto secondo cui nessuno può essere costretto ad assumere una responsabilità illimitata senza una sua precisa manifestazione di volontà”⁵⁰⁹. Si tratterà di comprendere, nuovamente, se il profilo soggettivo è più rilevante rispetto a quello dell'oggettivazione; occorrerà

⁵⁰⁷ C. Rimini, *Cadono in comunione i diritti di credito*, cit., p. 15.

⁵⁰⁸ G. Oberto, *Diritti di credito, fondi comuni*, cit., p. 12.

⁵⁰⁹ C. Mazzù, *Regime di comunione legale ed aumenti di capitale nelle società di persone*, in “Giustizia civile”, n. 12, 2009. L'A. sostiene che la ragione dell'esclusione tradizionale delle quote di società di persone si apprezza “in primo luogo, in virtù della tutela della libertà di azione del coniuge imprenditore, che si vedrebbe costretto ad agire sempre congiuntamente all'altro coniuge nello svolgimento della propria attività; in secondo luogo, per il rilievo dell'*intuitus personae*, che caratterizza le società di persone, che verrebbe così annullato a favore del regime della comunione legale; infine, per la ragione che pare più importante e rappresenta lo spartiacque tra società di persone e di capitali, ovvero il regime di responsabilità”, *Ibidem*, p. 458.

dunque valutare quali sono le conseguenze dell'oggettivazione sul piano delle obbligazioni personali. Si potrebbe superare per questa via la critica alla nozione di investimento, che muove dalla considerazione per cui “operare una distinzione basata sul carattere speculativo del bene comporta il rischio di equivoci nell'applicazione della disciplina della comunione legale”⁵¹⁰, rispettando l'esigenza di tenere presente l'equilibrio fra la tutela della famiglia, e delle posizioni dei coniugi dentro questa, e l'autonomia del singolo.

3.4. Diverse declinazioni della nozione di bene e il criterio dell'oggettivazione. Prime riflessioni

Scrivono Antonio Gambaro che “si conferma quindi che la parola «bene» muta di senso in funzione del livello di astrazione in cui il discorso si colloca”⁵¹¹, e si può aggiungere che il significato del termine muta anche in ragione del segmento di disciplina che si vuole applicare: diverso è discorrere di beni ai fini dell'applicazione della disciplina del libro III in materia di appartenenza, piuttosto che ai fini di ciò che rientra nella garanzia patrimoniale generica del debitore, e la questione si pone in una diversa prospettiva rispetto all'art. 177 cod. civ. Se riguardo all'art. 2740 cod. civ., come già si è detto, l'utilità del bene sulla cui base è costruita la disciplina è quella connessa al suo valore di scambio – e infatti un dato determinante è quello della possibile circolazione del bene – ; rispetto alle norme in materia di proprietà di cui al libro III la nozione di bene è considerata dal punto di vista della composizione delle utilità e degli interessi, e tesa a regolare i rapporti fra il soggetto e il bene in un'ottica per cui non rileva soltanto un'utilità, o una funzione unica del bene, ma diverse possibili utilità, e diversi possibili interessi che il bene può soddisfare; lo sforzo tecnico è anche quello di regolamentare i possibili usi del bene da parte di soggetti diversi⁵¹². Il bene non è infatti conformato *ab origine* dalla sua funzione, come dimostra per esempio l'art. 844 cod. civ., in cui si afferma la necessità di contemperare “le esigenze della

⁵¹⁰ M. Gorini, *Diritti di credito e comunione legale*, cit., p. 596.

⁵¹¹ A. Gambaro, *I beni* cit., p. 61.

⁵¹² Un esempio classico in questo senso è dato dall'art. 981 cod. civ., che regola i poteri sul bene dell'usufruttuario, e dunque qualcosa dice anche rispetto ai rapporti fra proprietario e usufruttuario. La norma infatti limita la facoltà di godimento dell'usufruttuario, stabilendo il suo obbligo di mantenerne la destinazione economica, e sancendo un potere dell'usufruttuario sul bene, con dei limiti rispetto ad un potere pieno, che è che invece sarebbe proprio del proprietario.

produzione con le ragioni della proprietà”. Quello che si può sottolineare è che nella disciplina dei beni di cui al libro terzo è sottinteso che il bene possa esprimere differenti utilità e rispondere ad interessi diversi, non considerati dal diritto perché assorbiti dal ruolo della volontà del proprietario, ma presupposti. Di qui la costruzione del diritto di proprietà come misura astratta di poteri, composto da molteplici facoltà di esercizio e godimento, così come dei diritti reali cosiddetti ‘minori’ come ‘derivati’ dal diritto di proprietà, che attribuiscono ad un soggetto diverso dal proprietario alcune di queste facoltà.

Nella nozione di bene che restituisce l’art. 2740 cod. civ. al contrario, l’utilità e il possibile uso del bene paiono cristallizzati, e si possono individuare nell’apprensione, attraverso la circolazione, del valore di scambio dell’entità che si qualifica come bene⁵¹³, includendo anche i diritti di credito. A proposito della considerazione dei crediti come «beni», se questa può dar conto della loro oggettivazione in ragione del *favor* dell’ordinamento alla loro circolazione, al contempo le regole sul rischio di insolvenza, così come il limite di cui all’art. 1260 cod. civ., attribuiscono, seppur in modo diverso, rilevanza giuridica alla circostanza per cui nel ‘bene’ è incorporata un’attività del debitore.

Alla luce di tali diversità potrebbe ipotizzarsi, come già si è accennato⁵¹⁴, che il processo di oggettivazione delle utilità e degli interessi assuma una dimensione differente in relazione al grado di dipendenza fra persona e bene. In altre parole, vi saranno norme che si riferiscono a entità che presuppongono la totale indipendenza della persona dall’oggetto del diritto, e norme che invece evidenziano un grado di dipendenza di questo da quella⁵¹⁵. Se la circolazione di una risorsa – e dunque l’acquisizione di un valore di scambio – attribuisce sempre alla risorsa un certo grado

⁵¹³ Si veda, per un’argomentazione più estesa il § 3.1.

⁵¹⁴ Si veda il § 3.1.

⁵¹⁵ Si segnala che vi è stata, in dottrina chi ha sottolineato tale distinzione e ne ha fatto il centro della *summa divisio* fra diritti reali e diritti di credito. Scrive A. P. Ugas che “l’idea è che il fatto modelli l’effetto o sulla centralità della persona/ persone che hanno partecipato ad esso, se si tratta di un diritto di credito, o sulla centralità della cosa presente sempre nel fatto costitutivo, se si tratta di un diritto reale definendosi in tal modo un sistema di regole che possono nonostante tutto essere lette sulla base dei caratteri tradizionali assegnati alle due categorie”, in *Id.*, *Profili di crisi della distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, in A. Luminoso (a cura di) *Diritto e crisi: atti del convegno di studi per i trent’anni della Rivista giuridica sarda (27-28 novembre 2015, Cagliari)*, Milano, 2016, p. 97.

di oggettivazione⁵¹⁶, la questione sarà quella di comprenderne la misura, quanto cioè l'entità possa essere considerata a prescindere dalla persona, senza arrivare a oggettivare anche quest'ultima. In questo senso, rispetto alle relazioni di appartenenza, che incidono direttamente sulla qualificazione del loro oggetto come entità disponibile, utilizzabile, regolandone gli usi in conflitto, la parola *bene* assume il grado massimo di oggettivazione⁵¹⁷, e non può ammettere la possibilità di avere ad oggetto un'entità che inerisce alla persona, pena la reificazione dell'uomo, attraverso la reificazione della sua attività⁵¹⁸. Quando si tratti però di norme connesse all'art. 2740 cod. civ., e dunque alla garanzia patrimoniale generica, la nozione di bene diventa più estesa, e il grado di oggettivazione previsto non è quello di una totale estraneità della persona dal bene, bensì la possibilità che tali diritti, in quanto connessi alla conservazione della garanzia o alla sua attuazione, si esercitino rispettando eventuali profili di rilevanza della persona. In quest'ottica si può affermare che ai sensi dell'art. 2740 cod. civ. siano beni anche i crediti⁵¹⁹, ma questo non implica che a questi si applichino le norme in materia di proprietà.

⁵¹⁶ A tal proposito è opportuno richiamare la prospettiva di B. Rudden che, adottando una prospettiva 'funzionalista' in un articolo del 1994, ha proposto la distinzione fra '*things as things*' e '*things as wealth*'. Scrive l'A. che "*a thing may be treated for itself and be possessed, used, and disposed of for its own qualities*" ma anche che "*everything may be treated merely as the clothing (investment) worn by a certain amount of wealth*". Secondo tale impostazione quando si considera la dimensione della ricchezza, non si considerano le caratteristiche del bene, ma il costo-opportunità; in *Id.*, *Things as Thing and Things as Wealth*, in "Oxford journal of legal studies", vol. 14, n. 1, 1994, p. 83. In questo senso occorre rilevare che la circolazione attraverso il mercato tende alla creazione di una "mercificazione". Sul punto, A. Iannarelli scrive: "Il processo di formazione dei valori e, dunque, dei beni si realizza non già prima dell'attività negoziale, bensì all'interno della stessa. In altre parole, il «bene» non precede il contratto; esso sorge con e nel contratto; quest'ultimo non presuppone l'avvenuta produzione di merci, ma è esso stesso creare merci, sino al punto da divenire a sua volta una merce", in *Id.*, *Beni, interessi, valori*, cit., p. 307.

⁵¹⁷ Sul punto naturalmente viene in gioco la distinzione fra diritti reali e diritti di credito. Scrive in questo senso A. Gambaro che se si accetta la distinzione tra diritto dei beni e diritto delle obbligazioni "si deve anche concludere che esiste un significato più ristretto della parola «bene» che la rende idonea a contrassegnare ciò che può essere oggetto di situazioni di appartenenza e quindi in definitiva a contrassegnare il confine fra *droit des biens et droit des obligations*. In questa impostazione (...) tutto sembra trovare un proprio posto in un quadro razionale, ma rimane il problema che il tema dei beni travalica quello dei diritti che su di essi possono vantare i singoli privati, ed anche il tracciamento dei confini tra ciò che appartiene ad uno di essi e ciò che gli è dovuto non è affatto semplice", A. Gambaro, *I beni* cit., p. 61. Scrive ancora l'A. che "l'oggettività necessaria a separare il diritto dei beni dal diritto dei rapporti obbligatori non richiede (...) una materialità in senso fisico, richiede solo che l'oggetto persista indipendentemente da punti di vista e atteggiamenti e da condotte soggettive", *Ibidem*, p. 102.

⁵¹⁸ Ringrazio la professoressa C. Camardi per la lunga discussione sul punto, e per avermi fatto riflettere su tale aspetto.

⁵¹⁹ Sul punto, fra gli altri, A. Iannarelli fa riferimento alla "prassi, sempre più frequente, di oggettivare i diritti di credito", in *Id.*, *Beni, Interessi, Valori*, cit.

Con riguardo all'art. 177 cod. civ., il discorso è solo parzialmente diverso, perché quello che rileva è l'incremento patrimoniale, e il problema è trovare un punto di equilibrio fra la valutazione, sul versante oggettivo, della possibilità dell'entità di assumere un valore di scambio tale da costituire un incremento del patrimonio, e l'esigenza di considerare, sul versante soggettivo, la possibilità che tale entità, qualunque sia il suo valore patrimoniale, sia costituita da un'attività umana, o comunque coinvolga la persona, come avviene nel caso di quote di partecipazione di società di persone.

Alla luce di quanto detto si possono svolgere anche alcune considerazioni sulla portata dell'art. 810 cod. civ. Se è vero che il lemma "oggetto di diritti" non può essere confinato alla forma di appartenenza di cui all'art. 832 cod. civ., in ragione *in primis* dell'esistenza delle norme in materia di beni demaniali, rimangono aperte due possibilità sull'interpretazione della parola 'cosa'; l'una è quella di considerare che questa porti con sé il grado massimo dell'oggettivazione, e che dunque l'applicazione dell'art. 810 cod. civ. sia riferibile unicamente ai casi in cui l'entità è oggetto di norme che ne disciplinano l'uso a prescindere da qualsivoglia attuale rilevanza della persona nella sua definizione; l'altra è quella di affermare la polisemia anche di questo termine, affidandogli un diverso significato in ragione della disciplina che si applica. In questo modo però si disconnette l'art. 810 cod. civ. dalla disciplina del libro terzo, e la si considera norma generale. Ora, tale scelta può sembrare in qualche misura discrezionale, proprio in ragione dell'oscurità dei dati normativi, e della complessità semantica del lemma "cosa"; però la possibilità di qualificare nuove entità come beni, per poi applicargli segmenti di disciplina non necessita di attribuire all'art. 810 cod. civ. carattere di norma generale, e anzi l'opzione restrittiva permette alla parola cosa di essere il segno dell'esistenza di un'oggettivazione massima. Sembrerebbe allora preferibile, anche in ragione della tradizione culturale che ha riempito di senso il lemma 'cosa' mantenere fermo il suo riferirsi a quelle entità che sono oggettivate al massimo grado, e dunque restringere l'ambito di operatività dell'art. 810 cod. civ. al libro III. D'altro canto l'art. 2740 cod. civ. è espressione di una nozione di bene che considera anch'essa il processo di oggettivazione, ammettendo però che anche diritti – come quelli di credito – che hanno un oggetto che coinvolge la persona, siano qualificati come beni. La conseguenza è però la necessità di una disciplina che tenga

conto della rilevanza dell'attività umana e abbia come limite quello dell'impossibilità della reificazione delle prestazioni di carattere personale, pena il rischio della reificazione della persona.

La nozione di bene dunque sul piano dei riferimenti normativi trova due norme chiave; l'una, l'art. 810 cod. civ. che si riferisce a entità che non "incorporano" alcuna qualità o attività della persona ancora in atto. L'altra, l'art. 2740 cod. civ., che richiede un grado di oggettivazione, individuabile nella possibilità della circolazione giuridica dell'entità, ma non esclude la possibilità della rilevanza della persona.

Svolte tali osservazioni e in tale griglia interpretativa, è opportuno prendere in esame la nozione di bene accolta dalla Corte Edu, nonché quella, propria dell'ordinamento interno, di 'bene della vita', in quanto queste nozioni, seppur in modo certamente diverso, considerano la nozione di bene in relazione, più che ad entità in qualche misura oggettivate attraverso un dato giuridico, ad interessi.

4. L'INTERPRETAZIONE AUTONOMA DELL'ART. 1 PROT. 1 CEDU E LA NOZIONE DI BENE⁵²⁰

La rilevanza del valore patrimoniale – anche se in maniera parzialmente diversa da quanto detto nel paragrafo precedente –, è un elemento che caratterizza anche alcune pronunce della Corte Europea dei diritti dell'uomo in materia di beni. Se fino agli anni '80 "*la Commission et la Cour n'aient jamais découvert des violations de l'article 1 par les Etats parties*", anche in ragione del contesto politico in cui la norma è nata, teso a costruire solo "*des limitations minimales au pouvoir discrétionnaire des Etats*"⁵²¹, a partire dal caso *Sporrong and Lönnroth c. Svezia*⁵²² la Corte ha affermato che l'art.

⁵²⁰ Questo paragrafo riprende, seppur integrandolo, e in parte modificandolo nelle conclusioni, parte del testo del mio articolo *L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu, fra tutele proprietarie e beni comuni*, in "La nuova giurisprudenza civile commentata", n. 2, 2016. Ringrazio la professoressa V. Calderai e il dott. Dinisi per le fondate critiche, che mi hanno portato a un (parziale) ripensamento.

⁵²¹ L. Condorelli, *Premier protocole additionnel: Article 1*, in (a cura di) Decaux E., Imbert P., Pettiti L. *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Parigi, 1995, p. 972. Sul percorso storico che ha portato alla formulazione dell'art. 1 prot. 1 Cedu si veda, fra gli altri A. Dinisi, *Disciplina dei beni e principio di tolleranza nel diritto europeo*, tesi di laurea, Università di Pisa, a.a. 2015/2016, reperibile all'indirizzo : [https://etd.adm.unipi.it/theses/available/etd-06062016-191301/unrestricted/Disciplina dei beni e principio di tolleranza nel diritto europeo.pdf](https://etd.adm.unipi.it/theses/available/etd-06062016-191301/unrestricted/Disciplina%20dei%20beni%20e%20principio%20di%20tolleranza%20nel%20diritto%20europeo.pdf) (ultimo accesso: 6 febbraio 2017).

⁵²² Corte eur. dir. uomo, 23 settembre 1982, ric. 7151/75; 7152/75. La Corte in tale pronuncia afferma che l'art. 1 prot. 1 Cedu "contient trois normes distinctes. La première, d'ordre général, énonce le principe du respect de la propriété; elle s'exprime dans la première phrase du premier alinéa. La

1 Prot. n. 1 Cedu contiene tre norme; la prima sancisce il diritto al rispetto dei propri beni⁵²³; la seconda dispone che la privazione della proprietà può avvenire solamente per pubblica utilità e alle condizioni previste dalla legge; la terza accorda allo Stato il potere di regolamentare l'uso dei beni secondo l'interesse generale⁵²⁴.

La giurisprudenza della Corte Europea attribuisce alla prima norma un carattere generale e interpreta in modo estensivo la nozione di bene, ampliando sensibilmente l'ambito di applicazione della disposizione. I giudici di Strasburgo, affermando l'autonomia della nozione di bene rispetto a quella accolta negli ordinamenti nazionali⁵²⁵, ne hanno dato un'interpretazione molto ampia, al punto da incorrere in non poche critiche da parte della dottrina, soprattutto in relazione alla sovrapposizione che sembrerebbe prodursi fra la nozione di bene e quella di valore patrimoniale⁵²⁶. Si

deuxième vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions; elle figure dans la seconde phrase du même alinéa. Quant à la troisième elle reconnaît aux Etats le pouvoir, entre autres, de régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général et en mettant en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires à cette fin; elle ressort du deuxième alinéa". Sulle ragioni di tale cambiamento si veda L. Condorelli, *Premier protocole additionnel: Article 1, in La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article* cit. p. 973.

⁵²³ Occorre ricordare a tal proposito che c'è una discrasia di non poco conto fra il testo francese e il testo inglese della Convenzione. Se infatti secondo il primo "*Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens*", il secondo recita: "*Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions*", Sul punto, fra gli altri, N. Colacino, "*Nuove proprietà*" e beni comuni nel diritto internazionale ed europeo, Roma, 2012, p. 110 ss.

⁵²⁴ A tal proposito si vedano, per tutti: A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, 229; M. Conforti, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia di Strasburgo in tema di proprietà*, in M. Comporti, *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 105.

⁵²⁵ L'autonomia della nozione è stata affermata già a partire dalla sentenza Corte eur. dir. uomo 23 febbraio 2015, ric. 15375/89, in cui la Corte precisa che "la notion de «biens» (*en anglais: possessions*) de l'article 1 du Protocole no 1 (P1-1) a une portée autonome qui ne se limite certainement pas à la propriété de biens corporels: certains autres droits et intérêts constituant des actifs peuvent aussi passer pour des «droits de propriété» et donc pour des «biens» aux fins de cette disposition (P1-1)". Tale impostazione della Corte è ribadita in pronunce successive, fra cui: Corte eur. dir. 25 marzo 1999, ric. 31107/96 (*Iatridis v. Greece*) uomo Corte eur. dir. uomo, 5 gennaio 2000 ric. 33202/96 (*Beyeler c. Italia*), Corte eur. dir. uomo, 23 settembre 2014, ric. 46154/11 (*Valle Pierimpiè società agricola s.p.a. c. Italia*).

⁵²⁶ Scrive a tal proposito M. Conforti che "la Corte è andata, secondo me, veramente oltre ogni possibile immaginazione, perché nel concetto di bene ha fatto rientrare tutto o quasi tutto abbia un valore economicamente valutabile, fino ad arrivare a far coincidere il concetto di bene con quello di valore patrimoniale", in *Id.*, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia di Strasburgo in tema di proprietà*, cit., 107. Si vedano anche L. Condorelli, *Premier protocole additionnel: Article 1*, cit., p. 975; J. Rochfeld, *Les grandes notions de droit privé*, Parigi, 2013. Per una rassegna giurisprudenziale approfondita, che non è possibile in questa sede svolgere, si veda la tesi di laurea di A. Dinisi, *Disciplina dei beni e principio di tolleranza nel diritto europeo*, Università di Pisa, a.a. 2015/2016, reperibile all'indirizzo : [https://etd.adm.unipi.it/theses/available/etd-06062016-191301/unrestricted/Disciplina dei beni e principio di tolleranza nel diritto europeo.pdf](https://etd.adm.unipi.it/theses/available/etd-06062016-191301/unrestricted/Disciplina%20dei%20beni%20e%20principio%20di%20tolleranza%20nel%20diritto%20europeo.pdf) (ultimo

limiterà l'analisi alle ipotesi in cui tale sovrapposizione può essere colta, in quanto rilevanti ai fini dell'indagine che si sta svolgendo.

Occorre dunque guardare all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale sono considerati come 'beni' anche 'interessi sostanziali', fra cui la legittima aspettativa (*espérance légitime*) di vedere realizzato un interesse patrimoniale. Tale orientamento si affaccia nella giurisprudenza della Corte già con la sentenza 29 novembre 1991, ric. 12742/87 (*Pine Valley c. Irlanda*)⁵²⁷, in cui i Giudici di Strasburgo hanno attribuito rilevanza alla legittima aspettativa del conseguimento di un vantaggio patrimoniale derivante dallo sfruttamento di un terreno, sfruttamento che sarebbe stato possibile qualora il soggetto pubblico competente avesse rilasciato alcune autorizzazioni a costruire. Fra le pronunce più recenti, occorre citare anche la sentenza 5 gennaio 2000 ric. 33202/96 (*Beyeler c. Italia*)⁵²⁸, in cui i giudici di Strasburgo affermano l'esistenza in capo al ricorrente – il sig. Beyeler – di un “*intérêt substantiel*” protetto dall'art. 1 Prot. 1 della Convenzione anche se l'ordinamento italiano non riconosceva un diritto di proprietà in capo al Beyeler⁵²⁹. Quest'indirizzo è stato confermato dalla sentenza del 23 settembre 2014, ric. 46154/11 (*Valle Pierimpiè società agricola s.p.a. c. Italia*), che trae origine da una controversia sorta fra la società 'Valle Pierimpiè' e lo Stato Italiano sulla proprietà di una valle da pesca⁵³⁰. Nel caso di specie i giudici italiani

accesso: 6 febbraio 2017).

⁵²⁷ Corte eur. dir. uomo, 29 novembre 1991, ric. 12742/87 (*Pine Valley Developments LTD e altri c. Irlanda*). La Corte, pur non rinvenendo nel caso di specie una violazione dell'art. 1 Prot. 1 Cedu, afferma che “*les requérants avaient pour le moins l'espérance légitime de pouvoir réaliser leur plan d'aménagement*”.

⁵²⁸ Corte eur. dir. uomo, 5 gennaio 2000 ric. 33202/96 (*Beyeler c. Italia*). La controversia ha ad oggetto l'esercizio del diritto di prelazione da parte del Ministero su un quadro di proprietà di privati, disciplinato, al momento della sentenza dagli artt. 30, 31 e 32 della l. 1 giugno 1939, n. 1089 (ad oggi il trasferimento della proprietà e della detenzione dei beni culturali è disciplinato agli artt. 59 – 62 del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). La controversia aveva ad oggetto un quadro di Van Gogh, 'il giardiniere', acquistato dal sig. Beyeler nel 1977. Del trasferimento del quadro, ma non del nome dell'effettivo proprietario, era stato informato il Ministero, che non ha esercitato il diritto di prelazione fino al 1988. Proprio in ragione della mancata comunicazione dell'effettivo proprietario, le Corti italiane avevano affermato la nullità del contratto con cui il ricorrente aveva acquistato il quadro e dunque la possibilità che il Ministero esercitasse il diritto di prelazione, al prezzo previsto in tale contratto. Per una approfondita esposizione del caso si veda M. L. Padelletti, *Il caso Beyeler di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo* in “Rivista di diritto internazionale”, n. 3, 2000; Sulla cd. “prelazione artistica” si veda, fra gli altri, A. Mignozzi *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, in “Obbligazioni e contratti”, n. 2, 2009.

⁵²⁹ Si veda sul punto A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., p. 237.

⁵³⁰ Il soggetto pubblico affermava l'appartenenza della valle al demanio – e dunque l'inalienabilità del

avevano qualificato la valle in questione come bene demaniale, non accogliendo la ricostruzione della ricorrente. Nel giudizio davanti alla Corte Edu è accolta la prospettazione della società, secondo la quale questa era stata privata di “un bene essenziale per la sua attività d'impresa”, e “senza alcun indennizzo”⁵³¹. La Corte Europea individua il bene protetto dall'art. 1 Prot. 1 Cedu nell'aspettativa legittima di poter continuare a sfruttare economicamente la valle, e dunque nel valore patrimoniale che da tale sfruttamento deriva. Sulla scorta di queste considerazioni la Corte afferma l'esistenza di un'ingerenza dello Stato nei beni della ricorrente⁵³².

L'indirizzo giurisprudenziale che va affermandosi è dunque quello secondo il quale è un 'bene' ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 Cedu anche l'aspettativa legittima rispetto all'acquisizione di un vantaggio patrimoniale. La legittimità dell'interesse tutelato è connessa all'inerzia dello Stato e dunque alla mancanza, per un tempo apprezzabile, di una reazione da parte di quest'ultimo al comportamento della ricorrente⁵³³. Con

bene – mentre la società “Valle Pierimpì s.p.a.” ne rivendicava la proprietà. In primo e secondo grado (Trib. Venezia, 26.05.2004, in G. Alpa, F. Di Giovanni, B. Eccher, M. Esposito, N. Irti, B. Libonati, G. Morbidelli (a cura di) *Lo stato giuridico delle valli da pesca* cit.; App. Venezia, 10 giugno 2008, n. 824, in “Diritto dei Trasporti”, n. 1, 2010, 191 ss.) veniva accolta la prospettazione di parte pubblica, con conseguente qualificazione del bene come demaniale ex art. 28 cod. nav. Sulla – controversa – natura della proprietà delle valli da pesca: Alpa, F. Di Giovanni, B. Eccher, M. Esposito, N. Irti, B. Libonati, G. Morbidelli (a cura di) *Lo stato giuridico delle valli da pesca* cit.

⁵³¹ Ai fini di una maggiore scorrevolezza del testo si citerà la sentenza nella traduzione non ufficiale a cura del Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani. La traduzione è opera di R. Carnevali, assistente linguistico, la revisione è a cura della dott.ssa M. Scantamburlo, funzionario linguistico.

⁵³² I Giudici di Strasburgo ritengono infatti che “il bene della ricorrente [sia] stato (...) acquisito dallo Stato e[che] l'interessata [abbia] perduto ogni possibilità di far valere un titolo”. La Corte giudica poi tale ingerenza giustificata da ragioni di “utilità pubblica”, in quanto “l'inclusione della valle Pierimpì nel demanio pubblico marittimo si prefiggeva di preservare l'ambiente e l'ecosistema lagunare e di assicurare la sua effettiva destinazione all'uso pubblico”, e considerato che “grazie ad una conoscenza diretta della loro società e dei suoi bisogni, le autorità nazionali si trovano per principio meglio collocate rispetto al giudice internazionale per stabilire ciò che è di «utilità pubblica»”. I giudici di Strasburgo compiono poi una valutazione negativa circa la proporzionalità dell'intervento, in ragione di un mancato equilibrio nella considerazione degli “interessi pubblici e privati in gioco”. Mancato equilibrio che, secondo la ricostruzione dei giudici di Strasburgo, ha prodotto “un carico eccessivo e sproporzionato” in capo alla società Valle Pierimpì s.p.a. L'esistenza di tale squilibrio è dedotta essenzialmente in base a due argomenti: lo Stato non ha corrisposto alla ricorrente un indennizzo né ha attribuito rilevanza all'esistenza di un'impresa della ricorrente, legalmente esercitata. Con riguardo a quest'ultimo profilo, i Giudici di Strasburgo notano come “non risulta dal fascicolo che le autorità abbiano tenuto conto del fatto che il trasferimento della valle al DPM ha comportato la perdita dello «strumento di lavoro» della ricorrente in quanto questa valle era la sede della sua attività lucrativa, da lei legalmente esercitata”.

⁵³³ Per una critica di tale ricostruzione, T. Greco e M. Greco, *Valli da pesca, demanialità marittima ed espérance légitime del privato nella giurisprudenza CEDU*, in “Danno e responsabilità”, n. 2, 2015, p.

riguardo al caso *Beyeler* – ma è una considerazione che può essere estesa anche alla più recente sentenza sulla *Valle Pierimpié* –, si è detto che sembra essere “il comportamento dello Stato la spia che segnala il transito di una aspettativa di un bene sotto la tutela del Trattato in esame”⁵³⁴. L’agire – o il mancato agire – del soggetto pubblico è dunque elemento di sicura rilevanza nell’argomentazione della Corte Europea, che guarda alla situazione di fatto per identificare l’esistenza di ‘interessi sostanziali’, da tutelare ai sensi dell’art. 1 Prot. 1. Se è vero che le due sentenze hanno una *ratio* parzialmente diversa, perché la Corte nel caso *Beyeler* afferma l’esistenza della violazione dell’art. 1 Prot. 1 a prescindere dalla buona fede del privato⁵³⁵, in entrambi i casi un criterio di rilevanza della violazione è l’inerzia dello Stato.

4.1. La nozione di bene e la tutela giuridica degli interessi nella giurisprudenza Cedu

Con riguardo alla nozione di bene accolta nel contesto della Cedu, è stato detto che nella ricostruzione della Corte di Strasburgo “per «bene protetto» non deve intendersi solo l’oggetto o il contenuto di un diritto di proprietà, ma tutti i valori patrimoniali del privato rispetto ai quali questi possa avere anche solo la «speranza legittima» di acquisire un bene avente valore economico”⁵³⁶. La Corte Edu assume una prospettiva

129 ss.

⁵³⁴ V. Colcelli, *L’espérance légitime e la sua tutela ai sensi dell’art. 1 Prot. 1 C.E.D.U.*, commento alla sentenza *Beyeler c. Italia*, reperibile all’indirizzo:

https://diritti-cedu.unipg.it/index.php?option=com_content&view=category&id=112%3Aaspettativa-legittima&layout=blog&Itemid=117&lang=it. A tal proposito si è detto che la Corte Edu “estende la tutela convenzionale anche a situazioni che per l’ordinamento nazionale non sarebbero considerate come beni attuali, quando il comportamento dello Stato ha prodotto nell’individuo in buona fede la convinzione di essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata, ovvero quando la pretesa dell’individuo si sarebbe ragionevolmente realizzata se non vi fosse stata un’interferenza statale”, e che in alcuni casi, come *Beyeler c. Italia*, accorda “decisivo rilievo, ai fini della sussistenza di un bene tutelato dall’art. 1, al solo comportamento delle autorità statali, prescindendo dalla conseguente buona fede del singolo o finanche dal rispetto della legislazione nazionale”, R. Artaria, *La proprietà fra Costituzione e Carte europee, Tesi di dottorato, XXIV ciclo*, p. 252. Osserva l’Autore che “la Corte estende la tutela convenzionale anche a situazioni che per l’ordinamento nazionale non sarebbero considerate come beni attuali, quando il comportamento dello Stato ha prodotto nell’individuo in buona fede la convinzione di essere titolare di una situazione giuridicamente tutelata, ovvero quando la pretesa dell’individuo si sarebbe ragionevolmente realizzata se non vi fosse stata un’interferenza statale”, R. Artaria, *op. cit.*, 249. Nello stesso senso A. Moscarini, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, cit., p. 240 ss.

⁵³⁵ Si veda la nota precedente.

⁵³⁶ C. Salvi, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code Civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015, 173. Sul punto si veda anche S. Praduroux, *La proprietà privata nel sistema della Convenzione*

certamente non formalistica e, guardando agli interessi delle parti, costruisce il proprio giudizio a partire da questi. Nel farlo, individua come “bene” non soltanto la ‘cosa’⁵³⁷ nella sua materialità e nemmeno solamente i crediti, in cui, come si è visto, l’oggettivazione dipende da indici normativi, ma anche un interesse al conseguimento di un valore patrimoniale. Nell’esame della nozione di bene, per come questa è costruita dalla Corte Europea, ciò che permette il riconoscimento dell’esistenza di un bene è costituito dal valore economico della fondata aspettativa di continuare a sfruttare economicamente un bene; e nel caso *Valle Pierimpiè* – così come anche nella sentenza *Pine Valley* – tale bene è considerato rilevante anche perché utilizzato all’interno dell’attività d’impresa⁵³⁸ esercitata dai ricorrenti. Nella ricostruzione della Corte Europea quello che viene in rilievo è la considerazione del bene come ricchezza⁵³⁹: dove c’è un attivo patrimoniale in senso economico, viene individuato anche un bene in senso giuridico; con le parole di Iannarelli, ci troviamo in “una nuova dimensione, che pone al centro il valore economico, la ricchezza”⁵⁴⁰, e li considera beni. Tale mutamento di prospettiva certamente attribuisce centralità a quei beni che sono costruiti attraverso l’oggettivazione di situazioni giuridiche soggettive – prima fra tutte il diritto di credito⁵⁴¹ –. La Corte porta tale impostazione alle estreme

Europea dei Diritto dell’Uomo, in “Riv. giur. ISAIDAT”, n. 1, 2010, 1 ss. Scrive l’A. “in particolare, quando il ricorrente non può vantare un valido titolo di proprietà ai sensi del diritto nazionale, la Corte applica l’art. P1-1 sussumendo nella categoria dei beni protetti le prerogative di fatto esercitate sul bene”.

⁵³⁷ Sulla nozione di cosa, e sul dibattito ad essa relativo, si veda il § 2 di questo capitolo.

⁵³⁸ Di sicura rilevanza è il riferimento all’attività d’impresa, in quanto questa è considerata protetta dall’art. 1 Prot. 1 Cedu. Si legge infatti nel manuale a cura del Consiglio d’Europa: “*Enterprise, being understood as a mass of rights, interests, and relations destined to a determined purpose and organised as an economic unit by an entrepreneur, is also protected under Article 1 of Protocol No. 1. Enterprise is comprised of interests and relations, such as clientele, good will, and business secrets, as well as potential sources of income, such as organisation and advertising. In fact, the applicability of Article 1 of Protocol No. 1 to business practices (i.e. enterprises) extends only to their clientele and goodwill, as these are entities of a certain value that have in many respects the nature of a private right and thus constitute “assets” and therefore “possessions” within the meaning of the first sentence of that article*”, in A. Grgiæ, Z. Mataga, M. Longar, A. Vilfan, *The right to property under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*, in *Human rights handbooks*, 2007, X, reperibile all’indirizzo <http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-EN-HRHAND-10%282007%29.pdf> (ultima data di consultazione: 16 luglio 2015).

⁵³⁹ Prospettiva questa che S. Pugliatti attribuiva agli “economisti”, in *Id.*, voce *Beni*, cit., p. 167.

⁵⁴⁰ A. Iannarelli, *Beni, Interessi, Valori* cit., p. 312.

⁵⁴¹ L. Condorelli, *Premier protocole additionnel*, cit., p. 976.

conseguenze, considerando l'esistenza sul piano fattuale di un valore economico come indice dell'esistenza di una situazione soggettiva da tutelare, anche quando questa, in punto di diritto, non esiste secondo la disciplina interna⁵⁴², e non è quindi da questo oggettivata in nessun modo. E la differenza non è di poco conto: una cosa infatti è assumere come 'dato', non una cosa ma un diritto⁵⁴³, di cui può essere valutato il grado di oggettivazione, ben altro è trarre dall'individuazione di un valore economico – e di un interesse al suo conseguimento – l'esistenza di un bene. Quello che quindi *in primis* risulta problematico di tale operazione ricostruttiva è che si attribuisce tutela giuridica ad un interesse 'sostanziale' sprovvisto di protezione⁵⁴⁴ nel diritto interno⁵⁴⁵, ampliando in maniera consistente la nozione di bene⁵⁴⁶.

Se si comprendono le ragioni storiche dell'ampliamento operato dalla Corte, dovute al fatto che l'art. 1 Prot. 1 è la “*unique disposition de la Convention se souciant des*

⁵⁴² A proposito di tale operazione, compiuta dalla Corte anche nel caso *Beyeler* già citato, si è detto che “il fatto di scindere l'interesse patrimoniale del ricorrente, rispetto all'accertamento di un diritto reale sul bene oggetto del reclamo, sembra pertanto costituire la considerazione principale che induce la Corte a considerare la fattispecie come una semplice ipotesi di ingerenza nel diritto al rispetto dei beni”; M. L. Padelletti, *Il caso Beyeler di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo* cit., p. 787. Secondo l'A., “Il criterio del valore patrimoniale del bene viene del resto considerato praticamente in tutti i casi esaminati dalla Corte, senza che venga tracciata una netta distinzione tra diritto *stricto sensu* e semplice interesse patrimoniale”, in *Id.*, *Art.1 prot. n. 1, Protezione della proprietà*, nel *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, p. 794.

⁵⁴³ Tale nozione di bene è infatti presente all'interno del nostro ordinamento, e specificatamente è l'art 2740 c.c. a considerare come beni “tutte le situazioni giuridiche aventi un contenuto patrimoniale e suscettibili di esecuzione forzata”, A. Iannarelli, *Beni, Interessi, Valori*, cit., p. 294.

⁵⁴⁴ Con riguardo a tale impostazione della Corte parte della dottrina, a proposito del caso *Beyeler*, ha affermato che “una simile impostazione induce a scindere l'aspetto patrimoniale rispetto al titolo giuridico sul bene oggetto del reclamo. Così facendo, la Corte ammette l'esistenza di un diritto di contenuto patrimoniale anche quando in realtà tale diritto non esiste”; M. L. Padelletti, *Il caso Beyeler di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo* cit., p. 781 ss. Sul punto L. Schiano di Pepe scrive che “resta comunque il fatto che la dottrina della legittima aspettativa è in grado di ampliare, e di molto, le possibilità per un privato di far valere la violazione di una situazione soggettiva meritevole di tutela, soprattutto in quei casi con riferimento ai quali la Corte EDU dimostra di essere disposta a riconoscere tale legittima aspettativa in una situazione di fatto più che di stretto diritto” in *Id.*, *La proprietà nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel diritto dell'Unione europea*, nel *Trattato di diritto immobiliare* a cura di G. Visintini, vol. 1, Padova, 2013, 266.

⁵⁴⁵ Sottoposto a critica è dunque l'indirizzo per cui “il criterio del valore patrimoniale del bene viene (...) considerato praticamente in tutti i casi esaminati dalla Corte, senza che venga tracciata una netta distinzione tra diritto *stricto sensu* e semplice interesse patrimoniale”; M. L. Padelletti *Art.1 prot. n. 1, Protezione della proprietà*, cit., p. 804.

⁵⁴⁶ Si veda sul punto, da ultimo, A. Gambaro, *Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria*, in “*Jus civile*”, n. 7, 2016.

intérêts économique des particuliers”⁵⁴⁷, d’altro canto occorre muovere una critica all’interpretazione dell’art. 1 Prot. 1, nonché svolgere qualche considerazione rispetto all’adeguamento alle pronunce europee nel diritto interno. Rispetto alla critica, occorre rilevare come la qualificazione di un interesse – non certo oggettivato in base ad indici normativi – come un bene può portare a conseguenze di non poco conto rispetto alla distinzione, per l’appunto, fra interessi e beni, e dunque fra versante oggettivo e versante soggettivo, con il possibile risultato di creare due entità oggettivate, il bene – la valle da pesca nel caso Valle Pierimpié – su cui l’interesse si appunta e l’interesse stesso, e di faticare a trovare un modo – giuridico – di porli in connessione, e di considerare l’esistenza di altri interessi che si appuntano sullo stesso bene-cosa. Da un punto di vista tecnico – e anche pratico – il rischio, che si realizza in alcune pronunce della Corte, è quello di ampliare i confini della categoria fino a sovrapporla a quella di interesse.

D’altro canto tale notazione deve essere guardata anche sotto il profilo dei rimedi, e dunque rispetto all’art. 41 Cedu, da leggere in combinato disposto con l’art. 46 Cedu. Se il primo prevede che l’equa soddisfazione opera “se il diritto interno dell’Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze” della violazione di un diritto tutelato dalla Carta, l’art. 46 Cedu attribuisce forza vincolante delle sentenze della Corte Edu, ma d’altro canto lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati sul *quomodo* della loro attuazione⁵⁴⁸. E proprio la nozione di

⁵⁴⁷ L. Condorelli, *Premier protocole additionnel: Article 1*, cit., p. 976.

⁵⁴⁸ Da ricordare che tale discrezionalità sembra parzialmente ridimensionata da alcune recenti tendenze della Corte. Si veda sul punto, per un primo inquadramento *Art. 41*, in S. Bartole, V. Zagrebelsky, P. De Sena, (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2010, p. 704. Le possibili considerazioni critiche circa la discrezionalità e la mancanza di chiarezza con cui la Corte utilizza l’art. 41 Cedu sotto il profilo del risarcimento del danno possono essere anche viste come l’indice del fatto che l’equa riparazione di cui all’art. 41 Cedu funziona come strumento, con un buon grado di discrezionalità, criticabile, della Corte, per “conformare l’ordinamento interno rispetto alle garanzie pattizie, tanto che gli Stati devono, ove necessario, adottare “quelle eventuali misure individuali e generali necessarie ad eliminare in toto le conseguenze dell’illecito”, *Art. 41*, in S. Bartole, V. Zagrebelsky, P. De Sena, (a cura di) *Commentario breve cit.*, p. 704. Sul risarcimento del danno nell’ambito Cedu si veda, per un primo inquadramento: E. Navarretta, *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Annali, 2014, p. 343 ss., E. Bargelli, *Il danno non patrimoniale nel diritto privato europeo*, in E. Navarretta (a cura di) *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010, p. 211 ss.; C. Salvi, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazione sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in “Europa e diritto privato”, n. 2, 2014, p. 517 ss.; S. Ricci, A. Miglino, F. Massoni, L. Di Donna, *Il rango dei diritti inviolabili per equivalente nel sistema del risarcimento dei danni alla persona umana*, in “Responsabilità civile e previdenza”, n. 5, 2012, p.

bene utilizzata dalla Corte Edu, che trascolora, come si è detto, nella protezione di alcuni interessi, apre la questione del rimedio da utilizzare nell'ordinamento interno per eliminare le conseguenze della violazione, soprattutto nei casi in cui di nessun bene si può parlare sul piano dell'ordinamento nazionale, quanto più di interessi tutelati. E allora lo sforzo, che parte della dottrina ha svolto con riguardo al possibile uso del principio di tolleranza⁵⁴⁹, dovrebbe essere quello di comprendere quale rimedio, quali norme del diritto interno devono essere utilizzate per eliminare la violazione; sembrerebbe che talvolta non siano quelle tradizionalmente connesse nell'ordinamento interno alla definizione del regime dei beni⁵⁵⁰. In questo senso si può citare nuovamente il caso delle valli da pesca, nella sua evoluzione. In primo luogo occorre rilevare che lo Stato e la parte privata, nel caso *Valle Pierimpiè c. Italia* sono addivenuti a un “*règlement amiable de l'affaire*” che ha portato alla cancellazione

1760 ss.; S. Praduroux, *La proprietà privata nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo* cit., M. Calogero *I danni alla persona e la Cedu*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa e S. Patti, *I danni ingiusti alla persona*, a cura di M. Fortino, Padova, 2009, p. 336 ss. Tentando, come operazione preliminare ad ogni considerazione, di comprendere quale sia la nozione di danno che la Corte accoglie, ci si scontra con un'ampia discrezionalità che i giudici di Strasburgo si riservano in tale ambito, cui si aggiunge spesso una scarsa – o inesistente – motivazione. A tal proposito si è detto che “quanto alla individuazione del (contenuto del) danno morale non è infrequente che la Corte europea si limiti ad affermare tout-court che il ricorrente nella concreta vicenda ha subito un danno morale senza definirlo o qualificarlo in alcun modo”, M. Calogero, *I danni alla persona e la Cedu*, cit., p. 347. Si rimanda al testo di M. Calogero per un esame puntuale e pressoché esaustivo dei casi. La grande discrezionalità che la Corte si riserva emerge anche da un'istruzione pratica’ (Reperibile all'indirizzo: http://www.echr.coe.int/Documents/PD_satisfaction_claims_ITA.pdf. Data ultima consultazione: 14 luglio 2015), emanata dal presidente della Corte ai sensi dell'articolo 32 del regolamento il 28 marzo 2007. Quello che emerge è certamente un approccio orientato al caso concreto, che accorda al giudice un fortissimo potere discrezionale, difficilmente ammissibile, a parere di chi scrive, anche in un approccio casistico, e che non può essere pienamente giustificato dall'argomento secondo il quale i giudici di Strasburgo operano una interpretazione autonoma della Cedu. Infatti, proprio in ragione del fatto che la Corte è interprete unico della Convenzione – o meglio privilegiato, alla luce della sentenza del 14 gennaio 2015 n. 49, della Corte Costituzionale – una motivazione rigorosa e chiara delle argomentazioni giuridiche che sorreggono la decisione potrebbe essere un modo efficace per auto-limitare il potere discrezionale della Corte, rendere chiara la ratio della decisione, e permetterne la controllabilità in base a parametri chiari, che potrebbero essere elaborati dalla Corte stessa. Una più ampia motivazione delle decisioni sarebbe opportuna anche alla luce dei complessi rapporti fra Cedu e ordinamenti nazionali, e delle difficoltà che si rinvergono rispetto all'armonizzazione dei sistemi.

⁵⁴⁹ A. Dinisi, *Disciplina dei beni e principio di tolleranza nel diritto europeo* cit.

⁵⁵⁰ E infatti, in un caso del tutto analogo a quello di cui si è discusso rispetto al caso della Valle Pierimpiè, la Corte di Cassazione, seppur con argomentazioni diversamente equilibrate rispetto al peso dei principi costituzionali, dichiara la demanialità della Valle Olivara, tenendo esplicitamente conto della giurisprudenza Cedu. Si veda la sentenza Cass. Civ., 22 dicembre 2016, n. 26615, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 8 agosto 2017).

della causa dal ruolo⁵⁵¹. In tale *règlement amiable* la parte pubblica attribuisce in concessione⁵⁵² lo sfruttamento del bene demaniale per ulteriori 20 anni, e ridimensiona notevolmente il *quantum* dell'indennità dovuta dalla parte privata per l'occupazione del bene pubblico. In secondo luogo occorre tenere conto di come in un caso del tutto analogo a quello della Valle Pierimpié, la Corte di Cassazione⁵⁵³, seppur con argomentazioni diversamente equilibrate rispetto al peso dei principi costituzionali rispetto alla sentenza n. 3937 del 2011⁵⁵⁴, dichiara la demanialità di una valle, tenendo esplicitamente conto della giurisprudenza Cedu, e affermando che questa non incide sul carattere demaniale del bene, ma piuttosto sul profilo del riconoscimento di un indennizzo per la mancata considerazione della legittima aspettativa⁵⁵⁵.

E sulla base di tali considerazioni ben si coglie la “dissonanza”⁵⁵⁶ rispetto al diritto interno dell'elaborazione della nozione autonoma di bene elaborata in sede europea, sia dal punto di vista tecnico, come già si è sottolineato, che dal punto di vista teorico, poiché l'operazione che la Corte compie è quella di accordare protezione a interessi patrimoniali che mal si qualificano come beni, ampliando così significativamente l'ambito della tutela, anche oltre i vincoli del testo, per quanto questo sia stato scritto in modo da lasciare ampio spazio all'interpretazione. E se da un punto di vista tecnico il problema può essere declinato riflettendo su quali siano gli strumenti che possono attribuire tutela a quell'interesse dal punto di vista del diritto interno, dal punto di vista teorico con quelle decisioni la Corte si attribuisce il potere di selezionare gli interessi normativamente rilevanti. Si pone allora la questione del ruolo che può svolgere, nel senso di argine, il secondo comma dell'art. 1 Prot. 1 Cedu, secondo cui “le disposizioni

⁵⁵¹ Corte Edu, 1 settembre 2016, ric. n. 46154/11, *Valle Pierimpié società agricola s.p.a. c. Italia*.

⁵⁵² Sugli evidenti problemi che la questione pone sul versante del diritto amministrativo, in relazione alla necessità di procedure di evidenza pubblica in relazione alle concessioni non ci si può soffermare.

⁵⁵³ Cass. Civ., 22 dicembre 2016, n. 26615.

⁵⁵⁴ Si veda per un commento il § 3.2 del capitolo I.

⁵⁵⁵ I Giudici di Legittimità riferendosi alla citata pronuncia *Valle Pierimpié c. Italia* del settembre 2014 affermano che “la Corte Edu non smentisce affatto la demanialità della valle da pesca”, e che invece la pronuncia della Corte Edu potrà fondare un giudizio “sulla dannosità della legittima ingerenza dell'Amministrazione, per avere questa, nel quadro di una lecita richiesta di accertamento e rivendicazione della demanialità del bene pubblico, tuttavia imposto al privato un onere sproporzionato ed eccessivo, non riconoscendo in favore dello stesso alcun indennizzo per la privazione della legittima aspettativa radicatasi nel tempo e non adottando alcuna misura per ridurre l'impatto economico dell'ingerenza”.

⁵⁵⁶ L'espressione è di A. Gambaro, in *Consonanze e dissonanze*, cit.

precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale”⁵⁵⁷.

5. I ‘BENI DELLA VITA’ E LA PERSONA. ALCUNE RIFLESSIONI

Un altro ambito, apparentemente completamente diverso, in cui viene utilizzato il termine ‘bene’ per connotare alcuni interessi è quello della tutela dei diritti della persona⁵⁵⁸. È noto come in relazione a tali diritti molto si sia discusso circa il loro oggetto. La questione può essere letta, anche in questo caso, come attinente all’oggettivazione e alla rilevanza della persona. Se infatti la persona è da alcuni considerata come punto di riferimento oggettivo e soggettivo insieme di questi diritti⁵⁵⁹, secondo altri il loro oggetto è costituito dai “diversi beni di volta in volta tutelati: la vita, l’onore, l’integrità”⁵⁶⁰. Il postulato di quest’impostazione, molto usata anche in giurisprudenza, sta nella oggettivazione di una qualità della persona, del suo

⁵⁵⁷ Ringrazio R. Albanese e A. Dinisi per gli interessanti scambi sul punto.

⁵⁵⁸ Si utilizza volutamente il termine in senso ampio, atto a ricomprendere i tradizionali “diritti della personalità”, così come i diritti della persona tutelati a livello costituzionale, e che vengono utilizzati all’interno del diritto privato.

⁵⁵⁹ Si veda in questo senso P. Vercellone, secondo cui, in ragione del tipo di interesse protetto “per la speciale natura dell’interesse protetto, è proprio la persona a costituire, al tempo stesso che il soggetto titolare del diritto, il punto di riferimento oggettivo del rapporto. Non è già che con questo si pretenda di dividere l’uomo in due aspetti (...); si tratta di accettare semmai il concetto, niente affatto contraddittorio e in tutto aderente alla realtà, di una duplice rilevanza formale dello stesso elemento, in relazione al diverso angolo visuale dal quale volta a volta può procedere l’analisi: *a parte subiecti, a parte obiecti*”, in *Id.*, *Personalità (diritti della)*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1965, p. 1083. In senso critico P. Perlingieri scrive che “Vi sarebbe molto da discutere, specie sotto il profilo dogmatico, sulla bontà dell’argomentazione che oggetto del diritto della persona sia la persona stessa, contemporaneamente soggetto ed oggetto di diritto”, in *Id.*, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 183.

⁵⁶⁰ M. Paradiso, *Corso di istituzioni di diritto privato*⁶, Torino, 2010, p. 118. Scrive l’A. che “i “diritti della personalità” sono quei diritti che tutelano l’individuo nei suoi *beni fondamentali*, come la vita, l’integrità fisica e morale, il nome, etc. Essi competono al singolo in quanto persona umana, per il rispetto che è dovuto a tale qualità, e si acquistano automaticamente”, *Ibidem*, p. 116. Nello stesso senso si veda anche A. De Cupis, secondo il quale “l’ordinamento giuridico ha dunque elaborato, come dato oggettivo, la cosa, ma non l’uomo: rispetto a questo, ha attribuito dignità oggettiva di bene solamente a determinate sue qualità, o attributi, come la vita, l’integrità fisica, l’onore etc. (...). Resta, dunque, confermato che la vita, l’integrità fisica, la libertà, l’onore dell’uomo sono altrettanti suoi beni personali, oggetto di altrettanti suoi diritti della personalità, e non semplici interessi. Interessi sono, invece, le relazioni di utilità esistenti tra ognuno di tali beni e il rispettivo soggetto: relazioni garantite e difese mediante gli stessi diritti della personalità”, in *Id.*, *I diritti della personalità*, Milano, 1982, p. 43.

essere⁵⁶¹, in un bene ad essa esterno, su cui ha un diritto assoluto. In questo senso, almeno sul piano linguistico, sembrerebbe orientata anche quella giurisprudenza⁵⁶² che, per esempio nell'ambito del risarcimento del danno non patrimoniale, definisce come beni la vita⁵⁶³ e la salute⁵⁶⁴, per poi però rilevarne la connessione strettissima con l'esistenza della persona⁵⁶⁵. In alcune pronunce si accostano poi, come se fossero equivalenti, i termini "bene" e "interesse" in relazione alla salute⁵⁶⁶ e all'integrità psicofisica⁵⁶⁷, e si qualifica la vita come bene "intrinsecamente connesso alla persona del titolare"⁵⁶⁸, mentre in altri arresti la vita è considerata "oggetto di un diritto assoluto e inviolabile"⁵⁶⁹. D'altro canto in altre sentenze ci si riferisce, in relazione all'art. 32 Cost., all' "interesse costituzionalmente garantito alla integrità psichica e

⁵⁶¹ Scrive in questo senso P. Rescigno che "il problema che sembra porsi è quello di concepire la "Nei "diritti della personalità" l'interesse da proteggere sembra invero atteggiarsi in maniera diversa da ciò che accade nei diritti cosiddetti patrimoniali, reali o di credito. Nei diritti della personalità il bene che il soggetto mira a difendere o a conseguire non si trova fuori di lui, situato nella realtà del mondo della natura a lui estranea", in *Id.*, voce *Personalità (Diritti della)* in *Enciclopedia giuridica*, 1991, p. 2.

⁵⁶² Occorre però rilevare anche che la giurisprudenza sembrerebbe influenzata anche dalla nozione penalistica di bene, su cui, per un primo inquadramento, e per ciò che qui interessa, si veda S. Pugliatti voce *Beni*, cit.

⁵⁶³ *Ex multis* Cass. Civ., 14 febbraio 2000, n. 1633; Cass. Civ. 16 giugno 2001, n. 8182; 24 febbraio 2003, n. 2775; Cass. Civ. 16 maggio 2003, n. 7632; Cass. Civ. 16 giugno 2003, n. 9620, Cass. Civ. 17 gennaio 2008, n. 870; Cass. Civ. sez. lav., 22 luglio 2008 n. 20188; Cass. Civ. 19 novembre 2009, n. 24432; Cass. Civ., 24 novembre 2009, n. 24679; Cass. Civ. 20 aprile 2012, n. 6273; Cass. Civ. n. 22 luglio 2015, 15350; Cass. Civ. 7 marzo 2016, n. 4379; le pronunce si trovano in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 20 marzo 2017).

⁵⁶⁴ *Ex multis* C. Cost. 27 luglio 1994, n. 372; Cass. Civ. 25 febbraio 1997, n. 1704; Cass. Civ. 12 gennaio 1999, n. 256; 17 novembre 1999 n. 12756; Cass. Civ. 16 giugno 2001, n. 8182; Cass. Civ. 11 novembre 2003, n. 16946; Cass. Civ. 19 agosto 2003, n. 12124; Cass. Civ., 23 febbraio 2004, n. 3549; Cass. Civ. 20 ottobre 2005, n. 20323; Cass. Civ., 12 giugno 2006, n. 13546; Cass. Civ. 30 ottobre 2007, n. 22884; Cass. Civ. 16 settembre 2008, n. 23725; Cass. Civ. 13 dicembre 2012, n. 22896; Cass. Civ. 20 febbraio 2015, n. 3374; le pronunce si trovano in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 20 marzo 2017).

⁵⁶⁵ In questo senso si legge in una pronuncia che la salute è la "qualità biologica dell'essere umano", Cass. Civ., 24 novembre 2009, n. 24679. Nello stesso senso, *ex multis*, Cass. Civ. 10 maggio 2016, n. 9367; le pronunce si trovano in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 20 marzo 2017).

⁵⁶⁶ Cass. Civ., 9 febbraio 2010, n. 2847, in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 20 marzo 2017).

⁵⁶⁷ Cass. Civ., 3 febbraio 2011, n. 2557, in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 20 marzo 2017).

⁵⁶⁸ Cass. Civ., 9 maggio 2011, n. 10107, in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 20 marzo 2017).

⁵⁶⁹ Cass. Civ. 23 gennaio 2014, n. 1361. Al termine interessi si riferisce anche Cass. Civ. Sez. Un. 11 novembre 2008, n. 26972. Le pronunce si trovano in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 20 marzo 2017).

fisica della persona”⁵⁷⁰, alla salute “come modo di essere della persona umana”⁵⁷¹ e più in generale a “valori inerenti alla persona”⁵⁷².

Se in giurisprudenza vi è una certa confusione circa le categorie da utilizzare, in dottrina si è criticata la tendenza⁵⁷³ all’oggettivazione, anche in ragione del tributo che tale costruzione deve a quella del diritto di proprietà⁵⁷⁴. Si è dunque affermata la necessità di costruire “una visione dinamica e relazionale incentrata sul soggetto in quanto persona e sull’autodeterminazione soggettiva come potere di controllo sulle modalità di costruzione della propria sfera intima, quale premessa della partecipazione alla sfera pubblica e della creazione di relazioni sociali «libere»”⁵⁷⁵. Nel solco di tale impostazione la posizione che costruisce normativamente dei beni, oggettivando delle qualità che l’ordinamento tutela come parte della persona, e che questa ha diritto di vedere tutelate, come la salute o l’integrità fisica, può essere criticata, sulla base della considerazione per cui l’interesse da proteggere, “inerisce alla persona medesima, alla sua individualità fisica, o alla sua esperienza di vita morale e sociale”⁵⁷⁶. A ben vedere quello che si può revocare in dubbio è la possibilità stessa che tali diritti abbiano ad oggetto dei beni, logicamente e normativamente distinti dalla persona stessa, e d’altro canto che la persona possa divenire titolare di sé stessa. Il rischio teorico della prima impostazione è quello della reificazione della persona, mentre la seconda porta con sé il rischio di perdere il legame fra tali diritti e lo statuto costituzionale della persona, così come di operare una distinzione fra corpo e mente, quanto meno non attuale⁵⁷⁷.

⁵⁷⁰ Cass. Civ. 31 maggio 2003, n. 8828 in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 20 marzo 2017).; anche in tale pronuncia è presente il riferimento all’interesse.

⁵⁷¹ Cass. Civ. Sez. Un. 6 ottobre 1979, n. 5172.

⁵⁷² Cass. Civ. 31 maggio 2003, n. 8828; C. Cost. 11 luglio 2003, n. 233. Si veda la nota di E. Navarretta, *La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri»* in “Il foro italiano”, I, 2003.

⁵⁷³ Scrivono G. Amadio e F. Macario che “va pertanto abbandonata la tradizionale concezione che configura l’oggetto dei diritti della personalità come un diritto, su sé stesso o sul proprio corpo, in termini di “bene” esterno al soggetto e secondo la quale gli interessi concernenti la personalità (...) sarebbero beni che il soggetto possiede e sui quali esercita un potere di godimento”, in *Id.*, *Diritto civile. Norme, questioni, concetti. II*, cit., p. 137. Si veda anche N. Lipari, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in “Rivista di diritto civile”, I, 1996, p. 417.

⁵⁷⁴ Si vedano in questo senso: G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile*, cit., p. 137, L. Bigliuzzi Geri, voce *Interesse legittimo*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1993.

⁵⁷⁵ G. Amadio, F. Macario, *Diritto civile*, cit., p. 137.

⁵⁷⁶ P. Rescigno, voce *Personalità (Diritti della)*, cit., p. 2.

⁵⁷⁷ Sul punto sia concesso il rimando al mio *Transessualismo e identità di genere. La rettificazione del sesso fra diritti della persona e interesse pubblico*, in “Europa e diritto privato”, n. 1, 2017.

La *ratio* dei diritti della persona, se si concepiscono come aventi ad oggetto dei beni, rischia di diventare la tutela di ‘valori oggettivi’, esterni al concreto sviluppo della personalità di ciascuno. Prendere sul serio il principio personalista che connota il tessuto costituzionale potrebbe portare con sé anche una rimeditazione della struttura stessa di tali diritti in ragione del dettato dell’art. 2 Cost., e al principio di uguaglianza di cui all’art. 3, primo e secondo comma, costituzionale. Il riferimento alla persona – anche – nella sua individualità, e ai diritti⁵⁷⁸ che lo svolgimento della personalità di ciascuno rendono possibile⁵⁷⁹, può portare con sé la necessità di declinare in senso soggettivo di tali diritti. Dal punto di vista della struttura dei diritti allora, questi non dovrebbero essere considerati come diritti con ad oggetto un bene, ma piuttosto come diritti di libertà – non soltanto negative –, che tutelino il singolo dalle lesioni dei terzi⁵⁸⁰.

6. BENI GIURIDICI E REGOLE FRA OGGETTIVAZIONE E PERSONA

Come si è tentato di mettere in luce, ricercare una nozione di ‘bene giuridico’ porta con sé una certa complessità. Si può però tentare di svolgere qualche considerazione conclusiva. Ci si è persuasi nel corso dell’analisi che un criterio discriminante sia quello dell’oggettivazione, cui si accosta un’indagine, in concreto, circa la separatezza dell’entità che si vuole definire come bene dalla persona. Come si è avuto modo di dire più diffusamente nel paragrafo 3.4, tale separatezza, se è massima con riferimento all’art. 810 cod. civ. e alla disciplina in materia di proprietà, con riguardo ai beni di cui all’art. 2740 cod. civ. è di diverso grado, in quanto il dato normativo oggettivizza, seppur ai fini delle norme a tutela della garanzia patrimoniale generica, anche dei diritti – come i diritti di credito –, che coinvolgono la persona. In questo quadro si colloca l’interpretazione autonoma dell’art. 1 Prot. 1 Cedu; le notazioni critiche investono la considerazione di interessi come beni, poiché l’oggettivazione dei primi non è ricavabile da un dato normativo, né convenzionale né di diritto interno, e crea

⁵⁷⁸ Sul tema della garanzia si veda in ambito giusprivatistico D. Messinetti, voce *Personalità (Diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1983.

⁵⁷⁹ Con ciò non si vuol dire che da tali diritti non possano derivare dei beni giuridici, per esempio lo sfruttamento dell’immagine attraverso una serie di fotografie di una persona famosa. Ma per tale ‘creazione’ di beni giuridici è necessario un atto di disposizione della persona. Si veda sul punto e in questo senso D. Messinetti, voce *Personalità (Diritti della)*, cit., § 31.

⁵⁸⁰ Si tratterà più diffusamente della questione nel capitolo III.

una duplicazione dei 'beni', in molti casi quello materiale e l'interesse stesso, rendendo difficile un coordinamento fra i due. Lo sforzo dovrebbe allora essere quello, nell'ordinamento interno, di non dare per assunta tale operazione, tentando invece di continuare a considerare gli interessi tali, e di rinvenire la forma più adeguata di protezione in norme dell'ordinamento interno che non sono necessariamente quelle proprietarie. Quest'operazione sembra possibile dagli artt. 41 e 46 Cedu, come si è tentato di porre in luce nel paragrafo 4.

Un nodo centrale dell'analisi è distinguere fra ciò che può essere considerato a prescindere dalla persona, dalle attività che questa compie e dalle sue qualità, rispetto a ciò che da essa è indipendente⁵⁸¹ o da cui ha acquisito indipendenza. La necessità di operare tale distinzione si pone non solo da un punto di vista teorico, né unicamente da un punto di vista pratico, aspetti su cui ci si è soffermati nel paragrafo 3.3, ma si può leggere anche nella chiave della prospettiva costituzionale, e del personalismo, come affermazione della soggettività della persona fisica. E allora è chiaro che, seppur non si possono ignorare, pena la mancata comprensione della realtà economica e sociale in cui il diritto opera, le tendenze di oggettivazione che derivano dalla sempre maggior espansione del mercato come processo che struttura le relazioni, attraverso l'attribuzione di un valore di scambio, determinabile in un modo che può almeno in parte prescindere dalla considerazione dell'entità che è oggetto dello scambio, tali tendenze non possono essere utilizzate come unico criterio di qualificazione del bene in senso giuridico, ma possono essere considerate come indici di oggettivazione giuridica. Tale considerazione, se si giustifica sul piano del diritto civile *in primis* in base alla distinzione che il codice civile opera fra diritti di credito e diritti reali, sul piano teorico trova il suo fondamento nella considerazione per cui è opportuno invece considerare anche i caratteri – sempre giuridicizzati – dell'entità oggetto di scambio. Questo non significa riferirsi ad un'ontologia dei beni da un punto di vista naturalistico, ma nondimeno rende opportuno considerare quando, come e a che fini è possibile affermare la prevalenza della dimensione oggettiva rispetto a quella personale che l'entità considerata porta con sé. Nel concepire tale indagine, occorre

⁵⁸¹ Scrive a tal proposito A. Gambaro che può essere considerato bene ciò che “sia identificabile oggettivamente mediante procedure che rendono interpersonalmente validi gli esiti dell'operazione conoscitiva”, in *Id., I beni*, cit., p. 82.

porre un'attenzione particolare e minuziosa nell'esame dei dati normativi – come si è cercato di fare rispetto all'interpretazione dell'art. 177, I comma, lett. a) – che sempre più spesso costituiscono l'entità che viene oggettivata, e considerare quanto e come, oggettivando una determinata entità, si rischi di oggettivare dei profili inestricabilmente connessi con la soggettività della persona, operazione questa sottoponibile a critica per i motivi già esposti, che portano anche a criticare la tendenza a rendere beni quelli che sono interessi non patrimoniali della persona, come la salute, condizione necessaria per lo sviluppo della sua personalità.

Alla luce di quanto detto la nozione di bene assume una triplice valenza, descrittiva, prescrittiva e performativa. Se, come ogni categoria, quella di bene ha un valore descrittivo e altrimenti non potrebbe essere, in quanto permette di creare un linguaggio attraverso cui dire il diritto, d'altro canto ha una valenza prescrittiva nel senso che si è tentato di chiarire nel corso dell'indagine, quello di permettere l'applicazione di determinate norme, quelle del libro III, quando il grado di oggettivazione è massimo, e dunque quanto si tratti di un'entità che non inerisce la persona. Quando si guarda alla categoria in senso più ampio un limite sembra essere quello dell'impossibilità di sciogliere alcuni elementi soggettivi e personali nell'oggettività di un 'bene'; un'indagine circa tale aspetto andrà svolta in concreto per comprendere se sia possibile un'oggettivazione che non porti con sé il risultato della reificazione della persona, o dell'incompatibilità dell'oggettivazione con la soggettività, per poi includere, o escludere una data entità dal novero dei beni in senso generale; questo limite può operare anche ai fini di costruire una disciplina che scongiuri tali rischi, come avviene in materia di cessione del credito. Così definita la categoria, attraverso dei confini mobili, poiché il diritto è una scienza pratica, si tratterà poi di capire – come si è cercato di fare con riguardo all'art. 177, I comma, cod. civ., quali entità possono esservi ricomprese, al fine di applicare una norma, o gruppi di norme. In una prospettiva funzionalistica, si può partire dalle utilità che, attraverso un dato regime, l'ordinamento rende oggetto di fruizione, e dagli interessi che si vogliono tutelare. Questo per comprendere se è possibile svolgere un'interpretazione estensiva o analogica delle singole norme.

Con riguardo alla valenza performativa della nozione di bene, si può osservare come questa richiami alla mente del giurista che la utilizza quella di proprietà, e di proprietà

esclusiva, come emerge dalla dottrina che ha guardato criticamente ai ‘beni della vita’. Nel solco di tali considerazioni può essere opportuno trovare altre formule per definire le garanzie che circondano la persona.

7. BENI COMUNI E BENI GIURIDICI

La ricerca che si è svolta in questo capitolo prende le mosse da tre rilievi rispetto alle riflessioni in materia di beni comuni. Il primo è quello per cui le posizioni sul punto, seppur non certo omogenee fra loro, sono accomunate dalla ricerca di un rapporto fra le utilità e il soggetto che non sia affidato ad un ‘diritto di escludere’, in cui si privilegi l’aspetto del godimento, della fruizione. Il secondo rilievo è quello per cui alcune riflessioni⁵⁸² affermano la necessità di superare la distinzione fra soggetto e oggetto, o comunque di ripensarla; il terzo è quello per cui parte della dottrina qualifica come beni “la salute” e altri “beni della vita”. Si considereranno questi aspetti alla luce dell’indagine che si è svolta in questo capitolo.

Nel corso dell’indagine è emerso che, sebbene parte della dottrina tradizionale in materia di beni tenda ad individuare come unico criterio di qualificazione dei beni in senso giuridico quello dell’appropriabilità in via esclusiva⁵⁸³, di contro, nulla osta a considerare come beni anche entità che prevedano un’appropriabilità o una circolazione limitata, come avviene d’altro canto per i beni demaniali. A tal proposito si ricorda che ai fini della costruzione del regime del bene, “non è la cosa con le sue caratteristiche naturali ad essere presa come base per la valutazione ma, stante la situazione socio-economica, sono le possibili utilizzazioni della cosa stessa che assumono un ruolo centrale nella valutazione della legittimità della norma”; queste possibili utilizzazioni ben possono giustificare “diversi beni, diversi interessi, diverse tutele, diritti diversi”⁵⁸⁴.

Semberebbe dunque possibile, alla luce di quanto detto, che l’indice di oggettivazione – e il criterio di qualificazione – che permette di qualificare un’entità come bene in senso giuridico possa anche non essere soltanto quello dell’appropriazione in via esclusiva, né quello della patrimonialità, intese in senso stretto, ma criteri diversi,

⁵⁸² Si veda il § 2.7 del capitolo I.

⁵⁸³ *Supra*, § 2.4.1.

⁵⁸⁴ A. C. Nazzaro, *Nuovi beni fra funzione e dogma*, in “Contratto e impresa”, n. 4-5, 2013.

come avviene per i beni demaniali. Tale considerazione è particolarmente rilevante se si considera che attraverso la costruzione del bene in senso giuridico si selezionano gli interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, definendo quali usi del bene sono permessi e tutelati a livello giuridico. Il criterio di qualificazione del bene si connette così alle possibilità di uso, parimenti legato alle utilità e agli interessi – e ai bisogni – che il bene può soddisfare.

Sulla scorta di tali considerazioni occorre superare le perplessità che sono state espresse da parte della dottrina circa la possibile qualificazione dei 'beni comuni' come beni giuridici⁵⁸⁵, e invece accogliere la prospettiva di chi afferma che “affinché un'entità possa rientrare nella categoria dei «beni comuni» è necessario che soddisfi prioritariamente la nozione di bene giuridico”⁵⁸⁶. Con riguardo a tale nozione, gli indici idonei a stabilirne i confini non sembrano essere né unicamente l'appropriabilità del bene né soltanto il carattere della patrimonialità, bensì l'esistenza di un indice di oggettivazione, con il limite dell'impossibilità di considerare la persona in quanto tale, le sue qualità o anche attività alla stregua di mere cose, intese come porzioni di realtà indipendenti dall'uomo.

Ciò permette di assumere criticamente gli orientamenti che tendono a considerare gli interessi della persona tutelati a livello costituzionale come 'beni' prima e come beni comuni poi. Il problema che tale impostazione porta con sé, proprio in ragione della dipendenza di tale supposto bene dalla persona, e da una molteplicità non numerabile di persone, è quello di rendere difficilmente operativa la categoria di bene comune rispetto al regime dei beni-cose, che sono invece oggetto di appartenenza. Se infatti la salute o un altro diritto fondamentale, o anche un bisogno fondamentale è considerato un bene, diviene complesso, da un punto di vista logico e concettuale, porlo in

⁵⁸⁵ In tal senso F. Piraino, secondo il quale: “e altrettanto sconsigliabile pare l'uso tecnico del termine «bene» per designare entità i.c.d. beni comuni, che strutturalmente si ambirebbe a sottrarre al circuito della circolazione, istituendole come risorse liberamente accessibili a chiunque nutra un interesse al loro uso”, in *Id.*, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, cit., p. 491. Di segno diverso le riflessioni di A. Iuliani, secondo il quale andrebbe 'ristretta' la categoria dei beni comuni a quelle entità che sono beni giuridici. Scrive l'Autore che: “affinché un'entità possa rientrare nella categoria dei «beni comuni» è necessario che soddisfi prioritariamente la nozione di bene giuridico. E allora, (...) andrebbero viceversa escluse, quantomeno nella ristretta accezione civilistica – tutte quelle realtà in cui il soddisfacimento dell'interesse del soggetto avviene secondo dinamiche relazionali piuttosto che in un rapporto diretto di godimento con un'entità individuata”, in *Id.*, *Prime riflessioni in tema di beni comuni* cit., p. 622.

⁵⁸⁶ A. Iuliani, *Prime riflessioni in tema di beni comuni* cit., p. 622.

relazione con il regime del bene-cosa, che racchiude un rapporto fra gli interessi che sulla cosa insistono e le utilità che possono soddisfarli. Inoltre, considerando che l'appropriazione esclusiva, seppur variamente modulata, è il modo principale di strutturare il rapporto fra i soggetti e i beni, considerare l'attività o le qualità, o le energie della persona come beni comporta il rischio di una loro reificazione, all'interno di regimi profondamente segnati dalla vocazione alla circolazione.

Potrebbe allora essere più utile riflettere sulla possibilità di una riconduzione dei 'beni della vita', dei beni che ineriscono alla persona, alla nozione di *interesse*, per comprendere se e come questi possono incidere sul regime dei beni-cose, specie se tali beni della vita appaiono dotati di rilevanza costituzionale, e tutelati nella forma del diritto fondamentale⁵⁸⁷. La riflessione che si è svolta in questo capitolo permette di accostare tali interessi alla nozione di bene-cosa, che come si è messo in luce non riguarda una singola utilità del bene, ma anzi segna l'esistenza di diversi usi possibili. In questa prospettiva rimangono attuali le parole di Salvatore Romano, secondo cui rispetto ai beni "sorge un problema, per così dire, di distribuzione della somma di tutti i poteri di disposizione e di esercizio, di un frazionamento di essi tra ordinamenti privati diversi e quello stesso dello Stato"⁵⁸⁸. Scriveva ancora l'Autore che "utilizzazione, esercizio, disposizione in ordine alle *res* possono essere aspetti fondamentali in una configurazione dei rapporti con le cose più consone alla considerazione dei molti interessi che convergono su una stessa cosa"⁵⁸⁹. In questa prospettiva non si può ignorare che "la Costituzione prefigura regimi diversi per i beni che servono al libero sviluppo della personalità, al soddisfacimento di bisogni essenziali, allo svolgimento dell'iniziativa economica, e così via, riconoscendo che il soggetto privo di beni è destinato a un'esistenza precaria, se non effimera"⁵⁹⁰.

Sulla base di tali considerazioni si tratterà di capire, nel capitolo III, se i diritti fondamentali possano giocare un ruolo nella determinazione del regime di alcuni beni.

⁵⁸⁷ Certo, come si è visto, la questione non è semplice e il piano oggettivo sembra spesso coesistere al piano soggettivo; il primo permette di considerare congiuntamente l'esistenza di una molteplicità di interessi singolari; la nozione di interesse d'altro canto permette meglio al carattere relazionale e inter-soggettivo di emergere.

⁵⁸⁸ S. Romano, *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1955, pp. 1021- 1022.

⁵⁸⁹ *Ibidem*.

⁵⁹⁰ G. Amadio, F. Macario (a cura di), *Diritto Civile. Norme, questioni, concetti*, vol. II, cit., p. 336.

CAPITOLO III

BENI GIURIDICI E SODDISFACIMENTO DI INTERESSI COSTITUZIONALMENTE TUTELATI

Interessi collettivi, interessi diffusi, interessi comuni (...) non sono altro che figurazioni della nuova incertezza sul rapporto fra società e individuo (...): chi avrebbe messo in dubbio cinquant'anni orsono l'immediato riferimento allo Stato degli interessi non individuali?

G. Berti, *In una causa con l'Enel, la Cassazione mette in penombra lo Stato di diritto*, 1979

Il volto del diritto privato e della carta costituzionale mutano vicendevolmente, allontanandosi dai modelli ottocenteschi, ma non già per approdare a una consacrazione dei potentati di fatto, bensì in funzione di argine a (...) nuove tirannie.

U. Breccia, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, 1984

1. Premessa – 2. Diritti inviolabili fra profilo soggettivo e profilo oggettivo – 2.1. La prospettiva dell'unità: i valori – 2.2. I titolari dei diritti fondamentali. La prospettiva della molteplicità – **3. Diritti fondamentali e uso dei beni. Un primo percorso** – 3.1. Uso dei beni e diritto alla salute – 3.2. Un caso in materia di esercizio della libertà religiosa – 3.3. Gli art. 9 e 33 cost. e l'interpretazione dell'art. 842 cod. civ. – 3.4. Alcune riflessioni a partire dalle ipotesi esaminate – 3.5. Un ruolo per la funzione sociale della proprietà – 3.6. Uso dei beni e interessi costituzionalmente protetti – **4. Interessi, utilità o beni comuni?**

1. PREMESSA

In questo capitolo, seguendo l'impostazione di parte della dottrina che si è occupata del tema dei 'beni comuni'⁵⁹¹, e della Commissione Rodotà⁵⁹² si cercherà di sviluppare la prospettiva che connette diritti fondamentali e beni immobili, tentando di leggere il diritto dei beni allargando il contesto⁵⁹³ delle norme rilevanti ai fini della sua

⁵⁹¹ Su cui si veda il § 2 del capitolo I.

⁵⁹² Su cui si veda il § 3.1. del capitolo I.

⁵⁹³ Sul rapporto fra diritto privato e diritti fondamentali molto è stato scritto; per un primo inquadramento rispetto alla fase della cd. "costituzionalizzazione del diritto privato" si veda U. Breccia, *Problema Costituzionale e sistema privatistico*, in "Rivista critica del diritto privato", n. 4, 1984, ora in *Id., Immagini del diritto privato*, Vol. 1 *Teoria generale, fonti, diritti. Scritti di Umberto Breccia*, Torino, 2013, pp. 77 ss.; G. Lombardi, *Potere Privato e diritti fondamentali*, cit.; E. Navarretta, *Diritto*

interpretazione e ri-costruzione, includendovi anche i diritti fondamentali, e gli interessi della persona costituzionalmente tutelati. In questa prospettiva, se una delle funzioni della nozione di beni comuni è quella di rompere “la «immunizzazione» che la proprietà può offrire al titolare del bene verso gli altri individui e verso la collettività”⁵⁹⁴, l’indagine che si svolge in questo capitolo parte dall’intuizione di chi, non pochi anni fa, ha riflettuto sul significato dell’esclusività del dominio, affermando che questo “dovrebbe significare, innanzi tutto, possibilità di tenere i terzi lontani dalla sfera del godimento a livello decisionale in ordine alle scelte circa l’utilizzazione del bene”⁵⁹⁵, per concludere che, allora, occorre ragionare attorno alla possibilità di costruire “forme di “ridistribuzione” dei poteri decisionali aperte all’intervento dei terzi”⁵⁹⁶. Si cercherà di esplorare l’ipotesi di lavoro secondo cui per quanto riguarda le utilità di un bene funzionali all’esercizio dei diritti fondamentali e al soddisfacimento di interessi protetti a livello costituzionale si possano individuare più titolari di situazioni soggettive diverse⁵⁹⁷. Nello svolgere questa riflessione, ci si

civile e diritto costituzionale, in “Rivista di diritto civile”, n. 5, 2012. Il tema è stato di recente oggetto di una rinnovata attenzione, e in particolare si è affrontato il tema in relazione alla *Drittwirkung*. Si segnalano: M. R. Morelli, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in “Giustizia civile”, n. 2, 1999, p. 3 ss.; C. Favilli, C. Fusaro, *The Protection of Constitutional Rights in the Private Sphere*, in D. Oliver, J. Fedtke *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Routledge-Cavendish, 2007; A. Gentili, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in “La nuova giurisprudenza civile commentata”, n. 1, 2016. Scrive Gentili che “la storia recente conosce anche, con crescente frequenza, conflitti tra privati in cui appaiono coinvolti diritti fondamentali. A volte unilateralmente. Più spesso da entrambi i lati. Ci si chiede perciò se i diritti fondamentali possano o debbano essere considerati elemento di soluzione di controversie di questo tipo”, *Ibidem*. In senso critico si veda J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Parigi, 2° ed., 2013, pp. 166 ss. Con un’impostazione che guarda al diritto europeo si vedano: E. Navarretta, *Libertà fondamentali dell’U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in “Rivista di diritto civile”, n. 4, 2015; O. O. Cherednychenko, N. Reich, *The constitutionalization of european private law: Gateways, Constraints, and Challenges* in “European review of private law”, vol. 23, n. 5, 2015. Le riflessioni sui diritti fondamentali si intersecano strettamente con quelle sui metodi attraverso cui interpretarli; si veda anche R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna 2012, (del 1994 la prima edizione del testo in lingua originale), pp. 101 ss.

⁵⁹⁴ M. Bombardelli, *La cura dei beni comuni come via di uscita dalla crisi*, in *Id.*, (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni*, cit., p. 26.

⁵⁹⁵ L. Bigliuzzi Geri, *Divagazioni su tutela dell’ambiente ed uso della proprietà*, in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1988, p. 1175.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 1176. In tal senso si veda anche la posizione di S. Rodotà, che è stata presa in esame nel capitolo I, § 2.2, e che già emergeva in scritti più risalenti dell’A., come *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, nn. 5-6, 1976-77.

⁵⁹⁷ Per una riflessione sulla nozione di ‘bene’ nel diritto privato si veda il cap. II.

chiede perciò se i diritti esclusivi sui beni possano risultare conformati dai diritti fondamentali, non nel senso di un'espropriazione del bene a beneficio del soggetto pubblico, bensì in quello di una ridefinizione dei regimi, di un loro riposizionamento rispetto al soddisfacimento di interessi costituzionalmente tutelati⁵⁹⁸, e alle prerogative sul bene che in base a questi si possono ricostruire.

Per svolgere quest'indagine sono da considerare in primo luogo le argomentazioni che portano ad affermare la rilevanza dei diritti fondamentali rispetto al diritto privato, con una particolare attenzione per il ruolo che la dimensione del 'collettivo' svolge nelle diverse ricostruzioni. In secondo luogo si guarda al possibile modo di operare dei diritti fondamentali rispetto al diritto dei beni. A tal fine si è scelto di considerare due *iter* argomentativi, l'uno fondato su una reinterpretazione dei rimedi civilistici esistenti in ragione dell'influenza dei diritti fondamentali, e l'altro sulla funzione sociale della proprietà.

2. DIRITTI INVIOLABILI FRA PROFILO SOGGETTIVO E PROFILO OGGETTIVO

È opportuno ora guardare alle possibili scelte argomentative nell'applicazione e nell'interpretazione dei diritti fondamentali. Tali diritti possono essere visti sotto un duplice punto di vista, come interessi della collettività tutta, oppure come riferibili ai singoli componenti di questa. A tal proposito si sono individuate due diverse prospettive, da una parte quella che pone l'attenzione sul piano dei valori oggettivi che l'ordinamento protegge⁵⁹⁹ e dall'altra quella che guarda ai titolari dei diritti e dunque alle prerogative dei singoli. Si svolgeranno alcune considerazioni in proposito, in particolare in relazione alle possibili diverse conseguenze interpretative che le due impostazioni portano con sé.

⁵⁹⁸ Si è ben consapevoli dell'esistenza e della complessità della disciplina amministrativistica che disciplina il regime di alcuni beni. Quello che si vuole però comprendere con quest'indagine sono le possibili prerogative dei singoli non proprietari e titolari di interessi della persona costituzionalmente protetti rispetto agli usi di beni immobili, che possano essere articolate attraverso gli strumenti del diritto privato, anche se nella consapevolezza della sua complementarietà, in alcuni ambiti, rispetto alla disciplina amministrativistica in materia.

⁵⁹⁹ In questo senso vi è che ricorda che "già l'asserzione, a prima vista così semplice, come quella per cui i diritti fondamentali sarebbero, da un lato «diritti individuali» e, dall'altro, «principi oggettivi», presenta problemi se meglio osservata", R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 54.

2.1. La prospettiva dell'unità: i valori.

Parte della dottrina pone il carattere oggettivo dei valori contenuti nel testo costituzionale a fondamento dell'applicazione dei diritti fondamentali nel diritto privato. Tale posizione è efficacemente riassunta da Giorgio Lombardi: i diritti fondamentali sono considerati “valori assoluti posti a base di un nuovo tipo di convivenza politica, e allora non possono che essere unitari nella loro portata: essi si dirigono quindi sia verso lo Stato, sia nei confronti degli individui, nel quadro dei reciproci rapporti che caratterizzano il fluire delle relazioni fra consociati nell'ambito della società civile”⁶⁰⁰. Quest'approccio è debitore delle riflessioni e della giurisprudenza tedesche⁶⁰¹; è proprio il riferimento ai valori infatti, che ha portato la Corte federale tedesca, a partire dal noto caso Luth del 1958⁶⁰², ad affermare l'applicazione orizzontale dei diritti fondamentali. Il giudice tedesco ha “justifié le développement de nombreuses obligations d'intervention de l'Etat non prévues initialement dans le texte constitutionnel en se fondant sur le caractère objectif des droits”⁶⁰³.

⁶⁰⁰ G. Lombardi, *Potere Privato e diritti fondamentali*, cit., p. 54.

⁶⁰¹ Si vedano, per un primo inquadramento C. Starck *Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court* in D. Friedmann, F. Barak-Erez (a cura di) *Human Rights in Private Law*, cit. pp. 97 ss.; A. Heldrich, G. M. Rehm, *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses* in D. Friedmann, F. Barak-Erez (a cura di) *Human Rights in Private Law* cit.; M. Colombine *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Parigi, 2014, pp. 40 ss. Un'impostazione simile è affermata anche da parte della dottrina e della giurisprudenza spagnole; si veda sul punto F. J. Ansuategui Roig *L'autonomia presa sul serio*, in I., Belloni, T. Greco, L. Milazzo (a cura di) *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol. II, Torino, 2016. Il riferimento ai valori si rinviene anche in ambito francese; scrive sul punto J. Rochfeld che “pour les tenants de l'École dite «objectiviste», il faudrait davantage se référer à un critère substantiel c'est-à-dire à la substance du droit, aux valeurs qu'il traduit”, *Ead., Les grandes notions du droit privé*², Parigi, 2013, p. 171.

⁶⁰² Per una traduzione in lingua inglese e un commento, si veda D. P. Kommers e R. A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham-Londra, 2012 pp. 442 ss.

⁶⁰³ M. Colombine *La technique des obligations positives* cit., p. 40 ss. Con parole pressoché identiche è descritta l'argomentazione della Corte in R. Ellger *The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law*, in D. Friedmann, F. Barak-Erez (a cura di) *Human Rights in Private Law* cit. Il dibattito dottrinale nonché i diversi indirizzi giurisprudenziali hanno riguardato l'efficacia diretta o indiretta dei diritti fondamentali. La prima posizione è stata sostenuta in particolare da Nipperdey, ed accolta dalla Corte che egli presiedeva. Sul punto si veda A. Heldrich, G. M. Rehm, che scrivono “the president of the Federal Labour Court Nipperdey, foremost among many prominent scholars, led those arguing that fundamental rights do not bind only the government with respect to its citizens, but also bind parties in private law relationships. With Nipperdey at the helm, the Federal Labour Court applied this concept, the so-called theory of direct impact on third parties (Theorie der unmittelbaren Drittwirkung), in several of its decisions”, in *Id., Importing Constitutional*

Guardando alla dottrina costituzionalistica, l'approccio fondato sui valori nasce come critica al formalismo⁶⁰⁴ ed è strettamente connesso alla riflessione sul mutamento del concetto di sovranità. In tal senso si è affermato che “il capovolgimento ricercato dalla dottrina costituzionalistica della seconda metà del XX secolo consiste nella sostituzione del fondamento di valore al fondamento di autorità”⁶⁰⁵. E infatti la riflessione critica investe l'impostazione secondo cui “l'origine di tutto il diritto oggettivo sta nell'autorità statale o, più precisamente, nello Stato-persona, alla cui volontà, inequivocabilmente unitaria e indivisibile, risalgono le distinte «manifestazioni» costituenti il diritto oggettivo”⁶⁰⁶, e dunque anche l'istituzione, la garanzia e la tutela dei diritti e delle libertà dei singoli, dei “diritti pubblici soggettivi”⁶⁰⁷. L'elemento da cui tali riflessioni intendono allontanarsi è la concezione dello Stato-persona come sovrano, la cui volontà si traduce nella legge, cogente ed imperativa perché presidiata dalla forza⁶⁰⁸. Secondo questa ricostruzione però i valori

Values through Blanket Clauses Court in D. Friedmann, F. Barak-Erez (a cura di) *Human Rights in Private Law* cit. Discute in senso critico tale impostazione G. Lombardi, *Potere Privato e diritti fondamentali*, cit., p. 78- 79. Rispetto all'efficacia indiretta, si veda R. Ellger *The European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms and German Private Law*, in D. Friedmann, F. Barak-Erez (a cura di) *Human Rights in Private Law* cit. In ambito italiano, nel 1970 G. Lombardi descriveva così l'efficacia orizzontale: “Il punto di partenza è questo: l'art. 1 Abs. 1 del Grundgesetz affermando il fondamentale principio normativo della garanzia della “dignità umana” (...) non si limita a stabilire un dovere, negativo, avente come contenuto l'astensione da violazioni della dignità umana e dei diritti fondamentali che vi sono collegati, ma pone un dovere di protezione e di tutela nei confronti dei valori che proprio i diritti fondamentali ed il concetto normativo di Menschenwürde pongono a base dell'ordinamento. Da ciò deriva – coerentemente – che mentre la Costituzione, a livello normativo specifica e variamente estende, articolandone la portata nei diversi diritti fondamentali, il complesso di valori sotteso dalla Menschenwürde, assicurandone quindi specificamente la tutela, così quest'ultima, garantita nei confronti dello Stato, deve anche essere salvaguardata, ad opera dello Stato, contro i singoli privati o le collettività sociali, ogni qual volta i valori espressi dai diritti fondamentali risultano aggrediti, al di fuori del rapporto Stato-cittadino, e precisamente nel campo del diritto privato. Proprio a questo punto si manifesta, nettissimo, il rilievo assunto dalle clausole generali di diritto privato, come strumenti normativi idonei a venir “colmati” per così dire attraverso il contenuto dei valori tipici dei diritti fondamentali, che, quindi trovano in esse il veicolo della loro operatività nel campo del diritto privato”, in *Id.*, *Potere Privato e diritti fondamentali*, cit., p. 68 - 69.

⁶⁰⁴ A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, in “Politica del diritto”, n. 4, 1991. In senso critico si veda A. Pace, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *costituzionalismo.it*, consultabile all'indirizzo: <http://www.costituzionalismo.it/docs/interpretazionevalori.pdf> (ultima consultazione: 4 maggio 2017).

⁶⁰⁵ G. Silvestri, *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, p. 71.

⁶⁰⁶ A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., p. 646.

⁶⁰⁷ A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, cit. p. 646.

⁶⁰⁸ Scrive a tal proposito G. Silvestri che “la stessa formula weberiana dello Stato monopolista legale della forza non può più essere adoperata per affermare la sovranità dello Stato”, in *Id.*, *Lo Stato senza*

costituzionali fondano l'ordinamento, e dunque non possono che dover essere "onnicondivisi", perché posti al vertice, sul piano della gerarchia delle fonti così come su un piano politico, e nella riflessione di parte della dottrina sono lo strumento per la costruzione dell'unità dell'ordinamento nel contesto della democrazia pluralista⁶⁰⁹. Quello che si vuole mettere in luce è che il riferimento a 'valori condivisi' pare essere utilizzato in queste riflessioni come strumento che permette, in definitiva, ad un soggetto dotato di autorità, lo Stato, di definire almeno in parte il significato di tali valori, di tali 'beni'. A ben vedere se si considera che ormai è affermazione di senso comune quella per cui i valori non sono né naturali, né oggettivi ma derivano da precise opzioni politiche⁶¹⁰, riferirsi all'unità, all'esistenza di valori condivisi, porta con sé la necessità di individuare un soggetto capace di interpretare tali valori, di dire, a partire dal testo costituzionale, quali sono e in cosa consistono⁶¹¹. E l'unico soggetto per cui si può trovare una qualche legittimazione per tale compito, in quanto rappresentante della comunità politica, capace per questo di farsi interprete dei valori condivisi che la permeano, è lo Stato⁶¹². I valori ridiventano così oggettivi, non perché esistenti in natura, ma perché li si separa dalla molteplicità dei soggetti che compongono la collettività, per affidarli al suo rappresentante, lo Stato⁶¹³. Le

Principe, cit., p. 72.

⁶⁰⁹ M. Luciani, *Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di) *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 1991, p. 173.

⁶¹⁰ Per una critica e un'esposizione delle posizioni di chi ha sostenuto una nozione propriamente oggettiva dei valori, che li concepisce dunque come assoluti, si veda R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., pp. 173 ss.

⁶¹¹ Sul punto, che chiama in causa le teorie dell'interpretazione giuridica, su cui la letteratura è sterminata, si veda, con specifico riguardo al testo costituzionale, A. Baldassarre, *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, Testo rielaborato della relazione tenuta al convegno organizzato dal SISdiC dal titolo "I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte Costituzionale", Capri, 19 marzo 2006, reperibile all'indirizzo: <http://www.costituzionalismo.it/docs/Interpretazione-Baldassarre.pdf> (ultima consultazione: 30 aprile 2017).

⁶¹² In questo passaggio argomentativo si coglie come affidare a un soggetto la possibilità di interpretare il sentire dei singoli che appartengono alla collettività, porti con sé, in una certa misura, un'oggettivazione, la costruzione di un valore oggettivo perché oggettivato.

⁶¹³ Sarà quindi il legislatore, che si farà interprete di tali valori e gli darà attuazione attraverso gli atti normativi. Il contrappeso a tale potere, a tale autorità interpretativa e discrezionale si rinviene, com'è noto, nella Corte Costituzionale, considerata come soggetto chiave. Secondo tale approccio la Corte deve porsi come "giudice dei diritti soggettivi", ma al contempo "immergersi nei valori"; M. Luciani, *Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori*, cit., p. 174. Da questo si coglie l'operazione centrale del bilanciamento, in cui la Corte deve interpretare l'unità dei valori già presente nel testo costituzionale, riscoprendola ogni volta. Si scrive in tal senso che "l'unità costituzionale, insomma, è nella sua dimensione ideale di volta in volta dichiarata, non creata dalla Corte, anche se è vero che, così

impostazioni esaminate così, affermando che i valori sono “incorporati nei diritti fondamentali”⁶¹⁴, affidano alla Corte Costituzionale e al legislatore una discrezionalità politica molto ampia. Se non si può negare che qualunque interpretazione porti con sé una certa discrezionalità, e che dunque l’interpretazione del diritto è in una qualche misura sempre valoriale e politica⁶¹⁵, la dottrina che si fonda sui valori ha delle conseguenze che vanno oltre questa osservazione. Un rischio è che tale prospettiva porti con sé argomentazioni difficilmente controllabili, che finiscano per usare il simulacro di una “coscienza sociale”, di un sentire comune tanto rischiosi quanto più vaghi⁶¹⁶. A maggior ragione se si considera che tale impostazione permette di

facendo, questa la traduce (epperchiò la crea) nella sua dimensione reale”; *Ibidem*, p. 176. Tali considerazioni portano con sé un’immagine del giudice costituzionale che utilizza come criterio interpretativo principe quello della tensione verso l’unità dell’ordinamento, realizzata attraverso l’affermazione di valori ‘condivisi’. Scrive a tal proposito Luciani che “tutti quei valori, insomma, fanno parte dell’accordo unitario, e se talora qualcuno d’essi confligge con altri è nella logica dell’accordo che tra i valori in contrasto si possa bilanciare entro un raggio amplissimo di scelte, che esclude soltanto l’opzione per la prevalenza integrale dell’uno o dell’altro, o quella per la preferenza irrelata a motivi solidi e ragionevoli”, *Ibidem*.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 173.

⁶¹⁵ Sul punto, fra gli altri, V. Calderai, *I valori presi sul serio. Il circolo ermeneutico di argomentazione e interpretazione nelle strategie di produzione del diritto*, in G. Comandé (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003, pp. 119 ss.

⁶¹⁶ Un esempio dei rischi del riferimento ai valori in relazione alla coscienza sociale è dato dalla sent. n. 1361 del 23 gennaio 2014 della III Sezione della Cassazione civile, che afferma la risarcibilità del danno da morte in capo allo stesso soggetto che viene a mancare; tale orientamento è stato poi peraltro disatteso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con sentenza 22 luglio 2015, n. 15350. Quello che qui interessa è mettere in luce come la Corte di Cassazione, nella sentenza del 2014, affermi la legittimità di operare un’eccezione ad un principio, introdotta sulla base della necessità di adeguarsi alla realtà sociale, dato sicuramente extragiuridico. Si legge nella pronuncia che “negare alla vittima il ristoro per la perdita della propria vita significa determinare una situazione effettuale che in realtà rimorde alla coscienza sociale, costituendo ipotesi che del principio in argomento viene invero a minare la bontà, dando adito ad aneliti di relativo abbandono o superamento in quanto divenuto una “gabbia interpretativa” inidonea a consentire di pervenire a legittimi risultati ermeneutici, rispondenti al comune sentire sociale dell’attuale momento storico”. Ancora, si sostiene che senza quest’eccezione, il principio perderebbe la sua “bontà”. Questo modo di ragionare può essere pericoloso, per varie ragioni. In questo caso il dato extragiuridico, fattuale e valoriale, entra nel diritto, per così dire “di forza”. Non si sta qui negando né la dimensione valoriale del diritto né che fra questo e il “sentire sociale” ci debba essere una tendenziale corrispondenza. Si sta solo mettendo in luce la pericolosità del fatto che l’“adeguamento alla coscienza sociale” attribuisca al giudice il potere di introdurre un’eccezione a un principio, sulla base di un’argomentazione non controllabile. Questo infatti crea perplessità *in primis* in relazione alla necessità di motivare la decisione giuridica in base ad argomenti giuridici, su un discorso certamente retorico che però non perda mai il suo dato tecnico, e dunque controllabile. Scrivono F. Viola e G. Zaccaria che “Un primo, evidente aspetto di differenziazione tra giudice e legislatore consiste nell’obbligo che il giudice ha di giustificare la sua decisione: egli anzi non può solitamente neppure sottrarsi all’onere di motivare non soltanto la decisione, ma anche la scelta delle premesse utilizzate per giustificarla”, *Ead., Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*⁹, Roma-Bari, 2016, p 142.

affermare che “i diritti vanno colti nella ineliminabile relativizzazione che essi subiscono ad opera dei valori sociali”⁶¹⁷, considerati capaci di realizzare, questi ultimi, l’unità dell’ordinamento. Il rischio, se non ci si inganna, è che i titolari dei diritti fondamentali, e dunque i singoli, siano considerati titolari di diritti il cui oggetto è determinato attraverso un’opera di interpretazione del testo costituzionale svolta considerando come preminente l’interesse generale o pubblico, dell’unità dei valori, rispetto al ruolo di garanzia di determinati interessi dei singoli che la Costituzione dovrebbe svolgere. Questo perché nella prospettiva dei valori gli interessi costituzionalmente tutelati, che potrebbero essere concepiti come ‘di ciascuno’ sono invece considerati nella dimensione oggettiva, e dunque prima pensati come ‘di tutta la collettività’, e posti poi nelle mani del suo rappresentante, lo Stato sovrano⁶¹⁸. E infatti un’obiezione a questa ricostruzione è quella per cui la “libertà connessa alla soggettività [verrebbe] sostituita dall’oggettività del valore”⁶¹⁹. Parte della dottrina oppone a questa obiezione la considerazione per cui “la libertà giuridica (...) è un valore tra tanti” che “consiste nel permesso giuridico di fare o non fare quello che si vuole”⁶²⁰. Si sostiene così che la teoria dei valori sia neutrale rispetto alla tutela della libertà, in quanto “l’attribuzione di una minore rilevanza al principio di libertà giuridica può condurre alla soccombenza della libertà medesima”, mentre “una ponderazione in senso contrario può parimenti avere come conseguenza un eccesso di libertà giuridica”⁶²¹. Tale impostazione è condivisibile se ci si pone in astratto nella

⁶¹⁷ M. Luciani, *Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori*, cit., p. 173. Tale percorso sembra portare con sé il rischio dello svuotamento della funzione di garanzia che i diritti costituzionali possono svolgere rispetto all’esercizio del potere legislativo, ma anche della giurisprudenza costituzionale.

⁶¹⁸ Il rischio sembra essere quello di vedere i diritti fondamentali ridotti a titolarità, e la loro funzione di limite al potere come sensibilmente ridimensionata. Sembrerebbe potersi interpretare in questo senso la riflessione di S. Rodotà, in *Il diritto di avere diritti*, cit., pp. 54 ss. Scrive l’A. che occorre constatare che “i diritti fondamentali si presentano come l’unico strumento giuridico impugnabile nei confronti dei poteri che davvero non incarnano alcuna logica democratica”; *Ibidem*, p. 58. In chiave critica si può allora osservare che la ricostruzione che concepisce i diritti fondamentali come diritti soggettivi con oggetto il valore ‘onnicondiviso’ ha come conseguenza che un soggetto terzo rispetto al titolare – il legislatore – possa per questa via assumere il potere di modulare e modificare il ‘bene’ oggetto del diritto fondamentale. Per una critica dei diritti fondamentali come aventi ad oggetto un ‘bene’ si veda P. Rescigno *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, nn. 5-6, 1976-77, p. 877 ss.

⁶¹⁹ È questa la posizione di Forsthoff, riportata da R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit. p. 195.

⁶²⁰ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 195.

⁶²¹ R. Alexy, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., p. 196.

prospettiva del legislatore – e del costituente – considerando l’attribuzione di una libertà un giudizio di valore che il potere legislativo, e i soggetti produttori di diritto più in generale, possono modulare. Per contro, guardando al testo costituzionale si possono rinvenire diritti di libertà, connessi al libero sviluppo della personalità e alla dignità sociale, sancita dall’art. 3 cost.⁶²², che possono fungere così da canoni interpretativi, riuscendo a far emergere la prospettiva dei titolari, e non far trascolorare i diritti fondamentali in un soggettivismo poco maneggiabile.

2.2. I titolari dei diritti fondamentali. La prospettiva della molteplicità

Concentrare l’attenzione sul piano dei titolari degli interessi tutelati permette di mettere in luce il piano delle garanzie, delle facoltà, delle pretese che il titolare può azionare in giudizio e di chiedersi quali siano gli strumenti giuridici che ne rendono possibile il soddisfacimento. Si pone dunque al giurista dapprima la questione di ricostruire, partendo dal testo costituzionale e dall’analisi critica della giurisprudenza, i confini degli interessi⁶²³ – di ciascuno e di dunque di tutti – cui il diritto appresta una

⁶²² E infatti, anche parte della dottrina che afferma la necessità di un riferimento ai valori, afferma che “il riconoscimento di (...) diritti [fondamentali] al singolo come tale è diretto a proteggere i soggetti individuali da ogni interferenza, sia da parte di poteri pubblici, sia da parte di «autorità private». (...) D’altra parte, la tutela del singolo come tale è riconosciuta nella nostra Costituzione non già come principio in sé e per sé, ma come condizione essenziale per il pieno sviluppo della personalità umana. (art. 3 cpv Cost.)”, A. Baldassarre, *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1989, p. 16.

⁶²³ Tale operazione può essere compiuta a partire dalla considerazione per cui tali diritti tutelano proprio i singoli, e lo sviluppo della personalità di ciascuno, come emerge senz’altro dall’art. 2 Cost., articolo cardine per l’interpretazione dei diritti fondamentali. E infatti la “presunzione della massima espansione delle libertà costituzionali”, interpretata come “regola, inespressa nel diritto positivo, ma totalmente pacifica in letteratura, tanto da esser data quale presupposto costante dell’interpretazione”; P. Barile *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 41. Scrive in questo senso G. D’Amico che “«massima espansione delle libertà» non è, infatti, solo una formula atta a descrivere il progressivo ampliamento del novero e della portata delle libertà fondamentali, ma costituisce, come si tenterà di evidenziare nel prosieguo di questo lavoro, una sorta di obiettivo verso cui tendere l’attività di interpretazione delle formule costituzionali. Da questo punto di vista, può dirsi sin d’ora che la massima espansione delle libertà costituzionali e delle relative garanzie rappresenta un meta-criterio interpretativo, strettamente connesso alle peculiari caratteristiche di un ordinamento liberal-democratico”, (in *Id.*, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti* in A. Ruggeri (a cura di) *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, 2016, p. 707) che può svolgere un ruolo significativo nell’interpretazione dei diritti fondamentali. Tale presunzione può trovare il suo fondamento proprio nei principi che si ritrovano positivizzati all’interno del testo costituzionale, agli artt. 2 e 3 *in primis*, che possono operare come criteri interpretativi dei diritti fondamentali. E un primo criterio è quello del fine della libera costruzione della personalità, che si traduce nella ricerca di strumenti giuridici che permettano a ciascuno di difendersi dalle aggressioni nonché di costruire sé stesso e che devono essere garantiti anche nelle relazioni sociali. Sull’interpretazione dell’art. 2 Cost. la letteratura è sterminata. Si vedano, per un primo inquadramento: E. Rossi, *art. 2 cost*, in R. Bifulco,

protezione, e quella di individuare gli strumenti di tutela, anche sul piano delle norme di rango primario, che il singolo può azionare. Quest'impostazione porta con sé la possibilità di riflettere anche sulla titolarità degli interessi, come quello paesaggistico, che la costituzione tutela, seppur non esplicitamente nella forma del diritto inviolabile. In relazione a tale approccio si possono svolgere tre ordini di considerazioni. In primo luogo la prospettiva che guarda ai titolari permette di mettere in luce non soltanto la dimensione della non ingerenza, della lesione rispetto ad una violazione di un diritto fondamentale da parte di soggetti terzi, ma anche il profilo dell'esercizio del diritto, e in definitiva quello del soddisfacimento degli interessi protetti dal testo costituzionale. In secondo luogo guardare a ogni titolare consente di affrontare il tema dell'uguaglianza sostanziale rispetto a tali diritti. Se i diritti fondamentali sono funzionali allo sviluppo della persona e alla sua dignità sociale (art. 3 cost.), e se l'uguaglianza, come si è ricordato di recente, “non è un diritto, ma un modo di essere di tutti i diritti”⁶²⁴, emerge la necessità di una pari opportunità di soddisfacimento, in concreto, dei diritti fondamentali. Seguendo tale impostazione, studiare la rilevanza dei diritti fondamentali nel diritto privato può portare con sé una riflessione sulle garanzie⁶²⁵ che questi apprestano. E così non soltanto lo Stato, o più in generale il

A. Celotto, M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006.

⁶²⁴ E. Navarretta, citando la posizione di A. Pizzorusso, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in Ead. (a cura di), *Il danno non patrimoniale: principi, regole*, cit.

⁶²⁵ La prospettiva delle garanzie sembrerebbe essere quella che riesce maggiormente a costruire i diritti fondamentali capaci di circoscrivere, con le parole di L. Ferrajoli, “quella che possiamo chiamare la sfera dell'indecidibile”; *Id.*, *Diritti Fondamentali*, in *Id.*, (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001, p. 25; si veda anche *Id.* *I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale*, in “Ricerche giuridiche”, n. 2, 2014. I diritti fondamentali sono infatti da considerare “come situazioni di diritto positivo in quanto sono stabiliti nelle costituzioni. Ma proprio per questo essi rappresentano non già un'autolimitazione sempre revocabile del potere sovrano, ma al contrario un sistema di limiti e di vincoli ad esso sopraordinato; non dunque «diritti dello Stato», o «per lo Stato», o «nell'interesse dello Stato», (...) ma diritti verso e, se necessario, contro lo Stato”, *Ibidem*, p. 27. Si è affermato in dottrina che il profilo circa la garanzia nelle pari opportunità dell'esercizio si apprezza sul piano della struttura astratta di tali diritti, e segna una differenza rispetto ai diritti patrimoniali. Si veda a tal proposito il dibattito fra L. Ferrajoli e R. Guastini in L. Ferrajoli (a cura di), *Diritti fondamentali*. cit. Scrive Ferrajoli che “la prima tesi riguarda la radicale differenza di struttura tra i diritti fondamentali e i diritti patrimoniali, spettanti gli uni a intere classi di soggetti e gli altri a ciascuno dei loro titolari con esclusione di tutti gli altri. Questa differenza è stata occultata, nella nostra tradizione giuridica, dall'uso di un'unica parola – ‘diritto soggettivo’ – per designare situazioni soggettive tra loro eterogenee e sotto più aspetti opposte”, *Ibidem*, p. 16. La posizione di Ferrajoli può essere condivisa con riguardo ai diritti fondamentali per come declinati nel testo costituzionale; qualche dubbio, condivisibile è stato avanzato rispetto all'affermazione dell'A. secondo cui le differenze fra le due classi di diritti “che prescindono dal contenuto delle due classi di diritti e che riguardano unicamente la loro forma o struttura” in *Id.*, *Diritti Fondamentali*, in *Id.*, (a cura di), *Diritti*

soggetto pubblico, dovrà garantire i diritti fondamentali, ma anche le norme che regolano l'attività dei privati dovranno rendere possibile il loro soddisfacimento. Infine la prospettiva dell'individuale va valutata rispetto alla sua capacità di non oscurare la dimensione collettiva, molto presente nell'approccio fondato sui valori. Occorre in questo senso considerare quella dottrina che ascrive un carattere individualistico⁶²⁶ ai diritti fondamentali – e in particolar modo ai diritti civili ottocenteschi – che possono essere letti “quali diritti dell'individuo soggetto (...) più che come diritti dell'uomo”⁶²⁷, e che conferiscono autonomia al soggetto astratto, impedendo ingerenze altrui⁶²⁸. La dimensione delle pari opportunità di soddisfacimento, e dunque dell'eguaglianza sostanziale, può permettere di considerare il soggetto concreto, e di evitare così di disgiungere la prospettiva dei diritti “da una considerazione della materialità delle condizioni delle persone, dunque dal confronto continuo tra la promessa dei diritti e gli effetti che essa produce”⁶²⁹. Secondo l'approccio in esame l'applicazione dei diritti fondamentali nel diritto privato si giustifica non a partire dal collettivo, per poi arrivare all'individuale, ma al contrario a partire dal singolo⁶³⁰, e dalle garanzie che questi può far valere. Una dimensione

fondamentali, cit., p. 20. Come che sia, rispetto ai diritti sanciti dal testo costituzionale si può individuare una differenza rispetto ai diritti a carattere non patrimoniale – per esempio la salute – la costruzione di un ‘oggetto’ è più complesso, in quanto non è possibile – giuridicamente o materialmente – attribuirgli un valore di scambio, e in secondo luogo l'intreccio fra persona e bene è molto stretto. Rispetto alla nozione di garanzia può essere utile guardare all'art. 3 Cost., che, secondo la ricostruzione di parte della dottrina, “rende evidente un dato di fondo del nostro sistema costituzionale di garanzie delle libertà: quello cioè di uno specifico, autonomo rilievo giuridico delle diseguaglianze di fatto, e l'esigenza di una tutela, nei confronti delle posizioni di potere da tali diseguaglianze derivanti, delle libertà costituzionalmente garantite”; G. Lombardi, *Potere Privato e diritti fondamentali*, cit., p. 95. Su tale posizione e sulle sue origini storiche si veda anche, per un primo inquadramento: G. Zagrebelsky *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 98 ss.; N. Bobbio *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, pp. 24-29.

⁶²⁶ Su cui, fra gli altri N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, spec. pp. 5-6.

⁶²⁷ P. Barcellona, *I diritti economici sociali e culturali nell'ordinamento interno*, in AAVV *Diritti economici sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo stato sociale*, Padova, 1990, p. 27.

⁶²⁸ *Ibidem*.

⁶²⁹ S. Rodotà che nel *Il diritto ad avere diritti*, cit., p. 49. Sul punto si veda anche P. Rescigno, *Introduzione al Codice Civile*, Roma-Bari, 1991, spec. pp. 47 ss. Tale impostazione può costituire un tassello verso il “recupero dell'uomo nella sua totalità ed oltre la sua astratta soggettività”; l'opportunità di tale operazione è espressa da P. Barcellona, *I diritti economici sociali e culturali nell'ordinamento interno*, in AAVV *Diritti economici sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo stato sociale*, Padova, 1990, p. 29.

⁶³⁰ Tale opzione si iscrive, come fa notare N. Bobbio, appieno nella tradizione giuridica moderna. Sul punto *Id.*, *L'età dei diritti*, cit., pp. 51-52.

collettiva può però emergere in ragione della molteplicità dei titolari dei diritti fondamentali, che sono attribuiti e garantiti a ciascuno in egual misura.

3. DIRITTI FONDAMENTALI E USO DEI BENI. UN PRIMO PERCORSO

In questa parte dell'indagine si guarderà alle tecniche con cui si può far emergere la rilevanza dei diritti fondamentali rispetto al diritto dei beni. Un primo itinerario è quello che studia la possibilità di una reinterpretazione di alcune norme codicistiche alla luce dei diritti fondamentali; al riguardo si è deciso di restringere la ricerca ad alcuni casi in materia di beni immobili, senza una pretesa di esaustività, ma nella convinzione che questi possano aiutare allo sviluppo della riflessione. La scelta del metodo casistico si giustifica in quanto i diritti fondamentali non hanno lo stesso contenuto, e tutelano interessi diversi⁶³¹, cui corrispondono differenti modalità di soddisfacimento. Si è scelto di prendere in esame l'evoluzione giurisprudenziale in materia di diritto alla salute, e in particolare i percorsi che hanno riguardato la tutela del diritto alla salute attraverso l'art. 844 cod. civ. e l'art. 700 cod. proc. civ., poi un caso in materia religiosa, ed infine la questione dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 842 cod. civ.

Con riguardo al secondo itinerario, che attiene alla funzione sociale della proprietà, ci si è chiesti che ruolo questa possa svolgere rispetto alla costruzione di prerogative sul bene di terzi non proprietari.

3.1. Uso dei beni e diritto alla salute

Una prima ipotesi che si prende in esame è quella del rapporto fra diritto alla salute e diritto dei beni. Pare *in primis* opportuno svolgere qualche riflessione circa la duplice dimensione della tutela del diritto alla salute, definito dall'art. 32 cost. come “diritto dell'individuo e interesse della collettività”⁶³². A tal proposito la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato che la salute rileva “non solo come interesse della collettività, ma anche e soprattutto come diritto fondamentale dell'individuo, sicché si configura come un diritto primario ed assoluto, pienamente operante anche nei

⁶³¹ In questo senso, fra gli altri, N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, spec. pp. 20 ss.

⁶³² Per un primo inquadramento A. Simoncini, E. Longo, *Art. 32* in R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

rapporti tra privati”⁶³³. La tutela costituzionale comprende anche “la generale e comune pretesa dell’individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio”⁶³⁴ la sua salute. Proprio l’esistenza di “simmetriche posizioni dei singoli”⁶³⁵, e dunque l’ascrizione a tutti del diritto alla salute “implica (...) il dovere dell’individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell’eguale protezione del coesistente diritto degli altri”⁶³⁶. Tali notazioni contribuiscono a far emergere la rilevanza della salute come “interesse della collettività” (art. 32 cost.), in quanto la protezione di diritti ‘simmetrici’ fa emergere l’interrelazione fra le diverse posizioni.

La dimensione collettiva, o ‘trans-individuale’ del diritto alla salute si può cogliere in particolare nei casi in cui l’art 32 cost. viene fatto operare rispetto alla disciplina dell’uso dei beni immobili. In tali ipotesi infatti la posizione del singolo, per esempio il residente, la cui salute è compromessa da un dato uso del bene, è sovrapponibile alla posizione degli altri soggetti che si trovano nella medesima condizione. Il carattere trans-individuale della protezione della salute non può in questi casi essere trascurato, in quanto il diritto è riferibile contemporaneamente e con lo stesso livello di protezione ad una pluralità di soggetti.

Muovendo al piano dei rimedi, si può partire da quanto affermato dalla Corte Costituzionale, che ha ritenuto che la “piena ed esaustiva tutela” che il testo costituzionale attribuisce al diritto alla salute “si articola in situazioni giuridiche soggettive diverse in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l’ordinamento costituzionale assicura al bene dell’integrità e dell’equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici in cui in concreto si inserisce”⁶³⁷. Rispetto al diritto dei beni, che qui interessa, si sono sviluppate com’è

⁶³³ C. Cost., 26 luglio 1979, n. 88, in www.giurcost.org (ultima consultazione: 16 agosto 2017); dello stesso segno rispetto alla questione dell’operatività dell’art. 32 nel diritto privato C. Cost., 14 luglio 1986, n. 186, in www.giurcost.org (ultima consultazione: 16 agosto 2017), e C. Cost. 18 dicembre 1987, n. 559, in www.giurcost.org (ultima consultazione: 16 agosto 2017).

⁶³⁴ C. Cost., 2 giugno 1994, n. 218, in www.giurcost.org (ultima consultazione: 16 agosto 2017).

⁶³⁵ C. Cost., 2 giugno 1994, n. 218, in www.giurcost.org (ultima consultazione: 16 agosto 2017).

⁶³⁶ C. Cost., 2 giugno 1994, n. 218, in www.giurcost.org (ultima consultazione: 16 agosto 2017).

⁶³⁷ C. Cost. 16 ottobre 1990, n. 455, in www.giurcost.org (ultima consultazione: 16 agosto 2017).

noto due linee di ricerca, tese a utilizzare i rimedi civilistici dell'art. 844 cod. civ. e dell'art. 700 cod. proc. civ., per assicurarne la tutela. Non è questa la sede per trattare approfonditamente le traiettorie argomentative che hanno portato all'uso di tali strumenti; è nondimeno interessante tenerne conto, e analizzarle brevemente, in quanto queste hanno permesso che terzi non proprietari, il cui diritto alla salute potesse essere inciso rispetto a determinati usi del bene, potessero agire in giudizio e veder tutelata la loro pretesa, seppur con interpretazioni dei rimedi civilisti⁶³⁸ che sono state

⁶³⁸ Tale giurisprudenza ha anche affrontato il tema della rilevanza del diritto amministrativo, sotto due profili: da una parte quello dell'esistenza di una disciplina pubblicistica che regoli un'attività, d'altra parte la possibilità che il soggetto emittente sia la Pubblica Amministrazione. Rispetto al primo profilo, la giurisprudenza in materia di art. 700 cod. proc. civ., così come rispetto all'art. 844 cod. civ. tende ad affermare che la lesione del diritto alla salute possa essere accertata anche a prescindere da eventuali normative permissive di carattere pubblicistico che non riguardano "i rapporti fra privati". In materia di immissioni si è posto un problema rispetto alle regole di tipo amministrativistico che disciplinano determinati livelli di inquinamento acustico. La questione è risolta dalla giurisprudenza per lo più con un duplice argomentare; da una parte le Corti considerano oltre la normale tollerabilità le immissioni che superano le soglie poste come massime dalle norme pubblicistiche, dall'altra il porsi sotto soglia delle immissioni non esclude che queste possano superare la normale tollerabilità; in relazione a tale ultima ipotesi si è affermata la possibilità di un'applicazione dell'art. 844 cod. civ. in ragione del differente ambito di applicazione della norma pubblicistica e del rimedio di diritto privato. In questo senso: Cass. Civ. 27 luglio 2000, n. 9893, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 1 giugno 2017); Trib. Venezia, 14 aprile 2003, www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 5 giugno 2017); Cass. Civ. 25 giugno 2012, n. 10587, in www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 8 giugno 2017). Per un esame dettagliato si veda F. Piaia, *Intollerabilità delle immissioni acustiche: primato dell'art. 844 c.c. e risarcimento del danno non patrimoniale* (nota a sentenza), in "Danno e responsabilità", n. 2, 2017, pp. 175 ss., e per una critica si veda M. Maugeri *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, in "La nuova giurisprudenza civile commentata", n. 4, 2010, pp. 20204; l'Autrice sostiene che le norme pubblicistiche di settore non devono essere considerate nel giudizio sulla normale tollerabilità, ma in relazione al giudizio di cui al II comma dell'art. 844 cod. civ., che attiene al contemperamento fra le esigenze della produzione e le ragioni della proprietà. Occorre rilevare a questo proposito come l'art. 6 ter d.lgs. 208/2008, come modificato dalla legge di conversione n. 13/2009 prevede che "nell'accertare la normale tollerabilità delle immissioni e delle emissioni acustiche, ai sensi dell'articolo 844 del codice civile, sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso". L'applicazione della norma non è però chiara, e la questione diventa quella di "individuare quale sia di fatto il margine di applicabilità dell'art. 844 cod. civ. e quali siano invece le aree coperte dalla legislazione in materia di inquinamento acustico". Sono parole di S. Cimini, *L'inquinamento acustico*, in R. Ferrara, M. Alessandra Sandulli (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente, Trattato di diritto dell'ambiente*, p. 756. A seguito dell'introduzione della norma la giurisprudenza sembra orientata a mantenere l'impostazione tradizionale. Si veda in questo senso: Cass. Civ. 31 ottobre 2014, n. 23283, www.studiolegale.leggiditalia.it (ultima consultazione: 6 giugno 2017). Sul punto è intervenuta l'ordinanza n. 103, del 24 marzo 2011 della Corte Costituzionale, che però non sembra aver risolto definitivamente la questione. Per un primo inquadramento si veda A. Muratori, *Il vaglio della consulta sull'art. 6 ter del d.l. n. 208/2008: un "non giudizio" ma con diversi "spunti"*, in "Ambiente e sviluppo", n. 6, 2011. Con riguardo alla seconda questione, quella della possibilità di agire ex art. 844 cod. civ. contro la Pubblica Amministrazione si specifica che se, in ragione della natura dei suoi compiti istituzionali il giudice ordinario non può, sostituendosi all'autorità amministrativa, operare valutazioni o impartire disposizioni ad essa istituzionalmente riservate invece può e deve verificare se nella situazione concreta rappresentata e accertata in giudizio, comunque posta in essere, sia stata

sottoposte a critica in ragione di un mutamento della *ratio* e della funzione delle norme che portano con sé. Si prenderanno brevemente in esame i percorsi argomentativi di interpretazione delle due norme.

3.1.1. La tutela della salute attraverso l'art. 844 cod. civ., e le possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata

L'art. 844 cod. civ. nasce, com'è noto, come norma che disciplina la relazione fra due sfere proprietarie, e serve a contemperare due *rationes* e due funzioni diverse dell'uso esclusivo dei beni, quella funzionale all'impresa, e quella connessa alla proprietà fondiaria⁶³⁹. Parte della dottrina⁶⁴⁰ e della giurisprudenza ha però tentato un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, che tenga in conto il diritto alla salute. La questione, nel 1974, è stata sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale⁶⁴¹, che ha escluso la possibilità che la disposizione tuteli il diritto alla

realizzata una lesione e se e in qual modo, debba attuarsi un ripristino. In tal senso Prete. Verona, 12 novembre 1987, in "Giustizia civile", n.1, 1988, p. 801 ss., in cui si afferma che l'autorità giudiziaria "può esercitare preventivamente una più penetrante scelta di garanzia per allontanare definitivamente impianti potenzialmente nocivi dai centri abitati". Si veda anche Pret. Abbiategrasso, 12 luglio 1988, in "Responsabilità civile e previdenza", 1988, 1004. Si vedano anche, in giurisprudenza: Trib. Bologna, 1 agosto 2006. In senso critico si veda: I. Carmassi *Emissioni elettromagnetiche: tutela della persona e principio di precauzione*, in "Danno e responsabilità", n. 7, 2008; A. Muratori, *Rumore autostradale e criterio della normale tollerabilità ex art. 844 cod. civ.*, in "Ambiente e sviluppo", n. 10, 2014, pp. 697 ss. Di particolare interesse Cass. Civ. Sez. Un. 28 dicembre 2007, n. 27187, in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 9 giugno 2017). Sulla questione, per un primo inquadramento: C. M. Liguori *La tutela giurisdizionale in sede cautelare contro le immissioni intollerabili: quale giudice ha la giurisdizione?*, in "Il Corriere giuridico", n. 6, 2014, pp. 822 ss.; A. Tempesta, *Il G.O. può ordinare alla P.A. di adottare misure volte al miglioramento dell'ambiente?*. In senso critico si veda L. Viola *Il diritto incompressibile all'ambiente salubre e la sindrome di N.I.M.B.Y.*, in "Giurisprudenza di merito", n. 12, 2007, pp. 3312 ss.; R. Giordano *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda de Comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*, in "Giustizia civile", n. 6, 2008, p. 1447. Si pone anche un non facile problema di giurisdizione, legato da una parte alla qualificazione come diritto soggettivo del diritto alla salute, dall'altra alle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; non si tratterà del tema nel presente studio in quanto è profilo che meriterebbe una trattazione autonoma e approfondita, che esula dagli scopi della ricerca.

⁶³⁹ Scrive sul punto U. Mattei che nella norma è utilizzata la "locuzione produzione per indicare l'utilizzo dinamico della proprietà mentre quella «proprietà» ne indica l'utilizzo statico"; *Id.*, voce *Immissioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1993, p. XX, nonché più di recente e dello stesso Autore si veda *La proprietà*, in *Trattato di Diritto Civile*, Torino, 2015 pp. 330 ss.; si veda sul punto anche G. Visintini, voce *Immissioni (Diritto Civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, 1982, pp. 1218 ss. V. Scalisi ricostruisce il conflitto di cui all'art. 844 cod. civ. come un conflitto fra profitto e rendita; *Id.*, *Immissioni di rumore*, cit., p. 148.

⁶⁴⁰ Fra gli altri G. Visintini, voce *Immissioni*, cit., pp. 1221; V. Scalisi, *Immissioni di rumore*, cit., pp. 127 ss.

⁶⁴¹ Corte Costituzionale, 23 luglio 1974, n. 247. Per una critica della pronuncia, V. Scalisi, *Immissioni*

salute, così come il diritto a un ambiente salubre⁶⁴², proprio in ragione della *ratio* dell'844 cod. civ., che, secondo la ricostruzione della Corte, “si limita a considerare solo l'interesse del proprietario ad escludere ingerenze da parte del vicino sul fondo proprio, tutelandolo da immissioni che superino la tollerabilità”; tale indirizzo è tutt'ora seguito da parte della giurisprudenza⁶⁴³ e da buona parte dottrina⁶⁴⁴. La pronuncia dei Giudici delle Leggi non ha però impedito che altra parte della dottrina e della giurisprudenza si interrogasse⁶⁴⁵ sulla possibilità di usare la norma ai fini della tutela della salute e del diritto ad un ambiente salubre, anche sulla base della considerazione per cui il diritto alla salute non può configurarsi come un diritto “disarmato”⁶⁴⁶. Un'altra linea interpretativa, apparentemente più in linea con l'arresto

di rumore, cit., p. 134.

⁶⁴² Si veda sul punto, anche per i riferimenti dottrinali, M. Monterossi, *La responsabilità per danno ambientale*, Tesi di Laurea, 2012/2012, Università di Torino.

⁶⁴³ Parte delle pronunce della Corte di Cassazione paiono orientate in tal senso; nella sentenza Cass. Civ. Sez. Un., 6 ottobre 1975, n. 3164 l'art. 844. Cod. civ. è letto come norma che tutela esclusivamente la proprietà; così anche Trib. Verona, 27 settembre 2011, www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 5 giugno 2017) e, seppur in una questione di giurisdizione, e con una motivazione non totalmente coerente, sembra orientata in tal senso Cass. Civ. Sez. Un., 20 ottobre 2014, n. 22116; Cass. Civ. Sez. Un. 27 febbraio 2013, n. 4848, www.studiolegale.leggitalia.it (ultima consultazione: 6 giugno 2017).

⁶⁴⁴ In senso critico, fra gli altri, si vedano U. Mattei, *La proprietà*, cit., pp. 339 ss.; A. M. Musy, *Immissioni sonore nell'isola di Ponza, regole economiche, superstizioni e soluzioni giuridiche*, in “Giurisprudenza italiana”, n. 1, 1996.

⁶⁴⁵ In senso positivo, fra gli altri, Cesare Massimo Bianca, *La proprietà*, Milano, 2017 pp. 168 ss. Si veda in una prospettiva comparata B. Pozzo, *Ambiente (strumenti privatistici di tutela dell')*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2003. Per quanto riguarda la giurisprudenza, *ex pluris*: Cass. Civ. SU, 6 settembre 2013, n. 20571, www.studiolegale.leggitalia.it (ultima consultazione: 1 ottobre 2017); Cass. Civ., 5 agosto 2011, n. 17051, www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 5 giugno 2017), la massima e una nota in senso critico di M. Costanza si trovano in “Giustizia civile”, n. 2, 2012, pp. 389 ss.; Cass. Civ. 12 luglio 2016, n. 14180, www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 5 giugno 2017). Si veda anche la nota *Società autostrade condannata a realizzare la barriera antirumore se le immissioni rumorose superano la normale tollerabilità* di R. Savoia, in “Diritto & giustizia”, n. 32, 2016, pp. 5 ss.; Trib. Palermo 10 marzo 2004, in “Il foro italiano”, n. 1, 2005, pp. 1267. Il riferimento all'applicabilità dell'art. 844 cod. civ. in relazione al diritto alla salute si ritrova poi in altre pronunce, di cui alcune non approfondiscono le modalità con cui l'art. 32 opererebbe rispetto alla norma (Cass. Civ. Sez. Un. 6 settembre 2013, n. 20571; Cass. Civ. 23 maggio 2013, 12828; Cass. Civ. 15 ottobre 1998, n. 10186, in “Danno e Responsabilità”, con nota di A. Batà e A. Spirito, 1999, n. 1 pp. 107 ss.; si veda anche la nota V. Carbone in “Il Corriere Giuridico”, n. 11 1998, pp. 1279 ss; Cass. Civ. 9 gennaio 2013, n. 309; Cass. Civ. 4 settembre 2013, n. 20340); Cass. Civ. Sez. Un. 15 ottobre 1998, n. 10186. Da rilevare che la ragione della mancanza di approfondimento è in alcuni casi dovuta al fatto che le pronunce sono rese in sede di giurisdizione; sul punto: Cass. Civ. Sez. Un. 29 luglio 1995, n. 8300, www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 5 giugno 2017). Ripercorrono l'evoluzione giurisprudenziale S. Maglia, M. A. La Barile, *Immissioni rumorose: pericolose (e “silenziose”) novità* in “Ambiente e sviluppo”, n. 5, 2009, pp. 423 ss.

⁶⁴⁶ P. Perlingieri e P. Pisacane, *Art. 32*, in P. Perlingieri (a cura di) *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli, 1997, p. 209.

della Corte Costituzionale, afferma l'applicabilità in via analogica⁶⁴⁷ dell'art. 844 cod. civ., a fronte di un'azione che si fonda direttamente sull'art. 32 Cost.

L'orientamento giurisprudenziale e la dottrina che hanno affermato l'applicabilità dell'art. 844 cod. civ. a tutela del diritto alla salute non sono concordi sui percorsi interpretativi da utilizzare⁶⁴⁸ e però trovano un'unità rispetto alla necessaria prevalenza del diritto alla salute rispetto alle esigenze della produzione. Guardando alle diverse opzioni interpretative, una prima posizione riconduce la rilevanza del diritto alla salute nell'alveo del giudizio sulla normale tollerabilità, in ragione della "indeterminatezza semantica che la caratterizza"⁶⁴⁹; secondo un'altra ricostruzione la norma deve essere interpretata "tenendo conto che il limite della tutela della salute e dell'ambiente è da considerarsi ormai intrinseco nell'attività di produzione oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata dei beni protetti dall'art. 844 c.c."⁶⁵⁰. Altra parte della dottrina invece ricostruisce la possibilità di tutelare il diritto alla salute attraverso l'art. 844 cod. civ. sulla base di un'interpretazione estensiva del lemma "ragioni della proprietà", ricomprendendovi quelle della tutela della salute⁶⁵¹.

⁶⁴⁷ Trib. Reggio Emilia, 28 settembre 1994, in "Giustizia civile", n. 6, 1995, 1663 ss. con nota *Brevi note in tema di disciplina delle immissioni, tutela della salute e rimedio inibitorio*, di E. Pellecchia; Trib. Roma, 9 maggio 2011, in "Responsabilità civile e previdenza", n. 11, 2011, con nota *La tutela d'urgenza della salute contro le immissioni acustiche eccedenti la normale tollerabilità*, di G. Tommasini; più di recente si veda Cass. Civ. 25 agosto 2014, n. 18195, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 8 giugno 2017).

⁶⁴⁸ Fra gli altri G. Visintini, voce *Immissioni*, cit., pp. 1221; riporta le diverse posizioni R. Petruso, voce *Immissioni* in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2012.

⁶⁴⁹ V. Scalisi, *Immissioni di rumore*, cit., p. 156. Tale dottrina mette in dubbio, nel caso in cui sia rilevante la tutela della salute, l'opportunità di utilizzare un criterio di giudizio comparativo. Sul significato della relatività di tale criterio si veda U. Mattei *La proprietà*, cit., pp. 333-334.

⁶⁵⁰ Cass. Civ. 8 marzo 2010, n. 5564. Si vedano anche: Cass. Civ. 11 aprile 2006, n. 8420 in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultimo accesso: 9 giugno 2017); Cass. Civ., 8 marzo 2010, n. 5564, in www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 5 giugno 2017); la massima è anche in "Responsabilità civile e previdenza", n. 7-8, 2010, con nota *Immissioni intollerabili, danno non patrimoniale e lettura costituzionalmente orientata dell'art. 844 cod. civ.*, di M. A. Mazzola, pp. 1526 ss; Trib. Foggia, 27 febbraio 2007, in "Il foro italiano", I, pp. 2124; Cass. Civ. 27 aprile 2015, n. 8474, in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultima consultazione: 5 giugno 2017); Cass. Civ. 16 ottobre 2015, n. 20927 in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultima consultazione: 5 giugno 2017). A tal proposito, alcune pronunce (Pret. Vigevano, 22 marzo 1985, Pret. Thiene, 1984, in "Giurisprudenza di merito", 1985, p. 1040 e ss., con nota *La tutela della proprietà o dell'ambiente?* di R. Fuzio) hanno affermato, anche in relazione alla possibilità di una tutela cautelare atipica ex art. 700 cod. proc. civ., che le esigenze della produzione non possono ritenersi preminenti rispetto alla tutela del diritto alla salute. Sull'uso della tutela di cui all'art. 700 cod. proc. civ. si veda il § 3.1.1.

⁶⁵¹ Riporta questa posizione R. Petruso, voce *Immissioni* cit.

Rispetto al tipo di tutela, è opportuno ricordare che la giurisprudenza non solo ammette che si ordini la cessazione delle immissioni lesive del diritto alla salute, ma anche che il proprietario conformi l'uso del bene – e in alcuni casi lo trasformi – attraverso accorgimenti che riconducano le immissioni entro il limite della normale tollerabilità⁶⁵².

Un ulteriore profilo da considerare è quello della legittimazione ad agire; la questione della sua estensione si poneva già negli anni '80⁶⁵³ e, se l'art. 844 cod. civ. fa riferimento al proprietario, un'estensione è stata ritenuta possibile attraverso la mediazione dell'art. 1585 cod. civ.⁶⁵⁴ in riferimento al locatario; la giurisprudenza, così come parte della dottrina⁶⁵⁵ sono inoltre aperte ad estendere la legittimazione anche ad altre ipotesi⁶⁵⁶, fino ad arrivare alla posizione di chi afferma la necessità di estenderla “a tutti indistintamente i soggetti titolari dell'interesse inciso, indipendentemente dal fatto che gli stessi siano in rapporto o meno col fondo”⁶⁵⁷.

I diversi percorsi argomentativi che utilizzano l'art. 844 cod. civ. a tutela della salute da una parte possono essere criticati – e lo sono stati – in quanto attribuiscono una nuova funzione a una norma posta a tutela della proprietà⁶⁵⁸, con risultati non sempre soddisfacenti; d'altro canto però l'uso – se non massiccio quantomeno significativo – della norma da parte della giurisprudenza è espressione di una difficoltà del diritto privato a dare tutela, sotto un profilo che non è quello del risarcimento del danno⁶⁵⁹ al diritto alla salute rispetto ad un uso dei beni che lo lede⁶⁶⁰.

⁶⁵² Fra le altre, di particolare interesse la soluzione della Corte di Appello, avvallata da Cass. Civ. 12 luglio 2016, n. 14180, in cui il giudice ha ordinato alla società Autostrade del Brennero S.p.a. di provvedere alla realizzazione di una barriera antirumore.

⁶⁵³ G. Visintini, voce *Immissioni (Diritto Civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, 1982, pp. 1218 ss.

⁶⁵⁴ Per quanto riguarda la giurisprudenza si veda: Cass. Civ. 22 dicembre 1995, n. 13069 in “Giurisprudenza italiana”, n. 7, 1996, con nota *Nota in tema di diritto personale di godimento* di F. Collura; Sul punto G. Acerbis, *Immissioni intollerabili, circolazione del fondo e lesione del diritto di proprietà*, in “Responsabilità Civile e Previdenza”, n. 6, 2000, pp. 1371 ss.; si veda anche U. Mattei *La proprietà*, cit., pp. 340 ss., anche per ulteriore bibliografia sul punto.

⁶⁵⁵ Fra gli altri, V. Scalisi, *Immissioni di rumore*, cit., p. 161.

⁶⁵⁶ Si veda sul punto, anche per i riferimenti giurisprudenziali U. Mattei, *La proprietà*, cit., p. 340.

⁶⁵⁷ V. Scalisi, *Immissioni di rumore*, cit., p. 161-162.

⁶⁵⁸ S. Rodotà, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, cit., pp. 898 ss. Lo stesso V. Scalisi lo notava nel saggio *Immissioni di rumore*, cit., p. 139 ss.

⁶⁵⁹ Su cui, per tutti, E. Navarretta (a cura di) *Il danno non patrimoniale: principi regole*, cit.

⁶⁶⁰ A tal proposito scrive V. Carbone, richiamando un noto saggio di T. Ascarelli: “Gli sforzi interpretativi del ricordato diritto vivente, in tema di immissioni regolate dall'art. 844 c.c., richiamano

3.1.2. L'uso dell'art. 700 cod. proc. civ.

Un'altra modalità con cui si è data tutela al diritto alla salute, e in alcuni casi all'ambiente salubre, è la tutela cautelare atipica prevista dall'art. 700 cod. proc. civ. Un nodo centrale è quello del carattere strumentale di tale rimedio rispetto agli effetti della decisione di merito⁶⁶¹. E proprio in ragione di tale strumentalità il percorso giurisprudenziale circa la tutelabilità del diritto alla salute *ex art. 700 cod. proc. civ.* non è stato lineare; si possono con buona approssimazione individuare tre diversi indirizzi, che la giurisprudenza è andata sviluppando, seppur spesso le *rationes* dei tre percorsi argomentativi si ibridano⁶⁶². A partire dagli anni '80, si consolida l'orientamento secondo cui si ammette l'utilizzo dello strumento dell'art. 700 cod. proc. civ. in ragione della necessità di una tutela cautelare rispetto al diritto che si può

Ascarelli e l'interpretazione di Porzia, travestita da avvocato di Antonio che vuole evitare le conseguenze dannose del prestito chiesto all'usuraio Shylock che ha inserito nel contratto, in caso di inadempimento, il poter togliere al debitore una libbra di carne. Nell'opera di Shakespeare è ben descritta la logica di Porzia, splendida interprete, che non contesta il potere giurisdizionale del Doge, che non critica l'operato dell'ebreo Shylock, ma si limita ad interpretare il rapporto, evidenziando che togliere una libbra di carne viva comporta quantomeno la caduta o la perdita di una goccia di sangue non prevista nell'accordo contrattuale. Di qui il rigetto della domanda. Come il divieto delle immissioni non tollerabili perché recano danno alla salute o alla tranquillità della vita privata del cittadino anche se non proprietario del suolo", in *Id.*, *Il diritto vivente delle "immissioni": intollerabile è anche il danno alla tranquillità familiare pur se non si misura in decibel*, in "Danno e responsabilità", n. 1, 2016, p. 22 ss.

⁶⁶¹ Scrive A. G. Diana che "i provvedimenti cautelari, cioè, restano definiti in modo da risultare preordinati all'adozione di un ulteriore provvedimento rivestente il carattere della definitività e del quale – in via del tutto preventiva – essi rimangono finalizzati ad apprestare assicurazione sotto il profilo della relativa fruttuosità di carattere eminentemente pratico", e infatti "il ricorso con cui viene introdotta la domanda cautelare (...) deve contemplare la stessa indicazione precisa di quest'ultima oppure deve riuscire tale da consentirne l'indicazione secondo dei canoni di certezza", in *Id.*, *I provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Torino, 2012 p. 31. Sul punto per un primo inquadramento si veda anche R. Conte, *art. 700*, in L. P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella (a cura di) *Commentario al Codice di Procedura Civile*, 2014, e M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, pp. 329 ss., secondo cui "può ben prospettarsi un'inibitoria atipica in funzione di una azione di rivendicazione o restituzioni o annullamento, o altro rimedio previsto dalla legge, ma potrebbe parallelamente negarsi un'inibitoria provvisoria atipica in funzione di un'inibitoria definitiva che (in ipotesi) si consideri non ammessa dall'ordinamento". Altre questioni che si sono poste, non sull'*an* ma sul *quomodo* dell'applicazione dell'art. 700 cod. proc. civ. in relazione al diritto alla salute sono quelle sull'imminenza e l'irreparabilità del pregiudizio. Sul punto, per un primo inquadramento: *Nota sulla tutelabilità del diritto alla salute, in via cautelare, con i provvedimenti d'urgenza che il giudice pronuncia ai sensi dell'art. 700 c.p.c.* in "Giurisprudenza italiana", n. 2, 1999. In giurisprudenza, *ex pluris*: Trib. Verona 28 marzo 2001, in www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 8 giugno 2017).

⁶⁶² Si veda, per una ricostruzione approfondita, A. G. Diana, *I provvedimenti d'urgenza*, cit., pp. 573 ss. Un esempio di tale ibridazione si ritrova in Pret. Monza, 19 luglio 1991, in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 8 giugno 2017).

far valere nel giudizio ordinario, ex art. 844 cod. civ., a protezione della salute⁶⁶³. Un'altra strada è stata quella adottata da una sentenza a sezioni unite della Corte di Cassazione del 1985⁶⁶⁴, poi seguita da altre pronunce⁶⁶⁵, secondo la quale, nel ricorso ex 700 cod. proc. civ. la norma rilevante sarebbe l'art. 2058 cod. civ.⁶⁶⁶. In alcuni

⁶⁶³ Pret. Vigevano, 22 marzo 1985, Pret. Thiene, 1984, in “Giurisprudenza di merito”, 1985, p. 1040 e ss. con nota *La tutela della proprietà o dell'ambiente?* di R. Fuzio; Pret. Verona, 29 giugno 1984, in “Giustizia civile”, n. 1, 1984, 3192 ss.; Pret. Abbiategrasso, 12 luglio 1988, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1998, n. 1, 1004 ss, con nota *Sulle immissioni di rumori molesti*, di F. Chiavegatti; Pret. Molfetta, 27 febbraio 1989, in “Archivio delle locazioni”, 1989, pp. 351 ss.; Corte App. Roma, 30 gennaio 2013, n. 563, www.iusexplorer.it (ultimo accesso 5 giugno 2017); Trib. Salerno, 3 novembre 2004, in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 9 giugno 2017); Trib. Foggia, 27 febbraio 2007 in “Il Foro Italiano”, nn. 7-8, 2007, con nota *Tutela della salute e inquinamento elettromagnetico: quale valore per i limiti legali?* di F. Mattosoglio.

⁶⁶⁴ Cass. Civ. Sez. Un., 19 luglio 1985, n. 4263, in “Giustizia civile”, I, 1986, p. 128 ss, con nota *La tutela del diritto alla salute e la disciplina delle immissioni*, di E. Zerella; Trib. Padova, 24 novembre 2006, in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 9 giugno 2017).

⁶⁶⁵ Trib. Verona, 13 ottobre 1989; Cass. Civ., 11 settembre 1989, n. 3921, in www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 1 giugno 2017); Trib. Palermo, 12 novembre 2008, www.iusexplorer.it (ultima consultazione, 5 giugno 2017); Cass. Civ., Sez. Un., 8 novembre 2006, n. 23735, www.iusexplorer.it (ultima consultazione, 5 giugno 2017); Trib. Salerno, 28 aprile 2007, in “Giurisprudenza di merito”, n. 12, 2007, con nota *Il diritto incompressibile all'ambiente salubre e la sindrome di N.I.M.B.Y.* di L. Viola; si veda anche la nota di G. Cocco in “Rivista giuridica dell'ambiente”, n. 6, 2007; App. Milano, 17 luglio 1992; Cass. Civ., 11 settembre 1989, n. 3921; Trib. Venezia, 14 aprile 2003, www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 5 giugno 2017).

⁶⁶⁶ Altra parte della giurisprudenza ha affermato che il richiamo all'art. 2058 cod. civ. “non restringe l'intervento giurisprudenziale ai casi di repressione degli effetti di un danno già verificato”, in quanto può riferirsi anche ad un “illecito futuro”, in ragione del principio delle effettività delle tutele di cui all'art. 24 cost. e della “clausola generale dell'art. 2043 e nell'art. 2058, nonché in tutte quelle norme sparse nel sistema portatrici di principi di “tutela reintegratoria sia essa restitutoria, ripristinatoria o inibitoria”, e esplicitamente afferma la volontà di un ricorso inibitorio “atteggiato non solo nelle forme dell'ordine di astensione da un certo comportamento, ma anche in forme prescrittive di comportamento da tenere nell'eventuale prosieguo dell'attività produttiva”. Tale ricostruzione muove dal presupposto di “un tessuto normativo in cui si intrecciano disciplina sostanziale e regolamentazione processuale, che garantisce larga tutela ai valori costituzionali sanciti in via preminente” Pret. Verona 12 novembre 1987, in “Giustizia civile”, 1988, I, p. 801 ss., e sembra trovare una conferma in alcune pronunce degli anni 2000, che fanno riferimento all'art. 2043 cod. civ. come norma generale attraverso cui “provvedere non solo alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato, ma anche di prevenire e sanzionare l'illecito”; Cass. Civ., 27 luglio 2000, n. 9893 in www.studiolegale.leggiditalia.it, (ultima consultazione: 1 giugno 2017). La pronuncia è nei confronti della Pubblica Amministrazione. Si veda anche Trib. Verona, 28 marzo 2001, in “Giurisprudenza italiana”, 2001, 2063 ss. con nota *Due pronunce in tema di elettromog: ovvero dei ragionevoli limiti di un approccio generalizzante di fronte alla specificità del caso concreto*, di T. Della Massara. Rispetto alla questione, il problema che sembrerebbe porsi è quello della distinzione fra illecito e danno, nonché quello dei differenti presupposti previsti ai fini della tutela inibitoria rispetto alla tutela risarcitoria. In tal senso si veda, fra gli altri, veda A. D'Adda *Art. 2058* in E. Gabrielli (diretto da) *Commentario al Codice Civile*, Torino, 2011. L'uso però dell'art. 2058 cod. civ. insieme all'art. 700 cod. proc. civ. meriterebbe un approfondimento ulteriore, in particolar modo rispetto a quell'aspetto del diritto alla salute che è il diritto ad un'ambiente salubre, per indagare se la combinazione delle due norme potrebbe riuscire a dare tutela ad un bisogno rimanendo all'interno del sistema. Sulla questione del rapporto fra art. 2058 cod. civ. e tutela inibitoria si vedano, oltre ai contributi già citati: M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, cit., pp. 341 ss. M. R. Marella *Attuazione del diritto e regole di responsabilità. Contributo allo studio*

arresti del 2000 che si inseriscono in tale linea argomentativa, la previsione di un'azione inibitoria è giustificata anche dalla ragione per cui “sarebbe contraddittorio affermare” che il diritto alla salute “non tollera interferenze esterne che ne mettano in discussione l'integrità, e ammettere che alla persona sia data la sola tutela del risarcimento del danno e non anche quella preventiva”⁶⁶⁷; si arriva così a configurare una tutela esplicitamente definita “inibitoria”⁶⁶⁸. Tale ultima prospettiva è sostenuta in modo forte da quella parte della giurisprudenza che basa l'azione a tutela del diritto alla salute direttamente sull'art. 700 cod. proc. civ. Le ragioni di tale opzione interpretativa si rinvergono nella necessità di prevedere un rimedio che garantisca una tutela *erga omnes* del diritto alla salute, in un sistema in cui non vi è un'autonoma azione di tutela, sulla base della considerazione per cui il diritto alla salute “deve trovare la sua tutela nella generale azione inibitoria di cui all'art. 700 cod. proc. civ., che costituisce il rimedio preventivo accordato a tutela di tutti i diritti assoluti”⁶⁶⁹. Un'altra interpretazione fonda l'azione direttamente sull'art. 32 cost. in ragione della considerazione per cui “il fondamentale diritto alla salute, previsto dall'art. 32 Cost. è tutelabile di per sé e non in subordine ad una norma prevista a tutela della proprietà”⁶⁷⁰. Le pronunce che affermano tale impostazione utilizzano poi o il criterio

della riparazione del danno, Perugia, 1996 pp. 25 ss.; in generale rispetto ai diritti della persona si veda G. Ceccherini *Risarcimento in forma specifica e diritti della persona: una nuova forma di tutela?* in “Rivista critica del diritto privato”, n. 1-2, 1993, pp. 75 ss.

⁶⁶⁷ Cass. Civ., 27 luglio 2000, n. 9893 in www.studiolegale.leggiditalia.it, (ultima consultazione: 1 giugno 2017).

⁶⁶⁸ Cass. Civ., 27 luglio 2000, n. 9893 in www.studiolegale.leggiditalia.it, (ultima consultazione: 1 giugno 2017). Scrive sul punto G. Ceccherini che “si può affermare che il problema originato dalla tendenza evolutiva della nostra giurisprudenza, in ordine alla tutela giurisdizionale dei diritti della persona, si è risolto nella ritenuta ammissibilità, quale figura generale, di una tutela di tipo inibitorio che, in conformità con il carattere atipico dei provvedimenti urgenti o cautelari *ex art. 700 c.p.c.*, può avere quale contenuto non soltanto un ordine diretto a far cessare il comportamento illecito”, in *Ead.*, *Risarcimento in forma specifica* cit.

⁶⁶⁹ Pret. Milano, 5 febbraio 1990, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1990, pp. 604 ss, con nota *Ancora in tema di immissioni di rumori molesti*, di F. Coggi; si vedano anche in questo senso Pret. Bologna, 18 giugno 1993, e Trib. Bologna 30 luglio 1993 entrambe in “Giurisprudenza di merito”, 1995, pp. 278 e ss., con nota *Ancora sulla difesa dai rumori*, di C. Belfiore; Trib. Catania, 13 dicembre 2001, in “Il foro italiano”, n. 1, 2003, 673.

⁶⁷⁰ Pret. Milano, 5 febbraio 1990, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1990, pp. 604 ss, con nota *Ancora in tema di immissioni di rumori molesti*, di F. Coggi; in tal senso anche Pretura Torino, 27 dicembre 1990, in “Diritto di famiglia”, 1991, 1060. Le pronunce che affermano tale impostazione utilizzano poi o il criterio della normale tollerabilità di cui all'art. 844 cod. civ., per valutare quelle che una stessa pronuncia definisce “immissioni”, o quello del *neminem laedere*.

di cui all'art. 2043 cod. civ.⁶⁷¹, o quello della normale tollerabilità di cui all'art. 844 cod. civ., per valutare quelle che una stessa pronuncia definisce “immissioni”⁶⁷².

Di particolare interesse è quella giurisprudenza che afferma la legittimazione ad agire non solo dei ricorrenti titolari di un diritto reale interessati dall'opera rispetto a cui si propone il ricorso, ma anche dei ricorrenti che si qualificano come residenti⁶⁷³.

3.1.3. L'uso dei rimedi civilistici. Ragioni e limiti

Rispetto alle elaborazioni giurisprudenziali e dottrinali che si sono ripercorse, si possono svolgere due ordini di considerazioni, pur consapevoli del fatto che esse meriterebbero un maggiore approfondimento circa le ricadute sistematiche che portano con sé e del loro rapporto con il diritto amministrativo⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Pret. Torino, 27 dicembre 1990, in “Diritto di famiglia”, 1991, 1060. In alcune altre pronunce la tutela inibitoria è data in ragione di un collegamento fra le norme generali in materia di risarcimento e l'art. 2058 cod. civ., mentre poi per accertare l'an della lesione si guarda all'art. 844, e al criterio della normale tollerabilità, applicato in via analogica: Cass. Civ. 27 luglio 2000, n. 9893 www.iusexplorer.it (ultima consultazione, 5 giugno 2017).

⁶⁷² Con riguardo alle pronunce che utilizzano l'art. 844 cod. civ., parte della giurisprudenza, pur distinguendo sul piano delle domande l'azione ex art. 32 Cost., e quella ex art. 844 cod. civ. posta a tutela della proprietà, per trovare la soglia oltre la quale il diritto alla salute può ritenersi leso ha affermato la possibilità di applicare in via analogica l'art. 844 cod. civ. e dunque il criterio della tollerabilità. Scrive sul punto C. Belfiore che “La tutela della salute è perciò attualmente garantita dall'applicazione diretta e autonoma dell'art. 32 Cost. (...) con il ricorso strumentale all'art. 844 c.c. ai soli fini dell'utilizzazione del concetto di normale tollerabilità delle immissioni”; *Id.*, *Ancora sulla difesa dei rumori*, cit., p. 283; Pret. Milano, 5 febbraio 1990, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1990. Tale posizione sembra rinvenibile anche in Cass. Civ. 6 aprile 1983, n. 2396, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1983, pp.760 ss; si veda il commento di M. Dogliotti, *Una grande vittoria per il danno biologico*, cit., pp. 854 ss.

⁶⁷³ In una pronuncia risalente, Pret. Pietrasanta, 8 novembre 1986, in “Il foro italiano”, 1987, I, 3372 si ammette la legittimazione ad agire dei “cittadini residenti nelle zone interessate dal tracciato dell'elettrodotto”, per poi adottare quella che è definita una “inibitoria provvisoria”. Il provvedimento è stato poi riformato dal Tribunale di Lucca con pronuncia del 5 marzo 1990, in “Rass. giur. Enel”, 1990, 523, per mancanza del pregiudizio imminente. Di interesse anche Pret. Modica, 31 luglio 1990, in “Il foro italiano”, 1992, I, 2303, in cui si afferma la legittimazione ad agire di cittadini residenti nel luogo in cui avveniva il dedotto fatto lesivo della salute, che fossero anche abitanti della zona; nello stesso senso, più di recente, Trib. Padova, 24 novembre 2011, in www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 9 giugno 2017). Da un punto di vista dottrinale si veda M. Libertini, *La tutela civile inibitoria*, cit., pp. 329 ss. Tale impostazione pare coerente sia con le ricostruzioni che fondano l'azione sull'art. 2058 cod. civ. sia con quelle che lo fondano sul combinato disposto degli artt. 700 cod. proc. civ. e 32 cost., oppure esclusivamente sull'art. 32 cost.

⁶⁷⁴ Più di trent'anni fa, le riflessioni che miravano ad un'interpretazione estensiva dell'art. 844 cod. civ. rispetto alla tutela della salute si leggevano anche in relazione ad uno Stato che fu definito “in mora” G. D'Angelo, *L'art. 844 del codice civile e il diritto alla salute*, in F. D. Busnelli, U. Breccia, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 443. Sicuramente oggi le norme esistenti in ambito amministrativistico sono molte, ma il ricorso da parte della giurisprudenza all'art. 844 cod. civ. non è venuto meno.

Da una parte non si può non osservare che i rimedi che si sono brevemente tratteggiati sono stati ricostruiti dalla giurisprudenza utilizzando gli strumenti esistenti di diritto positivo, attraverso un'interpretazione che, per un verso, rischia di non risultare coerente con il sistema normativo, e per altro verso di non risultare incisiva, proprio in relazione alla difficoltà di utilizzare per la tutela della salute norme pensate e scritte con altre finalità.

D'altro canto si comprendono le ragioni per cui la giurisprudenza giunge in alcuni casi a 'torcere' il significato delle norme, in altri a fondare l'azione direttamente sull'art. 32 cost., per poi costruire la sua disciplina ricorrendo al meccanismo dell'analogia, in ragione della difficoltà di individuare norme di diritto privato passibili di una interpretazione costituzionalmente orientata che apprestino una tutela non solo risarcitoria al diritto alla salute rispetto ad usi del bene che lo ledono. Occorre inoltre osservare che la persistenza, anche a seguito dell'introduzione di svariate normative di materia pubblicistica, di un contenzioso circa la possibilità di una tutela del diritto alla salute attraverso norme civilistiche che permettano di incidere sugli usi del bene lesivi di diritti fondamentali, interroga il giurista circa l'efficacia degli altri strumenti a disposizione, e dunque anche con riguardo alla possibilità di prevedere rimedi che siano complementari rispetto alla tutela amministrativistica, e che permettano l'esercizio di un diritto fondamentale⁶⁷⁵.

Ai fini dell'indagine che si sta svolgendo dal punto di vista della costruzione delle prerogative in capo ai titolari del diritto alla salute l'art. 844 cod. civ., per come interpretato dalla giurisprudenza, porta alla costruzione di una legittimazione ad agire abbastanza ampia, che diventa estesa nelle ricostruzioni direttamente sull'art. 32 cost. Tale profilo è di particolare interesse, in quanto se si accogliesse la prospettiva per cui i titolari dell'interesse protetto dal diritto alla salute, il cui diritto sia concretamente inciso, possono agire e ottenere una tutela di tipo inibitorio, emergerebbe l'interrelazione fra le molteplici e "simmetriche" posizioni dei singoli, in quanto l'azione di uno beneficerebbe anche gli altri. L'esistenza di una pluralità di soggetti – individuabili – titolari del diritto alla salute, che possa essere in concreto inciso,

⁶⁷⁵ Si veda sul punto M. V. De Giorgi, *Salute, ambiente, e tutela inibitoria*, in "La nuova giurisprudenza civile commentata", n. 4, 2006.

permette di riflettere anche sull'esistenza di una collettività, seppur individuabile in concreto rispetto ad un uso del bene lesivo del diritto di cui all'art. 32 cost.

Rispetto al tipo di tutela apprestato si può osservare come questa incida sul regime del bene, conformandone il possibile uso, e – profilo non meno interessante – permettendo tale risultato anche a soggetti terzi sia rispetto al rapporto proprietario sia all'esercizio di funzioni pubbliche in senso stretto. La previsione di una tutela inibitoria⁶⁷⁶, anche *de iure condendo*, potrebbe perciò cambiare i rapporti fra il proprietario e i soggetti terzi lesi nel diritto alla salute, orientando i comportamenti del proprietario stesso.

3.2. Un caso in materia di esercizio della libertà religiosa

Mutando settore, e anche metodo, utilizzandone ora uno spiccatamente casistico, si prende qui in esame un caso trattato dalla Corte di Cassazione nel 2012⁶⁷⁷, in cui i giudici di legittimità applicano direttamente l'art. 19 Cost. in materia di diritto dei beni.

Com'è noto il testo costituzionale tutela il diritto di professare la propria fede religiosa “in qualsiasi forma, individuale e associata” (art. 19 cost.), e l'art 8 cost. attribuisce rilevanza alle confessioni religiose. La Costituzione, abbandonando una “concezione privatistica della religione” la assume a “componente della vita collettiva partecipata”⁶⁷⁸; dunque la libertà religiosa è tutelata anche nel suo aspetto “dinamico del tenere alcuni comportamenti a livello individuale o collettivo in quanto aderenti ad una certa fede religiosa”⁶⁷⁹. La giurisprudenza costituzionale sottolinea inoltre come la libertà religiosa si concreti, *ex art. 19 cost.* anche “nel diritto di professare la propria fede religiosa in forma associata e di esercitarne in privato o in pubblico il culto”⁶⁸⁰. A tale libertà corrisponde quella, collettiva, di organizzazione e di azione di tutte le confessioni religiose, sancite dall'art. 8 cost. Pare interessante ricordare come la Corte Costituzionale abbia considerato le confessioni religiose quali formazioni

⁶⁷⁶ Si veda sul punto, in una prospettiva più ampia, A. M. Gambino, A. Genovese, B. Sirgiovanni, *Beni comuni*, in “Nuovo diritto civile”, n. 3, 2016, pp. 334 ss.

⁶⁷⁷ Cass. Civ. 28 novembre 2012, n. 21129, in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 28 agosto 2017). Si veda per un'analisi A. Quarta, *Non proprietà*, cit., p. 253.

⁶⁷⁸ C. Cardia, *Religione (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1998, p. 914.

⁶⁷⁹ L. Musselli, *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1994, p. 224.

⁶⁸⁰ *Ibidem*.

sociali *ex art 2 cost.*, rispetto alle quali è tutelata la libertà del singolo di aderire e di non aderire⁶⁸¹.

Con riguardo al profilo che qui più interessa, rispetto alla garanzia dell'esercizio pubblico del culto il profilo individuale e quello collettivo si intrecciano, anche in relazione alla necessaria parità di trattamento delle confessioni religiose rispetto alla possibilità di disporre luoghi dedicati al culto⁶⁸².

Occorre ora prendere brevemente in esame il caso: una Chiesa è attigua a un edificio di proprietà dell'Osservatorio Vesuviano; i proprietari dell'Osservatorio, titolari di una concessione di uso della strada provinciale attraverso cui si accede alla Chiesa, chiudono il fondo con una cancellata metallica e un cancello scorrevole, che viene aperto dall'Osservatorio attraverso un citofono per permettere al parroco e ai fedeli di entrare, al fine di proteggere gli strumenti presenti all'interno dell'edificio. Il parroco agisce in giudizio, anche in quanto rappresentante della comunità dei fedeli, per veder rimossi la cancellata metallica e il cancello scorrevole che, si afferma, impediscono e rendono disagiata l'accesso al sagrato della chiesa.

Il percorso argomentativo della Corte di Cassazione è di particolare interesse; sotto il profilo della legittimazione ad agire la Corte afferma che l'azione "attiene alla tutela del diritto costituzionale di libertà religiosa, il quale si esprime anche nel diritto di uso e alla frequenza degli edifici di culto, tanto collettivamente sul piano comunitario quanto individualmente". La Corte non ritiene così valida la prospettazione dei controricorrenti, secondo cui, trattandosi di *actio negatoria servitutis*, la legittimazione processuale attiva spetterebbe "all'ente proprietario della chiesa", e quindi al parroco, ma non in veste di rappresentante dei fedeli. La Corte ammette

⁶⁸¹ C. Cost., 30 luglio 1984, n. 239, in www.giurcost.org (ultima consultazione: 16 agosto 2017).

⁶⁸² Su cui T.A.R. Milano, 8 novembre 2013, n. 2485 in "Urbanistica e appalti", n. 3, 2014, con nota *L'edilizia di culto islamica: contro la tirannia della maggioranza*, di A. Roccella, pp. 345 ss.; T.A.R. Venezia, 27 gennaio 2015, n. 91, in www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 15 agosto 2017); in proposito ha affermato la Corte Costituzionale che "la posizione delle confessioni religiose va presa in considerazione in quanto preordinata alla soddisfazione dei bisogni religiosi dei cittadini, e cioè in funzione di un effettivo godimento del diritto di libertà religiosa, che comprende l'esercizio pubblico del culto professato come esplicitamente sancito dall'art. 19 della Costituzione"; C. Cost., 27 aprile 1993, n. 195, in www.cortecostituzionale.it (ultimo accesso: 15 agosto 2017). Nello stesso senso C. Cost., 8 luglio 2002, n. 346, in www.giurcost.org (ultimo accesso: 15 agosto 2017); C. Cost., 24 marzo 2016, n. 63, in www.giurcost.org (ultimo accesso: 15 agosto 2017). Si vedano, fra gli altri G. Tucci, *Moschee e diritti inviolabili. La Corte Costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, in "Giurisprudenza italiana", n. 5, 2016.

invece la legittimazione del parroco in quanto “rappresentante dell’aggregazione comunitaria religiosa” anche in ragione di quanto stabilisce il codice di diritto canonico, che agisce per “difendere l’interesse non patrimoniale della comunità particolare di quel dato territorio che si riconosce nella confessione cattolica” e afferma dunque che l’azione, “mirando all’eliminazione degli ostacoli materiali che si frappongono all’esercizio effettivo della libertà di culto” spetta anche al rappresentante della comunità di fedeli.

Da un punto di vista del merito, la Corte afferma che, rispetto al diritto dell’Osservatorio di chiudere il fondo concesso in uso dall’Amministrazione provinciale, si deve valutare anche la posizione dei “i titolari del diritto, fondamentale ed inviolabile, all’esercizio della libertà religiosa, che si manifesta con il culto pubblico nei luoghi a ciò deputati”. La Corte considera che al soddisfacimento di tale diritto è funzionale il diritto di transito sulla strada che permette l’accesso alla Chiesa. La Suprema Corte svolge allora un’argomentazione fondata sulla necessità di bilanciare il diritto di accedere ai luoghi di culto, tutelato dall’art. 19 cost., e il diritto del proprietario a chiudere l’accesso, e sostiene che, se la situazione di fatto è quella per cui l’accesso alla Chiesa è reso più gravoso, il bilanciamento non è stato effettuato in modo corretto, in quanto la Corte di Appello non ha tenuto in conto il “valore dei principi costituzionali coinvolti, non considerando la funzione integrativa che detti principi svolgono sul piano interpretativo, anche nei rapporti disciplinati dal diritto privato”. In particolare, l’apposizione di un citofono, gestito dai proprietari che hanno avuto in concessione l’uso della strada provinciale, non garantisce “una equilibrata salvaguardia dell’effettività e della pienezza del diritto di libertà religiosa di coloro che intendono accedere alla Chiesa”.

Il profilo che emerge è quello della rilevanza non soltanto della lesione ma anche dell’esercizio dei diritti fondamentali ed è una ritenuta insufficienza del rimedio civilistico rispetto alla tutela dell’esercizio della libertà religiosa l’argomento che induce la Corte ad applicare direttamente la libertà di cui all’art. 19 Cost. Tale insufficienza nel caso specifico potrebbe però rivelarsi anche normale in quanto la via di accesso al luogo di culto era pubblica, e oggetto di una concessione amministrativa; sarebbe utile – cosa che non si può fare in questa sede – guardare ai possibili rimedi di diritto amministrativo rispetto a una possibile contestazione della legittimità

dell'atto di concessione della strada in uso all'Osservatorio. Si supponga però il caso in cui l'accesso alla Chiesa, di proprietà degli enti ecclesiastici, fosse stato impossibile perché intercluso. In tal caso, applicando le norme in materia di servitù, sarebbe stata possibile la costituzione di una servitù di passaggio coattiva, secondo quanto dispone l'art. 1051 cod. civ., con la conseguente applicazione degli artt. 1032 cod. civ., nonché degli artt. 1063 cod. civ. ss.; dal punto di vista del merito sarebbe stata allora in quel caso possibile un'interpretazione costituzionalmente orientata di tali norme, sulla falsariga di quella che è stata svolta dalla Corte Costituzionale nel 1999⁶⁸³, seguita dalla Corte di Cassazione⁶⁸⁴, rispetto al secondo comma dell'art. 1052 cod. civ. per permettere la costituzione di una servitù di passaggio coattiva nel caso di esigenze di accessibilità da parte di soggetti portatori di *handicap*. L'interpretazione costituzionalmente orientata, in particolare avrebbe potuto permettere la costituzione di una servitù che fosse funzionale al “conveniente uso del fondo” (art. 1051 cod. civ.)⁶⁸⁵, che si sarebbe potuto individuare anche nella destinazione al culto pubblico. Tale interpretazione avrebbe inoltre potuto impedire l'apposizione del cancello, in ragione degli artt. 1064 cod. civ.⁶⁸⁶ e 1065 cod. civ. rispetto all'esercizio della servitù⁶⁸⁷, anche in ragione della funzione sociale della proprietà⁶⁸⁸. Certamente però

⁶⁸³ Corte Cost., 10 maggio 1999, n. 167 in www.giurcost.org (ultima consultazione: 11 giugno 2017).

⁶⁸⁴ Cass. Civ. 3 agosto 2012, n. 14103 in www.iusexplorer.it (ultima consultazione: 11 giugno 2017).

⁶⁸⁵ Sull'interpretazione del “conveniente uso del fondo” si veda, fra gli altri, G. Branca, *Servitù prediali*⁶, in A. Scialoja, G. Branca, *Commentario del Codice Civile*, 1987, pp. 201 ss.

⁶⁸⁶ La casistica sul secondo comma dell'art. 1064 cod. civ., rispetto all'apposizione di cancelli, citofoni etc. è molto vasta. Si vedano *ex multis*: 24 aprile 2003, n. 6513, Cass. Civ. 11 novembre 2002, n. 15796 in www.studiolegale.leggiditalia.it (ultima consultazione: 12 giugno 2017). In dottrina già G. Branca scriveva “non basta che l'accesso sia libero (...) ma deve essere tale che il vicino possa servirsene, senza intralci o necessità di preventive domande, ogni volta che i bisogni del fondo, per i quali la servitù si sia costituita, lo richiedano”, in *Id.*, *Servitù prediali*⁶, in A. Scialoja, G. Branca (dir.), *Commentario del Codice Civile*, 1987, p. 338.

⁶⁸⁷ Rispetto a tali norme e al significato che assume il sintagma “conveniente uso del fondo” scrive G. Branca che “l'estensione come il modo e il luogo d'esercizio della servitù verranno determinati sulla base dei bisogni per i quali è stata chiesta. Da qui la necessità di stabilire con precisione quale sia il conveniente uso del fondo, in nome del quale la s'impone e di richiamarsi (...) all'art. 1065 cod. civ. (“col minor danno del fondo servente”): è ovvio per es. che il passaggio richiesto per un piccolo orto sarà meno ampio di quello domandato per un latifondo utilizzato industrialmente”, in *Id.*, *Servitù prediali*⁶, in A. Scialoja, G. Branca (dir.), *Commentario del Codice Civile*, 1987, pp. 207.

⁶⁸⁸ A tal proposito è interessante richiamare la sentenza 14 febbraio 2012, n. 2156 della Corte di Cassazione, in materia di funzione sociale della proprietà, in cui la Corte ha svolto un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1102 cod. civ., anche in ragione della funzione sociale della proprietà, al fine di ritenere prevalente l'interesse del disabile ad accedere alla propria abitazione attraverso la costruzione di un ascensore a fronte di un “disagio e scomodità” dei condomini nell'uso

sul piano della legittimazione ad agire, e dunque dell'attribuzione della possibilità di attivarsi per la tutela del proprio diritto, le conclusioni non sarebbero state le stesse rispetto alla rappresentanza della comunità dei fedeli da parte del parroco, considerando la *ratio* e la lettera dell'art. 1051 cod. civ., che attribuisce al proprietario il diritto di ottenere il passaggio sul fondo vicino, e la difficoltà di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1078 cod. civ., stante la sua chiara *ratio* connessa ai diritti reali.

3.3. Gli art. 9 e 33 cost. e l'interpretazione dell'art. 842 cod. civ.

Ai fini di comprendere le possibilità degli interessi costituzionalmente rilevanti rispetto alla possibilità di godere delle utilità di un bene altrui, occorre ora prendere in esame una pronuncia della Corte Costituzionale piuttosto risalente⁶⁸⁹, in cui è sottoposta al vaglio la legittimità costituzionale dell'art. 842 cod. civ.⁶⁹⁰, in relazione agli artt. 9 e 33 Cost. Il giudice *a quo* sostiene che il diritto previsto per i soli cacciatori “postulerebbe eguale diritto a favore di chi persegue (...) fini artistici, scientifici e culturali in genere”, in quanto altrimenti “dovrebbe configurarsi una violazione della libertà dell'arte e della scienza garantite dagli artt. 9 e 33 della Costituzione”. Si deduce anche un contrasto con l'art. 2 Cost., in quanto norma a tutela dei diritti fondamentali, nonché con l'art. 3 Cost., sotto il profilo del divieto di discriminazioni. La Corte rigetta la questione, con un'argomentazione significativa. I giudici delle leggi infatti affermano che “l'eventuale facoltà di ingresso in un fondo altrui per esercitarvi (...) le attività artistico-culturali in esame, non investe un (...) carattere di

della scala comune e dalla relativa restrizione e nella difficoltà di usi eccezionali della stessa”. Per alcune riflessioni rispetto al ruolo della funzione sociale della proprietà si veda il § 3.5.

⁶⁸⁹ Corte Cost., 25 marzo 1976 n. 57, in www.giurcost.org (ultima consultazione: 9 giugno 2017). Si veda per un commento, G. Liotta, *Profili dell'accesso nel diritto privato*, Padova, 1992, pp. 123 ss., nonché, in una diversa prospettiva, F. Valguarnera, *Accesso alla natura fra ideologia e diritto*², Torino, 2010, p. 176.

⁶⁹⁰ La norma com'è noto dispone che “il proprietario di un fondo non può impedire che vi si entri per l'esercizio della caccia, a meno che il fondo sia chiuso nei modi stabiliti dalla legge sulla caccia o vi siano colture in atto suscettibili di danno. Egli può sempre opporsi a chi non è munito della licenza rilasciata dall'autorità. Per l'esercizio della pesca occorre il consenso del proprietario del fondo”. Sulle origini storiche dell'art. 842 cod. civ., fra gli altri, A. Quarta, *Non proprietà*, cit., p. 253. Per un commento specifico della norma si veda P. Lisi, *Art. 842*, in A. Iannarelli, F. Macario, *Della proprietà*, volume del *Commentario del Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli.

essenzialità” rispetto all’esercizio delle libertà invocate, in quanto queste sono “suscettibili di attuazione con diverse modalità, data la loro complessa e multiforme sostanza di ricerca ed elaborazione scientifica, mista all’esercizio di attività tendenti al raggiungimento di fini di carattere prevalentemente estetico”. I giudici delle leggi giustificano poi l’esclusione della previsione di un diritto di accesso pari a quello previsto per i cacciatori⁶⁹¹ in ragione della tutela costituzionale del diritto di proprietà. La Corte Costituzionale dunque nega l’esistenza di un diritto di accesso alla generalità delle persone, in quanto, si afferma, la libertà dell’arte e della scienza non risulta compressa rispetto alla possibilità astratta di un suo esercizio⁶⁹², ma solo rispetto a una sua specifica modalità.

Occorre a tal proposito anche considerare che con riguardo alla configurabilità di un diritto di accesso al di fuori delle ipotesi tipiche, la Cassazione, con sentenza n. 8997 del 27 agosto 1999, in un caso in cui si invocava la responsabilità civile, *ex art.* 2051 cod. civ., del proprietario, ha affermato che non è possibile configurare un “diritto di accesso alla natura” che abbia come contenuto la “libertà di accedere, senza recare danni alle eventuali colture esistenti, al fondo altrui che non sia chiuso, al fine di svolgere attività escursionistiche, ricreative o simili”. Si esclude così la possibilità di un’applicazione analogica dell’art. 842 cod. civ., così come delle altre – scarse – norme che permettono l’ingresso nel fondo⁶⁹³.

Rispetto alle interpretazioni rese dalle due Corti, se l’interesse paesaggistico, o *lato sensu* di ricerca, seguendo la motivazione della pronuncia della Corte Costituzionale poc’anzi richiamata, non è sufficientemente inciso dalla mancata possibilità di accedere al fondo, ci si potrebbe chiedere se vi sono dei criteri per concretizzare tale interesse, per comprendere se si possono configurare delle ipotesi in cui l’accesso al

⁶⁹¹ Per una critica sulla distinzione che la Corte fa delle due fattispecie si veda F. Valguarnera, *Accesso alla natura* cit., p. 170.

⁶⁹² La pronuncia è interessante perché non sembra, quantomeno nell’impostazione argomentativa, ricondurre l’art. 9 e 33 cost. nell’alveo delle libertà esclusivamente negative. Sul tradizionale modo di vedere tale libertà, e per una sua parziale critica si veda R. Bin, *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, versione italiana in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Libert%C3%A0%20della%20ricerca.pdf> (ultima consultazione: 12 giugno 2017).

⁶⁹³ Art. 3, l. 572, 16 dicembre 1985, secondo cui “la raccolta dei tartufi è libera nei boschi e nei terreni non coltivati”. Sul punto, F. Valguarnera, *Accesso alla natura fra ideologia e diritto*², Torino, 2010, pp. 166-167.

fondo può essere giustificato in ragione della particolare rilevanza che assume rispetto alla realizzazione di un interesse dei singoli, tutelato a livello costituzionale. Il riferimento della Corte Costituzionale alla (mancante) essenzialità della facoltà di ingresso nel fondo rispetto alla libertà di cui agli artt. 9 e 33 cost., riferito al fatto che l'esercizio del diritto è possibile secondo altre modalità, porta a chiedersi a quale soluzione sarebbe arrivata la Corte se l'esclusione dal fondo avesse comportato una compressione di buona parte delle facoltà di esercizio del diritto.

La questione può essere analizzata da due punti di vista, l'uno con riferimento a possibili utilità specifiche che il bene può esprimere, l'altro con riguardo alla posizione qualificata dei singoli.

Ad esempio, rispetto a un'ipotesi che combina apertamente i due elementi, si può immaginare il caso di un ricercatore che svolge la sua attività di ricerca, magari finanziata dallo Stato, proprio su una pianta o un *habitat* che si trova su pochi fondi, fra cui quello di cui si chiede l'accesso, o l'ipotesi in cui lo studio su quel fondo sia di particolare rilevanza per acclerate ragioni scientificamente valide e rilevanti. In questo caso la Consulta non avrebbe potuto svolgere lo stesso procedimento argomentativo, in ragione della concretizzazione dell'interesse o, detto in altri termini, della compressione eccessiva (delle facoltà) della libertà di ricerca che l'esclusione dall'accesso porta con sé. Nell'ipotesi che si è posta il bene, per le sue particolari caratteristiche, ed in assenza di una specifica eventuale disciplina pubblicistica⁶⁹⁴, potrebbe risultare funzionale all'esercizio di una libertà che si concretizza in capo ad un soggetto individuato.

Ci si può chiedere poi se vi siano altre ipotesi in cui l'accesso al fondo possa essere necessario per la realizzazione di un interesse dei singoli, tutelato a livello costituzionale. Guardando all'interesse ambientale e paesaggistico, di cui all'art. 9 cost., questo è in astratto riferibile alla collettività intesa nel senso ampio dei consociati, ma ci si può interrogare su quali siano i soggetti per cui l'accesso al bene è necessario al soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente protetto. La questione richiama quella degli interessi diffusi, che possono essere definiti come

⁶⁹⁴ L'ipotesi non pare così remota, considerando lo scarto che fisiologicamente si ha nel recepimento dei risultati della ricerca scientifica da parte della normativa pubblicistica.

interessi privi di un unico titolare e al contempo riferibili ad una generalità di soggetti⁶⁹⁵. A tal riguardo si è posto in luce come tali interessi possano sempre essere visti sia dal punto di vista oggettivo che soggettivo. Rispetto al primo, questi possono essere visti come “il punto o la superficie di emergenza di un bisogno o di un gruppo di bisogni della collettività assunti soprattutto nella loro sostanzialità”, e dunque “come un settore o un aspetto dell’interesse pubblico”. D’altro canto la prospettiva soggettiva “non può mancare” ed è “impost[a] dal fatto che pur sempre di bisogno umano latamente individualizzabile si tratta”⁶⁹⁶. E proprio il profilo soggettivo, afferma parte della dottrina, “è la condizione per poter consentire all’interesse diffuso l’accesso al mondo delle tutele giurisdizionali, che conosce controversie fra soggetti e non fra un soggetto e un oggetto (...) o addirittura fra due oggetti (...)”⁶⁹⁷. Tali riflessioni paiono cogliere la questione della declinazione degli interessi costituzionalmente tutelati rispetto alle prerogative dei singoli, e non soltanto rispetto a una collettività intesa in senso unitario, che spesso finisce per coincidere con lo Stato. Nelle sentenze che si sono richiamate le Corti non ritengono di poter fondare su un interesse diffuso, come quello paesaggistico, un diritto “forte” come quello di accesso a un fondo. Ci si domanda se a tal proposito non si possa immaginare un possibile criterio di concretizzazione dell’interesse, che permetta di affermarne una rilevanza giuridica in senso soggettivo. Guardando all’interesse paesaggistico o ambientale può essere considerato, opportunamente riadattato, il criterio della cd. *vicinitas*, utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa in materia di legittimazione ad agire rispetto agli interessi diffusi⁶⁹⁸, che potrebbe ulteriormente rafforzarsi se

⁶⁹⁵ Si vedano sul punto le note nn. 197, 250.

⁶⁹⁶ M. Nigro, *Le due facce dell’ambiguità dell’interesse diffuso*, cit., p. 9. Si vedano anche, di recente, L. Ferrara, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in “Diritto pubblico”, n. 3, 2016, pp. 67 ss.; A. Ciervo, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in “Questione giustizia”, n. 2, 2017.

⁶⁹⁷ M. Nigro, *Le due facce dell’ambiguità dell’interesse diffuso*, cit., p. 9.

⁶⁹⁸ Tale criterio consiste nello “*stabile e significativo collegamento (...) del ricorrente con l’ambiente che si vuole proteggere*” (Consiglio di Stato, 27 marzo 2003, n. 1600 in www.iusexplorer.it (ultimo accesso: 28 agosto 2017)). Sul tema della *vicinitas*, e sull’altalenante giurisprudenza circa l’individuazione dell’interesse ambientale come interesse a ricorrere si veda A. Maestroni *La vicinitas quale condizione per l’azione; paletti interpretativi in relazione alla questione della necessità della prova effettiva di un danno attuale e concreto in capo al gruppo di cittadini ricorrente*, in “Rivista giuridica dell’ambiente”, n. 5, 2014; S. Guarino, *La legittimazione a ricorrere in materia di provvedimenti autorizzatori alla realizzazione di impianti di energia da fonte rinnovabile*, in “Rivista giuridica dell’ambiente”, n. 5, 2013; P. Bertolini, *Problematiche connesse alle condizioni dell’azione*

congiunto al diritto a vivere in un ambiente salubre⁶⁹⁹. Tale criterio è utile, in quanto può permettere di selezionare quelle situazioni in cui, in ragione di un criterio di “prossimità”, l’esercizio degli interessi tutelati a livello costituzionale può essere compromesso, nella sua “essenzialità”, dalla mancata possibilità di una previsione simile a quella dell’art. 842 cod. civ. E se il riferimento all’essenzialità sembrasse impreciso, *in primis* in ragione del richiamo ad un’ontologia poco praticabile sul piano del diritto, allora il criterio potrebbe essere quello di una comparazione fra la compressione della singola modalità di esercizio – la possibilità di accedere al fondo per scopi “naturalistici” – e quella della possibilità in astratto di soddisfare, da parte del singolo, l’interesse paesaggistico e ambientale. Se la compressione della modalità di esercizio vanifica la possibilità o rende estremamente difficile la realizzazione di tale interesse, – e un indice potrebbe essere quello della prossimità, della *vicinitas* –, allora sarà necessaria un’interpretazione costituzionalmente orientata della norma, pena la compressione di una garanzia costituzionale.

Tale impostazione può servire a dare un risvolto applicativo a quella che rischia di rimanere una mera statuizione di principio, contenuta nelle citate sentenze del 2011 della Corte di Cassazione⁷⁰⁰ che, seppur rese in riferimento ai beni demaniali, hanno affermato che “là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi (...) «comune» vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini”. E se tali interessi rilevano certamente su un piano pubblicistico in senso oggettivo, quando vi sono degli indici che ne permettono la concretizzazione, potrebbero essere fatti valere anche in senso soggettivo; in questo senso, e senza tacere le difficoltà che derivano dalla *ratio* originaria dell’art. 842 cost., certo non legata al soddisfacimento di interessi costituzionali, si potrebbe provare a costruire

nei ricorsi in materia ambientale proposti da cittadini uti singuli, in “Rivista giuridica ambiente”, n. 6, 2012.

⁶⁹⁹ È quest’ultima la prospettiva di F. Valguarnera, *Accesso alla natura* cit., p. 187.

⁷⁰⁰ Su cui si veda il § 3.2. del I capitolo.

un'applicazione costituzionalmente orientata della norma, o proporre nuovamente la questione della sua costituzionalità.

3.4. Alcune riflessioni a partire dalle ipotesi esaminate

Le ipotesi esaminate permettono di svolgere due ordini di considerazioni; le prime attengono all'opportunità di costruire dei criteri che permettano di definire quando si sia di fronte ad una compressione della possibilità di soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente protetto che risulti intollerabile secondo i parametri costituzionali. In secondo luogo si possono mettere in luce alcuni aspetti di particolare rilevanza che attengono alla costruzione delle tecniche di protezione dei diritti fondamentali nell'ambito del diritto dei beni.

Rispetto al primo profilo si può partire dalle riflessioni di chi, nell'ambito della responsabilità civile, si è posto la questione in relazione alla considerazione per cui “le libertà e i diritti fondamentali hanno (...) una potenziale, notevole latitudine contenutistica rispetto alla quale diviene imprescindibile tenere conto del coinvolgimento in concreto dell'interesse”⁷⁰¹; rispetto a tale concretizzazione, sul terreno della responsabilità civile si è affermato che “ciò che conta rilevare è che il coinvolgimento in concreto di un diritto inviolabile richiede che l'offesa all'interesse non sia di minima rilevanza”, e che dunque si tratta “di escludere in negativo pretese capricciose legate a offese minime che urtano solo l'ipersensibilità individuale, non colpiscono il nucleo inviolabile dell'interesse e sono inidonee a superare il limite della tollerabilità civile”⁷⁰².

Tali indicazioni sono state elaborate rispetto alla lesione da parte di terzi di interessi costituzionalmente tutelati come inviolabili; rispetto alle ipotesi che si sono esaminate, solo nel primo caso relativo al diritto alla salute saremmo di fronte a una lesione dovuta ad un'attività di terzi, mentre negli altri due casi ciò che rileva è una mancata possibilità di esercizio dell'interesse costituzionalmente protetto. Nel solco di tali considerazioni gli indici che si sono visti servono per comprendere quando il diritto alla salute possa ritenersi leso da un certo uso del bene da parte del proprietario, e

⁷⁰¹ E. Navarretta, *Il danno non patrimoniale e la responsabilità extracontrattuale*, in *Ead.* (a cura di), *Il danno non patrimoniale: principi, regole*, cit., p. 36.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 37.

quando invece la questione rimanga quella, risolta in base ai criteri dell'art. 844 cod. civ., dei conflitti fra diversi proprietari, che poco hanno a che vedere con il diritto alla salute e con i diritti fondamentali.

Rispetto agli altri due casi che si sono sottoposti ad analisi si può ipotizzare che un criterio possa essere quello, già menzionato, di una comparazione fra la compressione della singola possibile modalità di esercizio e quella della possibilità in astratto di soddisfare l'interesse costituzionalmente protetto da parte del singolo. In questa prospettiva, se la compressione della singola modalità di esercizio renderà impossibile o particolarmente difficoltosa la possibilità del soddisfacimento dell'interesse allora si sarà di fronte a una compressione inaccettabile perché eccessivamente limitativa delle possibilità di soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente tutelato.

Se si è indagato il profilo dell'attuazione dei diritti fondamentali, occorre ora soffermarsi sulla possibile loro incidenza sul regime del bene nei casi esaminati, in particolare in relazione alle prerogative dei terzi rispetto alla fruizione delle utilità che il bene esprime, così come rispetto alla legittimazione ad agire.

Con riguardo al primo profilo, in relazione alle ipotesi in materia di diritto alla salute, il possibile ruolo dei terzi è quello di incidere sull'uso del bene attraverso la tutela inibitoria, che comporta una compressione degli usi del bene che il proprietario può porre in essere, e dunque anche una modificazione delle utilità che l'ordinamento gli permette di trarre dal bene, senza però arrivare a permettere il godimento, in positivo, da parte dei titolari del diritto fondamentale, di un'utilità che il bene esprime.

Rispetto al caso che si è esaminato in materia di libertà religiosa invece si renderebbe in teoria possibile un uso – specifico e delimitato – del bene in ragione della sua necessità ai fini dell'esercizio della libertà di cui all'art. 19 cost. Ma, posto che è già il diritto privato a prevedere la possibilità di costituzione di un titolo – e per di più per il tramite 'forte' di un diritto reale – che permette di tutelare il diritto di accesso al bene, la libertà religiosa sembra poter funzionare qui come canone interpretativo delle norme in materia di servitù, salvo però tener presente che sul piano della possibilità di agire in giudizio rimangono delle restrizioni significative. In relazione all'interpretazione dell'art. 842 cod. civ., proprio la saldatura fra interesse costituzionalmente protetto e funzionalità – qualificata, si potrebbe dire – delle utilità

che il bene esprime rispetto al soddisfacimento di tale interesse potrebbe permettere un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma.

Con riguardo alla possibilità di agire in giudizio, le norme di diritto privato che si sono esaminate, in quanto norme sui diritti reali, o legate ad una specifica attività come quella della caccia nel caso dell'art. 842 cod. civ., consentono con difficoltà una azionabilità “diffusa” dei rimedi, fondata sulla titolarità dell'interesse costituzionalmente protetto⁷⁰³. Ed infatti la giurisprudenza, quando arriva ad estendere ampiamente la possibilità di azionare la norma, lo fa, nel caso del diritto alla salute, sulla base di argomentazioni fondate o sull'art. 2058 cod. civ., regola che nasce nell'ambito della responsabilità, oppure direttamente sulle norme costituzionali, come nel caso relativo alla libertà religiosa.

3.5. Un ruolo per la funzione sociale della proprietà

La difficoltà rilevate nell'applicazione delle norme prese in esame in funzione di tutela allargata degli interessi costituzionali, nonché la necessità di guardare alla giustificazione della compressione dei poteri del proprietario rende opportuno guardare al ruolo della funzione sociale della proprietà. Occorre muovere dalle riflessioni di chi affermava che con questa formula “viene ad assumere rilievo, sullo stesso piano costituzionale, una nuova posizione dell'individuo, non più considerato soltanto – secondo i noti schemi – *uti singulus* ovvero *uti civis*, ma anche nella posizione, che egli assume, nella *societas*, cioè, non rispetto allo Stato, ma rispetto agli altri individui, e, quindi, *uti socius*”⁷⁰⁴. Si può poi considerare quella dottrina che ha ricostruito la funzione sociale come limite interno alla proprietà⁷⁰⁵, che non arriva a imporre un comportamento al proprietario, ma che porta con sé la considerazione per cui “la legittimità del comportamento del *dominus* si esaurisc[e] al limite della

⁷⁰³ Si veda per un maggior sviluppo di tale argomento l'ultimo § delle riflessioni conclusive.

⁷⁰⁴ U. Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni, I*², Milano, 1976, p. 186.

⁷⁰⁵ Scrive rispetto a tale riflessione U. Mattei che “fu certo un errore rifiutare in chiave massimalista il tentativo di approfondire e rendere intellettualmente robusta la riflessione sui limiti interni al diritto di proprietà”, in *Id.*, *Una primavera di movimento per la “funzione sociale della proprietà”*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 2013, p. 541. Per una mappa dell'evoluzione dell'interpretazione della nozione di funzione sociale si vedano, di recente, S. Patti, *La funzione sociale nella “civilistica italiana” dell'ultimo secolo*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 2, 2016; F. Macario, M. N. Miletta, *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo. Atti dell'incontro di studio, Roma 9 ottobre 2015*, Roma, 2017.

antisocialità”⁷⁰⁶. In tali ricostruzioni il significato dell’istanza sociale è schiettamente giuridico e concepito come “espressione rivendicativa del libero sviluppo della personalità”⁷⁰⁷ in relazione all’art. 3 comma 2 della Costituzione.

Rispetto alla costruzione in capo ai terzi non proprietari di prerogative sul bene tali dottrine possono essere utili per due ragioni. In primo luogo queste permettono l’applicazione analogica ed estensiva di norme limitative del diritto di proprietà quando la loro applicazione rende possibile il soddisfacimento dell’istanza sociale, legata ad interessi di natura “non esclusivamente patrimoniale (...) rispondente a principi di solidarietà e dignità delle persone”⁷⁰⁸. Tali interessi potrebbero essere individuati – quantomeno – in quelli costituzionalmente protetti in capo a tutti i singoli, quando essi siano concretamente in gioco⁷⁰⁹. Queste considerazioni rendono allora possibile, per esempio, interrogarsi sulla possibilità di un’interpretazione analogica dell’art. 842 cod. civ. nel caso in cui il mancato accesso al fondo comprima, in concreto, la possibilità di esercizio dell’interesse costituzionalmente tutelato.

In secondo luogo la riflessione sulla funzione sociale della proprietà potrebbe condurre a trovare una lacuna di disciplina rispetto ad alcuni usi del bene, perché il diritto del proprietario si arresta sulla soglia dell’antisocialità, configurabile quando l’attività del proprietario sia considerata in contrasto con la possibilità di soddisfacimento, in concreto, di interessi costituzionalmente protetti. In questa prospettiva la costruzione dei rimedi, anche con riguardo alla questione della legittimazione ad agire⁷¹⁰, potrebbe risultare possibile sia in relazione al ricorso all’analogia, sia con riguardo al possibile intervento della giurisprudenza, e in

⁷⁰⁶ U. Natoli, *La proprietà*, cit., p. 192.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, p. 193.

⁷⁰⁸ È questa l’impostazione di P. Perlingieri, *Introduzione alla problematica della “proprietà”*, Napoli, 1970, p. 73. Scrive l’A. che “la nozione di funzione sociale, presente nella definizione che della proprietà dà la Costituzione, incide sulla proprietà dall’interno, sì che consente talvolta di considerare talune norme ordinarie non più di natura eccezionale, e quindi applicabili per analogia. Tre le condizioni che rendono possibile questo procedimento in riferimento alle singole norme vi è innanzitutto l’analogia”.

⁷⁰⁹ In questo senso potrebbero essere lette le riflessioni di chi afferma che “una funzionalizzazione delle utilità generate dai beni (*rectius* generabili attraverso i beni) obbliga a ripensare i rapporti fra collettivo e individuale”, U. Mattei, *Una primavera di movimento*, cit., p. 548.

⁷¹⁰ Già U. Natoli rifletteva sulla questione della legittimazione ad agire. Si veda *Id.*, *La proprietà*, cit., p. 192 ss.

particolare modo di quella Corte Costituzionale attraverso pronunce additive che diano attuazione ai diritti fondamentali, qualora non vi sia nessuna norma che risulti passibile di interpretazione costituzionalmente orientata volta a garantire il soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente tutelato⁷¹¹.

Infine, occorre svolgere alcune riflessioni sul ruolo della funzione sociale rispetto alla giustificazione di una compressione dei poteri del proprietario, che derivi dalla della ricostruzione di prerogative di terzi non proprietari sul bene. Si potrebbe sostenere a tal proposito che tali limitazioni siano espropriazioni larvate, e che in quanto tali necessitino di un indennizzo e di un provvedimento quantomeno della pubblica amministrazione. Ora, anche in una prospettiva *de iure condendo*, tali critiche possono essere confutate sulla base di due ordini di argomentazioni. Da una parte occorre considerare che, pressoché da sempre⁷¹² la Corte Costituzionale, seguita dalla Corte di Cassazione, afferma la legittimità costituzionale di misure legislative che conformino il regime dei beni, in ragione della funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 comma 2, Cost., individuando come *discrimen* fra l'espropriazione con indennizzo e la conformazione che non richiede un indennizzo, la configurazione di limiti che abbiano carattere obiettivo, scaturenti da "disposizioni che imprimano, per così dire, un certo carattere a determinate categorie di beni, identificabili a priori per caratteristiche intrinseche". Si pone invece la questione dell'*an* dell'indennizzo quando "le imposizioni non abbiano questo carattere generale e obbiettivo, in quanto comportino un sacrificio per singoli soggetti o gruppi di soggetti"⁷¹³. Nell'impostazione che si sta qui proponendo, le limitazioni che il diritto di proprietà subirebbe potrebbero essere classificate come del primo tipo, e dunque incidere su categorie di beni, da individuarsi con un criterio funzionale, in relazione alla

⁷¹¹ A tal proposito, la giurisprudenza costituzionale in materia di immissioni pone in luce che, una singola norma può essere ritenuta, con un percorso argomentativo perfettamente coerente e plausibile, come norma deputata alla tutela di interessi diversi rispetto a quello alla salute, tutelato a livello costituzionale; si potrebbe però interrogarsi sull'adozione di un diverso orientamento, qualora si constati che di fronte ad una violazione, magari costante, della garanzia del diritto alla salute, non vi sono rimedi possibili, a meno di non forzare le norme di diritto positivo.

⁷¹² C. Cost., 10 maggio 1963, n. 64, in relazione alla possibile disciplina limitatrice dello *jus edificandi; ex pluris*: C. Cost. 20 gennaio 1966, n. 6, C. Cost., 4 luglio 1974, n. 202; 20 dicembre 1976, n. 245, 11 luglio 1989, n. 391; 13 luglio 1990, n. 328; C. cost. 21 luglio 1995, n. 417; C. Cost. 19 luglio 1999, n. 259; C. Cost. 27 dicembre 1996, n. 419; 4 giugno 1997, n. 170. Le pronunce sono consultabili all'indirizzo: www.giurcost.org (ultima consultazione: 20 agosto 2017).

⁷¹³ C. Cost. 20 gennaio 1966, n. 6.

circostanza per la quale un certo uso del bene da parte del proprietario, o il mancato uso da parte del titolare dell'interesse costituzionalmente protetto, portano con sé una indebita compressione di quest'ultimo. La considerazione della funzione sociale come limite interno del diritto di proprietà porta, come già accennato, ad affermare che il diritto si arresta sulla soglia dell'antisocialità; questa si potrebbe riscontrare quando le prerogative proprietarie costituiscono un ostacolo al soddisfacimento di un interesse costituzionalmente protetto.

3.6. Uso dei beni e interessi costituzionalmente protetti

La prospettiva che si è utilizzata ha permesso di guardare al possibile esercizio di poteri sul bene da parte di soggetti non proprietari, ma titolari di interessi costituzionalmente tutelati. Dall'indagine svolta, al di là delle differenze dei singoli casi e anche in una prospettiva *de iure condendo*, emerge l'opportunità di sottrarre alla discrezionalità del proprietario determinati usi del bene, e di comprimere tale discrezionalità non in ragione di un interesse oggettivo – e dunque pubblico –, concretizzato dal legislatore o dalla Pubblica Amministrazione, ma per la necessità del soddisfacimento, da parte dei titolari, di interessi costituzionalmente tutelati. Nel solco di tali considerazioni, se la prospettiva oggettiva pone il “dubbio che in questa ricostruzione venga trascurata e minimizzata proprio la dimensione soggettiva dell'interesse nella sua totalità, cioè l'aspetto di esso come espresso e costituito dalla persona singola, dall'uomo nella sua condizione di portatore di bisogni e di impulsi fisici e psicologici per la loro concreta realizzazione”⁷¹⁴, il punto di vista che porta a mettere in rilievo il ruolo dei – molti – titolari di interessi costituzionalmente tutelati può permettere di far emergere la molteplicità delle posizioni⁷¹⁵ rispetto al soddisfacimento dell'interesse. In questo senso si può riflettere sulle conseguenze di una ‘redistribuzione dei poteri’ rispetto agli usi del bene che permettano il soddisfacimento di interessi costituzionalmente tutelati, anche attraverso l'attribuzione di prerogative azionabili in giudizio da parte dei titolari. La conseguenza potrebbe così essere quella della sottrazione alla sfera di esclusiva del proprietario di

⁷¹⁴ M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit., p. 16

⁷¹⁵ E dunque anche l'emersione di una possibile “dialettica viva e accesa” fra le posizioni e le pretese dei diversi titolari. Sul punto M. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso*, cit., pp. 16 ss.

un determinato uso del bene, o limitando la sua discrezionalità – per esempio attraverso la costruzione della possibilità di esercizio di un’azione inibitoria da parte dei soggetti titolari dell’interesse costituzionalmente tutelato –, oppure permettendo a terzi uno specifico uso del bene. Tale operazione si realizzerebbe disgiungendo determinati poteri sul bene dalla titolarità di un diritto di proprietà, o di un titolo derivante dalla disposizione di quest’ultimo. Tale diverso fondamento della prerogativa sul bene peraltro induce la conseguenza di sottrarre gli interessi così tutelati alla logica del mercato, proprio in quanto le prerogative che ne permettono il soddisfacimento sono costruite in base ad un meccanismo diverso da quello proprietario. Con il possibile risultato di costruire un modello di gestione delle decisioni sull’uso del bene – non tutte ma solo quelle rilevanti ai fini del soddisfacimento dell’interesse tutelato – secondo forme non segnate dall’esclusività e dalla posizione di supremazia del proprietario.

Una possibile critica di tale impostazione sarebbe quella per cui, in tal modo, talune decisioni sull’uso dei beni finirebbero per essere consegnate al giudice, piuttosto che a—forme “reali” di gestione condivisa. Tale obiezione pare corretta soltanto parzialmente, se si considera il possibile effetto di incentivo che tale modello può portare con sé rispetto al comportamento dei soggetti interessati.

4. INTERESSI, UTILITÀ O BENI COMUNI?

Rispetto all’indagine che si è svolta si può provare a individuare un significato dell’aggettivo comune, così come due possibili declinazioni di una nozione giuridica di ‘beni comuni’.

In primo luogo l’aggettivo comune può assumere nel diritto positivo una accezione inter-soggettiva, atta ad indicare quegli interessi costituzionalmente tutelati, non patrimoniali e connessi allo sviluppo della personalità, di cui ciascuno è titolare, e rispetto ai quali deve essere garantita, in ossequio alla prima parte del testo costituzionale e in particolar modo all’uguaglianza sostanziale, la pari opportunità nelle possibilità di soddisfacimento. La definizione di tali interessi come ‘comuni’ sembrerebbe dunque essere utile a non trascurare né la dimensione soggettiva né quella collettiva di tali interessi, permettendo così di costruire un punto di vista che non faccia scomparire i singoli all’interno di un’oggettività che reclama un rappresentante, lo Stato, e al tempo stesso non trascuri il carattere molteplice dei

soggetti che ne sono portatori. La collettività è dunque qui ricostruita a partire dalle posizioni dei singoli; in una dimensione statica, che prescinde dal contesto, questa coincide, per usare le parole di Stefano Rodotà, con la ‘comunità umana’⁷¹⁶ mentre rispetto alla dimensione dinamica di interazione fra regime del bene e interesse costituzionalmente tutelato, di ‘messa in moto’ dell’interesse al fine del suo soddisfacimento, la collettività può essere ristretta, e definita, seppur in modo mobile, rispetto alla necessità concreta dell’esercizio di una prerogativa sul bene al fine del soddisfacimento dell’interesse. Infatti, affinché tali interessi comuni possano acquisire rilevanza rispetto alla costruzione del regime del bene, è necessario che gli stessi siano concretamente incisi da un certo uso da parte del proprietario, oppure da un non uso da parte dei titolari degli interessi costituzionalmente tutelati⁷¹⁷.

Così declinato il carattere ‘comune’, si possono individuare due possibili diversi significati del lemma beni comuni, rispetto all’indagine svolta, che ha considerato il termine bene nella sua accezione più ristretta di ‘bene-cosa’.

Una prima possibilità è costruire una gradazione⁷¹⁸ della nozione di ‘beni comuni’, intesa qui in senso ampio. Questa può designare tutte quelle ipotesi in cui l’esistenza di interessi comuni incide sul regime del bene, rendendo necessaria la costruzione di prerogative in capo ai titolari di tali interessi, e in cui dunque il regime del bene è costruito non soltanto in base al tipo di diritto di proprietà ma anche in relazione agli ‘interessi comuni’ che vi insistono.

Sarebbe poi possibile distinguere tre diverse ipotesi, in ragione del tipo di prerogativa esercitabile dal titolare dell’interesse comune⁷¹⁹. In primo luogo occorre considerare quelle prerogative che permettono ai titolari dell’interesse comune di esercitare un controllo sull’uso del bene, per esempio attraverso un’azione inibitoria. Prendendo l’esempio del diritto alla salute, la sua tutela è tradizionalmente affidata, con riguardo

⁷¹⁶ S. Rodotà, *Beni comuni: una strategia globale contro lo Human divide*, cit., p. 327.

⁷¹⁷ E dunque proprio il meccanismo di concretizzazione dell’interesse che si è delineato nel § 3.4 d’altro canto sembra far emergere l’esistenza di una collettività, definita però non come un *prius* rispetto alla titolarità di una prerogativa sul bene, quanto come conseguenza dell’esistenza di una pluralità di singoli titolari di un interesse costituzionalmente tutelato, concretamente in gioco rispetto all’uso del bene.

⁷¹⁸ L’idea della gradazione la devo al gruppo di ricerca, coordinato dalla professoressa J. Rochfeld, che sta lavorando sulla costruzione di un *échelle de communalité*.

⁷¹⁹ Molto utile per elaborare questa ricostruzione è stata la lettura di E. Diciotti, *I beni comuni nell’attuale dibattito politico e giuridico: un chiarimento concettuale, un’apologia e una critica*, in “Ragion pratica”, n. 2, 2013.

alla disciplina dell'uso dei beni, al soggetto pubblico, che interviene attraverso il diritto amministrativo. Ora, rispetto al diritto privato la prospettiva soggettiva permette di riflettere sulla costruzione di strumenti che ammettano i singoli alla tutela del proprio interesse, quando questo sia leso in concreto, attraverso un controllo sulla gestione del bene, e dunque sugli usi del bene posti in essere dal proprietario. Tale controllo può permettere di attuare più pienamente quella funzione di garanzia che la Costituzione svolge rispetto alla tutela degli interessi della persona da questa tutelati e dunque alla loro difesa di fronte a una lesione. Secondo questo punto di vista l'azione inibitoria serve a svolgere un controllo sull'attività del proprietario non affidato unicamente al soggetto pubblico.

Si possono poi individuare delle ipotesi in cui anche determinate utilità del 'bene-cosa' sono comuni, in quanto la pluralità dei singoli titolari dell'interesse 'comune' deve poter usare il bene, per trarne l'utilità necessaria al soddisfacimento di detto interesse. In questa prospettiva, se l'uso del bene può anche essere inteso come individuale, il riferimento alla nozione di utilità comuni serve a mettere in luce come vi sia anche qui una dimensione inter-soggettiva, di necessario coordinamento rispetto allo sfruttamento della stessa utilità da parte della pluralità di titolari dell'interesse comune, così come del proprietario. Rispetto a tale coordinamento, così come rispetto alla costruzione di un equilibrio concreto fra poteri del proprietario e prerogative dei titolari degli interessi costituzionalmente protetti, il criterio della necessità dell'uso al fine del soddisfacimento dell'interesse potrebbe fare da guida per la giurisprudenza.

Infine, nella gradazione che si sta proponendo si colloca una nozione di 'beni comuni in senso stretto', che designerebbe quei beni la cui totalità delle utilità è funzionale al soddisfacimento di interessi comuni, nel senso anzidetto. Si formula l'ipotesi, seguendo e sviluppando in questo senso l'impostazione adottata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione nel 2011, che questo tipo di beni possa essere rinvenuto sul piano del diritto positivo in alcuni beni pubblici, in quelli appunto necessari per il soddisfacimento di interessi costituzionalmente tutelati, con la conseguenza dell'opportunità di ricercare, sul piano del diritto amministrativo, gli strumenti per permettere ai titolari di vedersi garantito il soddisfacimento dell'interesse 'comune'.

L'accezione qui tratteggiata del lemma 'beni comuni', se porta con sé delle criticità in quanto raccoglie ipotesi molto diverse sul piano dei regimi dei beni, potrebbe essere

utile per mettere in luce le interazioni fra diritto dei beni e interessi costituzionalmente protetti, e dunque per riflettere, anche in una prospettiva *de iure condendo*, su una questione unitaria, quella della costruzione di prerogative dei soggetti titolari di interessi costituzionalmente protetti su beni di cui non sono proprietari, e dunque della costruzione di un regime del bene come ‘comune’ in ragione dell’esistenza di diversi interessi e prerogative sul bene, non tutti fondati sul titolo di proprietà, e riferibili a soggetti diversi.

Una seconda possibile scelta è quella di restringere il campo di operatività della nozione di ‘bene comune’ alle ipotesi che si sono viste da ultimo, di destinazione di tutte le utilità che un bene-cosa esprime al soddisfacimento di interessi costituzionalmente protetti. Tale opzione ha il pregio di circoscrivere maggiormente la nozione. La scelta fra le due opzioni non è necessitata, né facile, e dipende anche dal compito che si attribuisce alla nozione; certo la prima porta con sé un rischio di espansione difficilmente controllabile, ma d’altro canto permette di guardare ad un fenomeno unitario. La seconda permette di delimitare maggiormente la nozione; se si sceglie di optare per tale significato, è possibile individuare nella formula ‘interessi comuni’ un termine capace di racchiudere le diverse ipotesi che si sono viste.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Solo sfuggendo alla doppia presa dell'individuale e dell'universale il diritto potrà accedere ad un altro registro: quello che per comodità chiamiamo 'comune'

M. Spanò, *Il comune rimedio. Un'apologia minima della tutela*, 2016

1. Un significato della dimensione 'comune' – 2. Beni giuridici e comuni – 3. La costruzione dei regimi – 4. Le riflessioni dottrinali alla luce dell'indagine svolta – 5. Prospettive future d'indagine, *de iure condito e de iure condendo*

1. UN SIGNIFICATO DELLA DIMENSIONE 'COMUNE'

L'indagine compiuta, nel suo complesso, permette di svolgere alcune considerazioni teoriche sul significato che può assumere il termine 'comune'. Questo può indicare un regime del bene non individualistico, in cui interessi diversi si compongono, non soltanto attraverso la dialettica diritto di proprietà – intervento pubblico. La ricerca è stata tesa alla costruzione di una dimensione collettiva che non si esaurisca nella sfera pubblica, spesso ricondotta essa stessa al dominio e improntata allo *jus excludendi*. Allontanarsi dal 'pubblico', e dunque dalla considerazione dell'intera collettività – quantomeno nazionale – come punto di riferimento porta con sé il rischio, come è stato segnalato in dottrina, di una “possibile destrutturazione del senso (...) del progetto democratico universalistico che lo Stato moderno – pur con tutti i suoi limiti – aveva reso almeno possibile, offrendo, anche ai soggetti subalterni, l'occasione per accedere a meccanismi di redistribuzione e di accesso uguale e tutelato giuridicamente in nome del diritto”⁷²⁰. Tenendo a mente tali notazioni, si è sviluppato un percorso che cerca di rideclinare quell'inclusività che, quantomeno su un piano teorico, il progetto costituzionale – e quello dello Stato sociale – hanno portato con sé⁷²¹. In questo senso si è riflettuto sulle garanzie apprestate dai diritti fondamentali, guardando alla

⁷²⁰ G. Micciarelli, *I beni comuni al banco di prova del diritto*, in “Politica & Società”, n. 3, 2014, p. 133. Si veda anche la critica di Rodotà alla riflessione sulla dimensione comunitaria, *supra* § 2.6.2, capitolo I.

⁷²¹ E che si è tradotta anche nella previsione dell'art. 3, II comma cost.

concretezza della posizione di ciascun titolare. Si è così cercato di sciogliere, di dipanare l'oggettività del pubblico nella inter-soggettività del comune, nel tentativo di costruire un collettivo che riesca a far emergere e valorizzare la dimensione plurale dei soggetti che lo compongono.

2. BENI GIURIDICI E COMUNI

Rispetto al percorso compiuto un primo nodo da sciogliere è stato quello che ha riguardato la nozione di bene in senso giuridico. La ricerca ha avuto lo scopo di dimostrare che il concetto di bene comune può trovare un suo 'senso' giuridico proprio nella valorizzazione della complessità che presiede la nozione di bene giuridico. Si è visto che rispetto ai beni-cose di cui all'art. 810 cod. civ. si ha un bene in senso giuridico quando l'ordinamento disciplina le modalità di godimento e di disposizione di una cosa. Inoltre, l'analisi del significato che assume la parola bene in altri contesti normativi (capitolo II), come quello dell'art. 2740 cod. civ. ha messo in luce come tali nozioni considerino, anche in punto di disciplina, la persona e i suoi interessi. Lo stesso Codice Civile dunque non è estraneo a logiche pluralistiche, ben oltre la graniticità che si imputa al concetto di bene quando lo si lega esclusivamente al diritto di proprietà. Non è allora da escludere che anche rispetto ai beni-cose la persona, e le garanzie che l'ordinamento appresta per renderne possibile lo sviluppo della personalità, assumano rilevanza. In altre parole, la pluralità dei criteri di individuazione dei beni giuridici nei diversi contesti può permettere la costruzione anche di beni il cui regime consideri l'incidenza di interessi 'comuni', così definiti nel senso chiarito nel capitolo III. In tale prospettiva si può leggere anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁷²² quando considera non irrilevanti, ai fini della determinazione del regime del bene e della sua gestione, la posizione dei titolari di un interesse costituzionalmente tutelato, non proprietari del bene.

3. LA COSTRUZIONE DEI REGIMI

La questione più problematica rispetto all'operatività della nozione di 'beni comuni' nel diritto positivo è però quella dell'individuazione delle regole in base a cui costruire i regimi. Sviluppare l'approccio adottato dalla cd. Commissione Rodotà ha reso

⁷²² Si veda il § 3.2 del capitolo I.

possibile elaborare alcuni criteri che permettono di individuare i beni rispetto a cui occorre tenere in conto i diritti fondamentali nella costruzione del regime. Nell'ambito del diritto privato, sul piano della costruzione delle regole si è visto come la re-interpretazione, anche giurisprudenziale, di alcune norme esistenti in chiave di tutela di interessi costituzionalmente protetti sia talvolta percorribile. Tale opzione presenta però delle criticità, *in primis* rispetto al rischio di una eccessiva torsione di strumenti pensati in un'ottica di conflitto interproprietario, con il risultato di una scarsa 'funzionalità' delle norme. Alcune possibilità inoltre si possono cogliere facendo operare la funzione sociale della proprietà come limite interno a tale diritto.

4. LE RIFLESSIONI DOTTRINALI ALLA LUCE DELL'INDAGINE SVOLTA

Rispetto al lavoro svolto, si possono considerare nuovamente le riflessioni dottrinali che si sono analizzate nel I capitolo. L'approccio che connette beni e diritti fondamentali ha permesso di svolgere un'analisi che si dipana all'interno del diritto positivo, facendo reagire il diritto dei beni, letto nella prospettiva dell'oggetto e non del soggetto, con i diritti fondamentali, al fine di rompere i regimi esclusivi⁷²³. Rispetto alle ricostruzioni che sostengono in questa prospettiva l'opportunità di un diritto di accesso al bene, la ricerca condotta ha posto in luce come sia utile impostare la questione non tanto in modo unitario, ma piuttosto partendo dalle prerogative che sono necessarie per il soddisfacimento dei diversi interessi costituzionalmente protetti. Con riguardo alle elaborazioni che attribuiscono un particolare rilievo alla dimensione collettiva, nel percorso che si è compiuto non è stata l'appartenenza ad una collettività a fondare l'attribuzione delle prerogative sul bene. Al contrario la titolarità in capo a ciascuno degli interessi costituzionalmente protetti ha permesso di far emergere un 'collettivo' che si apprezza sia nella contemporanea e 'simmetrica' titolarità delle prerogative ricostruite in capo ai non proprietari, sia nella loro interrelazione reciproca. Tale criterio, anche in una prospettiva *de iure condendo*, può mitigare il rischio, segnalato in dottrina, della creazione dei meccanismi di esclusione da parte

⁷²³ A tal proposito, se si è detto in dottrina che la proprietà non può più essere vista come "monade" (U. Mattei, *La proprietà*², cit., pp. 323 ss.), rispetto ai diritti degli altri proprietari, non lo può essere nemmeno rispetto agli interessi costituzionalmente protetti, se e quando l'esclusività del diritto sul bene impedisce il soddisfacimento di interessi costituzionalmente tutelati.

della collettività nei confronti dei non membri⁷²⁴. Occorre comunque sottolineare che rispetto a quelle prospettive che connettono i beni comuni ad una gestione e fruizione collettiva del bene, i risultati ottenuti attraverso la messa in opera dei diritti fondamentali possono soltanto permettere l'emersione della collettività per così dire in via mediata; questa potrebbe apprezzarsi prevalentemente sul piano processuale, o comunque dell'azione in giudizio, e l'attribuzione di prerogative a diversi titolari potrebbe svolgere una funzione di incentivo rispetto alla creazione di relazioni fra i diversi soggetti che vantino prerogative sul medesimo bene.

5. PROSPETTIVE FUTURE D'INDAGINE, *DE IURE CONDITO* E *DE IURE CONDENDO*

Prima di concludere si possono svolgere alcune considerazioni circa le indicazioni che questa ricerca può dare rispetto a studi futuri, sia in una prospettiva *de iure condito* che *de iure condendo*.

Rispetto ad un profilo più strettamente privatistico, le direzioni di indagini future possono essere due: da una parte si pone lo studio della possibilità di un'applicazione diretta del testo costituzionale, anche in relazione all'art. 700 cod. proc. civ. e sulla base della funzione sociale della proprietà, vagliandone attentamente le conseguenze sistematiche e i profili critici, per dare fondamento alle prerogative dei terzi sul bene nei casi in cui gli strumenti esistenti sul piano delle norme di rango primario non lo permettano. Inoltre, poiché i casi che si sono presi in esame riguardano i beni immobili, sarà opportuno uno studio che abbia ad oggetto i beni mobili. Una seconda prospettiva è quella che si pone su un piano *de iure condendo*. L'indagine sviluppata nel III capitolo può dare qualche indicazione circa le tecniche attraverso cui rendere rilevanti i diritti fondamentali rispetto al diritto dei beni. Si può innanzi tutto distinguere fra i casi in cui una lesione dell'interesse costituzionalmente protetto dipenda da un'attività del proprietario e i casi in cui invece si renda necessario un uso del bene da parte del terzo non proprietario. Rispetto al primo gruppo di ipotesi, va indagata l'opportunità di una norma generale che permetta ai titolari dell'interesse costituzionalmente protetto di agire in via inibitoria, per impedire l'uso del bene che

⁷²⁴ Su cui si veda il § 2.6.2 del capitolo I.

sia in concreto lesivo, funzionando così in chiave di controllo dell'uso del bene da parte del proprietario.

Rispetto ai casi in cui il soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente protetto renda necessario in concreto un uso del bene, sono da considerare le possibilità di una norma che permetta l'accesso al bene, per gli usi necessari al soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente protetto. A tal riguardo, di recente la dottrina ha messo a punto una proposta⁷²⁵ che può essere condivisa, in particolare rispetto all'opportunità della costruzione di una norma elastica che permetta in concreto il soddisfacimento degli interessi costituzionalmente protetti.

Una ulteriore futura direttrice di ricerca è quella che indaga il ruolo che può svolgere il diritto amministrativo in una ricostruzione dei regimi dei beni privati che tenga conto degli interessi costituzionalmente tutelati. L'intersezione fra strumenti privatistici e amministrativistici a ben vedere emerge già, per esempio, nell'ambito della tutela della salute attraverso gli strumenti civilistici, quando la giurisprudenza e la dottrina si interrogano sul rapporto fra normativa pubblicistica che disciplina l'inquinamento e art. 844 cod. civ.⁷²⁶. La prospettiva di una complementarità fra diritto privato e diritto amministrativo potrà essere sviluppata per determinare con maggior chiarezza i casi in cui il regime dei beni si interseca con il soddisfacimento dell'interesse costituzionale; prendendo il caso che si è visto del diritto alla salute, si potrà studiare in una prospettiva *de iure condendo*, l'opportunità di determinare, per esempio, una soglia oltre la quale l'immissione è da considerarsi lesiva, salvo la prova contraria da parte del proprietario. Sotto tale soglia potrebbe essere invece richiesta la prova della lesività da parte del titolare del diritto alla salute. Nel caso che si è esaminato in relazione all'art. 842 cod. civ., il diritto amministrativo potrebbe soccorrere a individuare le aree e i soggetti che vi possono accedere. Nello studiare questo tipo di intersezioni occorrerà però prestare molta attenzione a non (ri-)attribuire in via esclusiva al soggetto pubblico il potere di definire quando e come sia possibile il soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente protetto; a tal fine si potranno sottoporre ad analisi da una parte meccanismi di inversione della prova, e d'altro canto si potrà riflettere, come già parte della dottrina amministrativistica sta facendo,

⁷²⁵ A. Quarta, *Non-proprietà*, cit., spec. pp. 279 ss.

⁷²⁶ Si vedano il § 3 del III capitolo e le relative note.

sull'opportunità, rispetto a eventuali atti e provvedimenti amministrativi, di ampliare la possibilità di agire in giudizio nel caso in cui il provvedimento amministrativo sia lesivo di un interesse costituzionalmente protetto. In secondo luogo si potrà indagare l'ipotesi per cui la prerogativa del singolo legata al soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente protetto funzioni anche come strumento di *enforcement* della disciplina pubblicistica⁷²⁷.

La riflessione condotta permette di svolgere alcune considerazioni ulteriori anche sul regime dei beni pubblici, a partire dalla giurisprudenza di legittimità e dai regolamenti in materia di beni comuni urbani. A tal proposito, se la Corte di Cassazione reinterpretava il regime dei beni demaniali ponendo un tassello verso la limitazione della discrezionalità del soggetto pubblico, le questioni che rimangono irrisolte sono però quelle della determinazione in concreto degli 'oneri di *governance*' in capo al soggetto pubblico, nonché della costruzione degli strumenti attraverso i quali reagire di fronte ad una loro violazione. Nel caso dei Regolamenti comunali il regime del bene è modificato *ex post* attraverso l'adozione dei "patti di collaborazione" fra l'amministrazione e i cittadini: la discrezionalità dell'ente pubblico rimane intatta, e la possibilità di una gestione collettiva, o comunque condivisa, del bene è rimessa, 'a monte', ad una scelta del soggetto pubblico⁷²⁸. Un profilo di criticità che i Regolamenti e la giurisprudenza di legittimità condividono è quello della difficoltà di trovare meccanismi di limitazione della discrezionalità del soggetto pubblico, rispetto alla gestione e alla fruizione dei beni pubblici. A tal riguardo l'indagine che si è svolta potrà servire a riflettere anche sui poteri dei singoli quando siano in gioco interessi costituzionalmente protetti. In tal senso, la funzionalità dei poteri del soggetto

⁷²⁷ Tale impostazione potrebbe essere particolarmente utile nello studio di discipline dei beni che sono oggetto di una intensa regolamentazione pubblicistica come quella dei beni culturali, anche considerando che le norme che disciplinano tali beni se "da un lato, costituiscono e riconoscono diritti di uso e di godimento a favore del pubblico, poi tacciono, dall'altro, in ordine ai gradi di tutela e di disponibilità che gli stessi diritti attribuirebbero a favore del titolare", A. M. Gambino, A. Genovese, B. Sirgiovanni, *Beni comuni*, in "Nuovo diritto civile", n. 3, 2016, p. 325. Si vedano anche, sul punto A. Gentili, *Quale modello per i beni culturali?*; L. Nivarra *I beni comuni: dalla fruizione alla gestione*; U. Mattei, *Beni culturali, beni comuni, estrazione*, e gli altri contributi presenti nel volume E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro, *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017.

⁷²⁸ In parallelo, e rispetto ai beni privati, si veda il dibattito sulla proprietà "inclusiva". Sul punto, da ultimo A. Quarta, *Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa*, in "Questione giustizia", n. 2, 2017, pp. 72 ss.; M. Ferrari, *Proprietà e diritto ad essere inclusi*, in "Rivista critica del diritto privato", n. 4, 2016.

pubblico sul bene alla realizzazione dell'interesse pubblico mette in luce l'opportunità di una ricerca che da una parte consideri una possibile rimodulazione del criterio di concretizzazione dell'interesse costituzionalmente protetto, elaborato in questo lavoro in relazione a beni privati, e che d'altra parte metta a confronto la prospettiva degli interessi comuni con la nozione di interesse pubblico. La direzione in cui studiare secondo questo punto di vista il regime di alcuni beni pubblici – e specificatamente quelli demaniali e quelli oggetto dei Regolamenti – è quella di una partecipazione alla gestione così come di una garanzia di fruizione, costruita 'a monte' rispetto alla discrezionalità del soggetto pubblico, e funzionale al soddisfacimento di interessi costituzionalmente tutelati. A tal riguardo si potranno sviluppare le indicazioni di quella dottrina amministrativistica che ha iniziato a mettere in opera la nozione di interessi diffusi, ai fini di costruire una partecipazione procedimentale maggiormente incisiva, così come di ampliare la legittimazione ad agire rispetto al controllo giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi che concretizzano il regime dei beni pubblici⁷²⁹.

Un ulteriore profilo è quello delle tecniche processuali di tutela. A tal proposito l'indagine potrà essere orientata allo studio di forme di aggregazione processuale degli interessi costituzionalmente protetti, di cui si è individuato un carattere inter-soggettivamente comune. La dimensione plurale e collettiva di tali interessi rende opportuna la costruzione di forme di azione collettiva che permettano di dare rilievo alla dimensione inter-soggettiva senza offuscare la titolarità di tali interessi in capo ai singoli⁷³⁰. La dimensione collettiva non sarebbe così identificata a priori, e non

⁷²⁹ Rispetto al rapporto fra meccanismo di rappresentanza e gestione dei beni pubblici rispetto alla questione della democrazia si veda M. Barcellona, *A proposito dei "beni comuni": tra diritto, politica e crisi della democrazia*, in "Europa e diritto privato", n. 2, 2013. Scrive l'A. che "ciò da cui sembra muovere questa critica consiste, più precisamente, in quella sorta di corto-circuito di generale e concreto, che è insito nel dispositivo della rappresentanza politica quando sia riferito alla gestione di queste risorse essenziali. È dal postulato dell'interesse generale, che presiede alla costruzione «rappresentativa» degli apparati di governo di queste risorse, che si originerebbe, infatti, quella «sovraordinazione» di chi le governa all'interesse di quanti ne dovrebbero usufruire. Ed è a questa «sovraordinazione» infondata ed all'improprio distanziamento che si dà vestendo il «comune» della forma del «pubblico» che, infatti, andrebbero ascritti la degenerazione burocratica ed affaristica di questi apparati ed il conseguente fallimento delle gestioni pubbliche", *Ibidem*.

⁷³⁰ È in questo senso interessante richiamare la riflessione di M. Spanò, che scrive che "la tutela collettiva non sarà nostalgia di sostanza, ma futuro di forma: significativa non è più (ammesso che lo sia mai stata) la coesione del gruppo (o della classe), ma quella degli interessi di cui i membri del gruppo sono portatori. Ciò implica una geometria forzosamente variabile e una pluralità innumerevole

porterebbe ad una trasfigurazione dell' "interesse di molti nell'interesse esponenziale di uno", ma permetterebbe di "mette[re] in comune interessi simili"⁷³¹, rispetto ad un dato contesto.

Prima di concludere un'ultima osservazione può essere svolta. Nella ricerca che si è compiuta si è scelto vagliare e utilizzare argomenti e *rationes* tutti interni al discorso strettamente – e tradizionalmente – giuridico, al fine di comprendere le possibilità di una nozione, appunto, 'giuridica' di beni comuni; compiuta, almeno in parte, tale indagine, potranno essere considerati anche gli strumenti che gli studi interdisciplinari rendono disponibili. In primo luogo si potranno approfondire gli studi che hanno rinvenuto nei diritti fondamentali e nella disciplina tradizionale della proprietà due diverse "razionalità istituzionalizzate"⁷³². La ricerca che si è condotta potrebbe allora portare a trovare nei regimi dei beni un momento di coesistenza, di conflitto continuamente scomposto e ricomposto, fra tali diverse razionalità.

D'altro canto gli studi di analisi economica del diritto potranno essere utili nell'eventuale costruzione di strumenti a tutela del soddisfacimento di interessi costituzionalmente protetti, per evitare che questi siano utilizzati a fini diversi da quelli pensati. A tal proposito dovranno essere vagliati attentamente i meccanismi attraverso cui costruire rimedi funzionali in concreto al soddisfacimento dell'interesse costituzionalmente protetto, così come si dovrà riflettere sulla possibilità di permettere o impedire una contrattazione fra il proprietario e il soggetto titolare della prerogativa sul bene.

delle 'classi'. (...) La tutela collettiva perciò non fa che rispondere alla socializzazione radicale delle forme di vita contemporanee ma, ciò che più conta, lo fa all'altezza della loro altrettanto formidabile singularizzazione: se esse sono dell'ordine del comune è perché non sono dell'ordine dell'Uno, della sostanza (prosaicamente: della coesione del gruppo)", in *Id.*, *Il comune rimedio. Un'apologia minima della tutela*, in *Id.*, A. Quarta, *Beni comuni 2.0*, cit., p. 143. Interessante sul punto il dialogo fra P. Rescigno, A. Zoppini, G. Resta, in *Ead. Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017, pp.106 ss.

⁷³¹*Ibidem*, p. 143.

⁷³² G. Teubner *Ordini frammentati e costituzioni sociali*, in "Rivista giuridica degli studenti dell'Università di Macerata", 2010, p. 48. In quest'ottica si veda anche *Id.*, *Nuovi conflitti costituzionali*, cit.

BIBLIOGRAFIA

- AAVV, *Beni comuni*, Milano, 2015
- AAVV, *Commons/Comune. Geografie, luoghi, spazi, città, Memorie geografiche, nuova serie*, n. 14, 2016
- AAVV, *Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI*, Milano, 2013
- AAVV, *Tempo di beni comuni. Studi interdisciplinari*, Roma, 2013
- ACERBIS G., *Immissioni intollerabili, circolazione del fondo e lesione del diritto di proprietà*, in “Responsabilità civile e previdenza”, n. 6, 2000
- ADAMI P., *Beni comuni e servizi pubblici. Il caso dell’acqua: tra referendum e direttive europee*, in “Questione giustizia,” n. 5, 2015
- AGABITINI C., *Tutela possessoria e beni comuni: il caso del cinema “palazzo” (Nota a Trib. Roma 8 febbraio 2012)*, in “La nuova giurisprudenza civile commentata”, n. 10, 2012
- ALBANESE R., *Dai beni comuni all’uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela*, in “Questione giustizia”, n. 2, 2017
- ALBANESE R., *L’uso pubblico e il diritto privato. Una relazione da ripensare in Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, vol. I, Milano, 2017
- ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna 2012
- ALGOSTINO A., *Riflessioni sui beni comuni tra il pubblico e la Costituzione*, in “Costituzionalismo.it”, n. 3, 2013
- ALLARA M., *Dei beni*, Milano, 1984
- ALLARA M., *Le nozioni fondamentali del diritto civile*⁵, vol. I, Torino, 1958
- ALPA G., DI GIOVANNI F., ECCHER B., ESPOSITO M., IRTI N., LIBONATI B., MORBIDELLI G. (a cura di), *Lo stato giuridico delle valli da pesca della laguna di Venezia*, Padova, 2010
- ALPA G., *Manuale di diritto privato*⁷, Padova, 2011
- ALPA G., ROPPO V. (a cura di) *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013
- ALPA G., voce *Interessi diffusi*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, Torino, 1993 (agg. 2014)
- AMADIO G., MACARIO F. (a cura di), *Diritto Civile. Norme, questioni, concetti*, vol. II, Bologna, 2014
- AMATO G., *L’interesse pubblico e le attività economiche private* in “Politica del diritto”, n. 3, 1970
- AMENDOLAGINE V., *Lottizzazione abusiva di area edificabile e mutamento dello status giuridico della res*, in “Corriere del merito”, n. 6, 2005
- ANGIOLINI C., *Alcune riflessioni sul pensiero di Marjorie Kelly: la proprietà “estrattiva” e “generativa”*, in “Politica del diritto”, n. 2, 2014

- ANGIOLINI C., *Interêts diffus (Interessi diffusi – notion italienne)*, in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (a cura di) *Dictionnaire des biens communs*, Parigi, 2017
- ANGIOLINI C., MONTEROSSO, M., *Action diffus (notion italienne)* in M. CORNU, F. ORSI, J. ROCHFELD (a cura di) *Dictionnaire des biens communs*, Parigi, 2017
- ANGIOLINI, C., *Collettività e governo dei beni comuni. Il caso di Mondeggi* in “Rivista di diritto agrario”, n. 1, 2015
- ANGIOLINI, C., *L’interpretazione estensiva dell’art. 1, prot. 1, Cedu, fra tutele proprietarie e beni comuni*, in “La nuova giurisprudenza civile commentata”, n. 2, 2016
- ANSUÀTEGUI ROIG F. J., *L’autonomia presa sul serio*, in BELLONI I., GRECO T., MILAZZO L. (a cura di) *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, vol II, Torino, 2016
- ARENA G., IAIONE C., (a cura di), *L’Italia dei beni comuni*, Roma, 2012
- ARENA, G., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in “Rivista trimestrale di diritto pubblico”, n. 1, 2017
- ARTARIA R., *La proprietà fra Costituzione e Carte europee*, Tesi di dottorato, XXIV ciclo
- ASCARELLI T., *Antigone e Porzia* in *Problemi giuridici, I*, Milano, 1959
- AZZARITI, G., *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere ?*, Roma-Bari, 2013
- BAILEY, S., FARRELL G., MATTEI U., (a cura di), *Future Generations and the Commons, Publications of the Council of Europe*, Strasburgo, 2013
- BAKKER K., *The “Commons” Versus the “Commodity” : Alter-globalization, Anti-privatization and the Human Right to Water in the Global South*, in “Antipode” , n. 39, 2007
- BALDASSARRE A., *Diritti inviolabili*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1989
- BALDASSARRE A., *Interpretazione e argomentazione nel diritto costituzionale*, Testo rielaborato della relazione tenuta al convegno organizzato dal SISdiC dal titolo “I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte Costituzionale”, Capri, 19 marzo 2006
- BALDASSARRE, A., *Costituzione e teoria dei valori*, in “Politica del diritto”, n. 4, 1991
- BALLARINO T., *La proprietà protetta nel primo Protocollo*, in “Rivista internazionale dei diritti dell’uomo”, 1989
- BARBERIS M., *Tre narrazioni sui beni comuni*, in “Ragion pratica”, n. 2, 2013
- BARCELLONA M., *A proposito dei “beni comuni”: tra diritto, politica e crisi della democrazia*, in “Europa e Diritto privato”, n. 2, 2013
- BARCELLONA M., *La metafora dei “beni comuni”: l’Impero, lo Stato e la democrazia nel tempo del capitalismo cognitivo*, in “Democrazia e diritto”, n. 3, 2016
- BARCELLONA M., *La proprietà, i beni e la transizione alla società moderna*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 2016

- BARCELLONA M., *Per una teoria dei beni giuridici*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, Milano, 1988
- BARCELLONA P., (a cura di), *Atti del convegno L'uso alternativo del diritto*, svoltosi a Catania nel 1973
- BARCELLONA P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973
- BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996
- BARCELLONA P., *I diritti economici sociali e culturali nell'ordinamento interno*, in *AAVV Diritti economici sociali e culturali nella prospettiva di un nuovo stato sociale*, Padova, 1990
- BARCELLONA P., *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987
- BARGELLI E., *Il danno non patrimoniale nel diritto privato europeo*, in E. NAVARRETTA (a cura di) *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010
- BARILE P., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984
- BARILE P., *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti in* A. RUGGERI (a cura di) *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, 2016
- BARTOLE, S., ZAGREBELSKY, V., DE SENA, V., (a cura di) *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2010
- BATÀ A., SPIRITO A., *nota a Cass. Civ. 15 ottobre 1998, n. 10186*, in "Danno e responsabilità", n. 1, 1999
- BATTELLI E., CORTESE B., GEMMA A., MASSARO A., *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, Roma, 2017
- BELFIORE A., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza. A proposito di una recente indagine* in "Rivista critica di diritto privato", n. 4, 1983
- BELFIORE A., *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979
- BELFIORE C., *Ancora sulla difesa dei rumori*, in "Giurisprudenza di merito", 1995
- BELLELLI A., CIANCI A. G., *Beni e situazioni giuridiche di appartenenza. Tra diritti reali e new properties*, Torino, 2008
- BELVEDERE A., JORI M., LANTELLA L., *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979
- BENKLER Y., *Freedom in the commons: towards a political economy of information*, in "Duke law journal", vol. 52, 2003
- BENKLER Y., *The political economy of commons*, 4, UPGRADE 6, 2003, consultabile all'indirizzo: <http://www.benkler.org/Upgrade-Novatica%20Commons.pdf> (ultima consultazione: 9 luglio 2017)
- BERTI G., *Interessi senza struttura (i cd. interessi diffusi)*, in *AAVV Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano 1982
- BIANCA, C. M., *La proprietà*, Milano, 2017

- BIGLIAZZI GERI L., *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà, in Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1988
- BIGLIAZZI GERI L., *Evoluzione e involuzione del diritto di proprietà, in Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998
- BIGLIAZZI GERI L., *L'usufrutto. Appunti delle lezioni*, Milano, 1977
- BIGLIAZZI GERI L., *Traccia per un discorso sull'ambiente, in Rapporti giuridici e dinamiche sociali*, Milano, 1998
- BIGLIAZZI GERI L., voce *Interesse legittimo*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche (sez. civ.)*, IX, 1993
- BIN R., *Libertà della ricerca scientifica in campo genetico*, versione italiana in <http://www.robertobin.it/ARTICOLI/Libert%C3%A0%20della%20ricerca.pdf> (ultima consultazione: 12 giugno 2017)
- BIONDI B., *I beni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, IV, 1, a cura di F. VASSALLI, Torino 1956
- BIONDINI P., *Bene comune: alla ricerca di una nozione* in “Studi parlamentari e di politica costituzionale” n. 171-172, 2011
- BLOMLEY N., *Enclosure, common right and the property of the poor*, in “Social & Legal Studies”, n. 3, 2008
- BLOMLEY N., *The Right to Not Be Excluded: Common Property and the Struggle to Stay Put*, reperibile all'indirizzo: https://www.academia.edu/15489707/The_right_to_not_be_excluded_common_property_and_the_struggle_to_stay_put.
- BOBBIO N., *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995
- BOBBIO N., *L'età dei diritti*, Torino, 1990
- BOBBIO N., *Sul principio di legittimità* in N. Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 2012
- BOBBIO, N., *La grande dicotomia: pubblico/privato, ora in Id., Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985
- BOLLIER D., HELFRICH S., (a cura di), *The Wealth of the Commons: A World Beyond Market and State*, Amherst – Firenze – Massachusetts, 2014
- BOMBARDELLI M., (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione. Quaderni della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Trento*, n. 23, 2016
- BONETTI T., *I beni comuni nell'ordinamento giuridico italiano tra “mito” e “realtà”*, in “Aedon. Rivista di arti e diritto on line”, n. 1, 2013.
- BORGHESI D., *Azione popolare, interessi diffusi e diritto all'informazione*, in “Politica del diritto”, n. 2, 1985
- BORGHESI D., *L'azione popolare (e la tutela degli interessi diffusi)*, in “Il Consiglio di stato”, n. 2, 1977

- BOSCOLO E., *Beni pubblici, beni privati e beni comuni*, in “Rivista giuridica di urbanistica”, n. 3, 2013
- BOSCOLO E., *Oltre il territorio: il suolo quale matrice ambientale e bene comune* in “Urbanistica e appalti”, n. 2, 2014
- BOYLE J., *Foreword: the opposite of property?*, in “Law and contemporary problems” 66, no. 1-2, 2003
- BOYLE J., *The second enclosure movement and the construction of the public domain*, in “Law and contemporary problems”, vol. 66, 2003
- BRANCA G., *Servitù prediali*⁶, in A. SCIALOJA, G. BRANCA (dir.), *Commentario del Codice Civile*, 1987
- BRECCIA U., BRUSCUGLIA L., BUSNELLI F. D., GIARDINA F., GIUSTI A., LOI M. L., NAVARRETTA E., PALADINI M., POLETTI D., ZANA M., *Diritto Privato, Tomo Secondo*², Torino, 2010
- BRECCIA U., BRUSCUGLIA L., BUSNELLI F. D., GIARDINA F., GIUSTI A., LOI M. L., NAVARRETTA E., PALADINI M., POLETTI D., ZANA M., *Diritto Privato, Tomo Terzo*², Torino, 2010
- BRECCIA U., COLOMBINI G., NAVARRETTA E., ROMBOLI R. (a cura di), *I beni comuni. Seminario congiunto della Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, Università di Pisa, 12-13 ottobre 2012*, Pisa, 2015
- BRECCIA U., *I quarant'anni del libro terzo del Codice Civile*, ora in *Immagini del diritto privato. Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013
- BRECCIA U., *Problema Costituzionale e sistema privatistico*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 1984, ora in *Id., Immagini del diritto privato, Vol. 1 Teoria generale, fonti, diritti. Scritti di Umberto Breccia*, Torino, 2013
- BRUTTI M., *La costituzione giuridica delle cose (a proposito di Yan Thomas)*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 1, 2016
- BUSNELLI F. D., *La “comunione legale” nel diritto di famiglia riformato*, in “Rivista del notariato”, n. 1, 1976
- CACCIARI P., *La società dei beni comuni: una rassegna*, Roma, 2010
- CALABRESI G., MELAMED A. D., *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, in “Harvard law review”, 1972
- CALABRESI G., *The pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, in “The yale law journal”, 1991
- CALDERAI V., *A pound of man's flesh. Consenso alla ricerca sui tessuti biologici umani e teoria dei beni*, (in corso di pubblicazione)
- CALDERAI V., *I valori presi sul serio. Il circolo ermeneutico di argomentazione e interpretazione nelle strategie di produzione del diritto*, in G. COMANDÉ (a cura di), *Persona e tutele giuridiche*, Torino, 2003
- CALDERONI G., *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in “Aedon, Rivista di arti e diritto on line”, n. 2, 2016

- CALOGERO, M., *I danni alla persona e la Cedu*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. ALPA e S. PATTI, *I danni ingiusti alla persona*, a cura di M. FORTINO, Cedam, 2009
- CAMARDI C., *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997
- CAMARDI C., *Le istituzioni del diritto privato contemporaneo*², Napoli, 2010
- CANDIAN A., GAMBARO, A., POZZO B., *Property, propriété eigentum*, Padova, 1992
- CAPRA F., MATTEI U., *The ecology of law. Toward a legal system in tune with nature and community*, Oakland, 2015
- CAPUTI JAMBERGHI M.T.P., *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, in “Giustamm”, n. 3, 2017
- CAPUTI JAMBERGHI V. *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse finanziario* in “Diritto amministrativo” n. 2, 2007
- CAPUTI JAMBERGHI V., voce *Beni pubblici* in *Enciclopedia Giuridica*, V, 1984
- CARABETTA S., *La tutela della proprietà e del credito nella giurisprudenza della Corte Edu. Problemi di inquadramento giuridico*, in “Jus civile”, n. 12, 2015
- CARAPEZZA FIGLIA G., *Premesse ricostruttive del concetto di beni comuni nella civilistica italiana degli anni settanta*, in “Rassegna di diritto civile”, n. 4, 2011
- CARAPEZZA FIGLIA G., *Proprietà e funzione sociale. La problematica dei beni comuni nella giurisprudenza delle Sezioni Unite (nota a Cass., sez. un., 14 febbraio 2011 n. 3665)*, in “Rassegna di diritto civile”, n. 2, 2012
- CARBONE V., *Comunione legale tra coniugi: diritti reali e diritti di credito*, in “Corriere giuridico”, n. 12, 2007
- CARBONE V., *Il diritto vivente delle “immissioni”: intollerabile è anche il danno alla tranquillità familiare pur se non si misura in decibel*, in “Danno e responsabilità”, n. 1, 2016
- CARBONE V., *nota a Cass. Civ. 15 ottobre 1998, n. 10186* in “Il corriere giuridico”, n. 11, 1998
- CARDIA C., *Religione (libertà di)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1998
- CARMASSI I., *Emissioni elettromagnetiche: tutela della persona e principio di precauzione*, in “Danno e responsabilità”, n. 7, 2008
- CASCIONE, C., *Beni pubblici e privatizzazioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2013
- CASSANO F. *Homo civicus. La ragionevole follia dei beni comuni*, Bari, 2004
- CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela* Milano, 1969
- CASSESE S., *L’Unione Europea e il guinzaglio tedesco*, in “Giornale di diritto amministrativo”, n. 9, 2009
- CASTELLANI G., *New property (the)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 2014
- CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015

- CERRONI U., *Sulla storicità della distinzione fra diritto privato e diritto pubblico*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, n. 3, 1960
- CERULLI IRELLI V., De LUCIA L., *Beni comuni e diritti collettivi*, in “Politica del diritto”, n. 1, 2014
- CERULLI IRELLI V., *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in “Economia pubblica” n. 11, 1990
- CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983
- CERULLI IRELLI V., *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni in AA VV Titolarità pubblica e regolazione dei beni, Annuario AIPDA 2003*, Milano, 2004
- CHAIGNEAU A., (a cura di) *Fonctions de la propriété et commun. Regards comparatistes*, Parigi, 2017
- CHARDEAUX, A. *Les chose communes*, Parigi, 2006
- CHEREDNYCHENKO O. O., *Fundamental rights and private law: A relationship of subordination or complementarity?* “Utrecht law review”, n. 2, 2007
- CHEREDNYCHENKO O., REICH N., *The Constitutionalization of European Private Law: Gateways, Constraints, and Challenges* in “European review of private law”, vol. 23, n. 5, 2015
- CHIARINI G., *Fattispecie e disciplina dei servizi. Contributo alla riflessione giuridica sugli istituti della società post-industriale*, Milano, 2011
- CHIAVEGATTI F., *Sulle immissioni di rumori molesti*, in “Responsabilità civile e previdenza”, n. 1, 1998
- CHIGNOLA S. (a cura di), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà, e nuovi poteri costituenti*, Verona, 2012
- CHIGNOLA S., *In the shadow of the state. governance, governamentalità, governo*, in G. FIASCHI (a cura di), *Governance: oltre lo Stato?*, Soveria Mannelli, 2008
- CIERVO A., *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, in “Questione giustizia”, n. 2, 2017
- CIERVO A., *Diritti dal basso*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 2014
- CIERVO A., *I beni comuni*, Roma, 2012
- CIMINI S., *L'inquinamento acustico*, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente, Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014
- CIUCCI R., *La comunità inattesa*, Pisa, 2005
- COASE R. H., *The problem of social cost*, in “The journal of law and economics”, n. 3, 1960
- COCCO G., *Nota a Trib. Salerno, 28 aprile 2007*, in “Rivista giuridica dell'ambiente”, n. 6, 2007

- COCCOLI L., (a cura di) *Commons/beni comuni. Il dibattito internazionale*, Firenze, 2013
- COCCOLI L., *Proprietà e beni comuni. Un percorso filosofico*, Tesi di laurea, Università Roma Tre, 2010
- COCCOLI L., *Vita comune, beni comuni e uso del diritto*, in “Politica & società”, n. 1, 2012
- COGGI F., *Ancora in tema di immissioni di rumori molesti*, in “Responsabilità civile e previdenza”, 1990
- COGOLATI S., *Global public goods or commons as a lens to development? A legal perspective*, in “Leuven centre for global governance studies. Working papers”, n. 179, 2016
- COLACINO N., “*Nuove proprietà*” e beni comuni nel diritto internazionale ed europeo, Roma, 2012
- COLLURA F., *Nota in tema di diritto personale di godimento* in “Giurisprudenza Italiana”, n. 7, 1996
- COLOMBINE M., *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l’Homme*, Parigi, 2014
- COLOMBINI G., *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1990
- COMPORITI M., *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in “Rivista di diritto civile”, n. 2, 2008
- COMPORITI M., *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005
- CONDORELLI L., *Premier protocole additionnel: Article 1*, in (a cura di) E. DECAUX, P. IMBERT, L. PETTITI, *La Convention européenne des droits de l’homme: commentaire article par article*, Parigi, 1995
- CONFORTI M., *La giurisprudenza della Corte di Giustizia di Strasburgo in tema di proprietà*, in M. COMPORITI, *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005
- CONFORTINI M., *Il tempo e i confini delle cose*, in “Giustizia Civile”, n. 9, 1984
- CONTE R., *Art. 700*, in L. P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di) *Commentario al Codice di Procedura Civile*, 2014
- CONTU E., *The dark side of the moon. Internet, ricerca scientifica e la sfida degli open commons*, in “Questione giustizia”, n. 2, 2017
- COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile. I fondamenti*, Bologna, 1999
- CORLAT B., (a cura di), *Le retour des communs et la crise de l’idéologie propriétaire*. Parigi, 2015
- CORSALINI G., voce *Mobili e immobili (cose)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 1994

- CORTESE F., *Dalle valli da pesca ai beni comuni: la Cassazione rilegge lo statuto dei beni pubblici?*, in “Giornale di diritto amministrativo”, n. 11, 2011
- COSTANTINO M., *I beni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, vol. VII, *Proprietà*, I, Bari, 1992
- COVER R., *Nomos e narrazione* in Id. *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008
- CRESTI M., *Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi*, Milano, 1992
- CRÉTOIS P., *La propriété repensée par l'accès*, in “Revue internationale de droit économique”, n. 3, 2014
- CRISAFULLI V., voce *Disposizione (e norma)* in *Enc. Dir.* XIII, Milano, 1964
- CURCIO A., AMARIGLIO J., (a cura di) *Comune, comunità, comunismo. Teorie e pratiche contro la crisi*, Verona, 2011
- D’ADDA A., *I buoni ordinari del tesoro cadono in comunione legale*, in “Famiglia e diritto”, n. 6, 1998
- D’ADDINO SERRAVALLE P., *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, Napoli, 1999
- D’AMICO G., *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti* in A. RUGGERI (a cura di) *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, 2016
- D’AMICO G., *La proprietà destinata*, in “Rivista di diritto civile”, n. 3, 2014
- D’ANDREA D., *Oltre la sovranità. Lo spazio politico europeo fra postmodernità e nuovo medioevo* in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n. 31, 2002
- D’ANDREA L., *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive*, in “Rivista AIC”, n. 3, 2015
- D’ANGELO G., *L’art. 844 del codice civile e il diritto alla salute*, in F. D. BUSNELLI, U. BRECCIA, *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978
- DAGAN H., HELLER M. A., *The Liberal Commons*, “The yale law journal”, n. 110 vol.549, 2001
- DALISA G., *Beni comuni vs beni pubblici*, in “Rassegna di diritto pubblico europeo”, n. 2, 2007
- DARDOT P., LAVAL C., *Commun. Essai Sur La Révolution Au XXI Siècle*, Parigi, 2014, trad. it. a cura di A. CIERVO, L. COCCOLI, F. ZAPPINO, *Del Comune, o della rivoluzione del XXI secolo*, Verona, 2015
- DAVOLA A., *Circolazione dei crediti risarcitori tra interesse speculativo ed esigenze di sistema*, in “Rivista di diritto privato”, n. 3, 2016
- DE CUPIS A., *I diritti della personalità*, Milano, 1982
- DE GIORGI M. V., *Salute, ambiente, e tutela inibitoria*, in “La nuova giurisprudenza civile commentata”, n. 4, 2006

- DE MARTINO F., *Dei beni in generale – Proprietà*, nel *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma 1961
- DE SAINT VICTOR J., J. PARANCE, B. (a cura di), *Repenser les biens communs*, Parigi, 2014
- DELFINO B., *La legittimazione processuale delle articolazioni locali delle associazioni di protezione ambientale tra divisioni giurisprudenziali e disposizioni dimenticate*, in “Il foro amministrativo CDS”, n. 7-8, 2004
- DELLA CANANEA G., *I beni* in CASSESE S. (a cura di) *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012
- DI BARI M., *Comunione legale e comproprietà azionaria: indivisibilità delle azioni e nomina del rappresentante*, in “Rivista del notariato”, n. 1, 2008
- DI BITONTO C., *Comproprietà di pacchetto azionario tra coniugi separati e nomina del rappresentante comune*, in “Le società”, n. 6, 2007
- DI MASI, M., *Diritto e beni comuni: suggestioni da due libri recenti*, in “The cardozo electronic law bulletin”, n. 2, 2014
- DI PORTO A., *Res in usu publico e ‘beni comuni’. Il nodo della tutela*, Torino, 2013
- DIANA A. G., *I provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c.*, Torino, 2012
- DICIOTTI E., *I beni comuni nell’attuale dibattito politico e giuridico: un chiarimento concettuale, un’apologia e una critica*, in “Ragion pratica”, n. 2, 2013
- DICIOTTI E., *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999
- DINISI A., *Disciplina dei beni e principio di tolleranza nel diritto europeo*, tesi di laurea, Università di Pisa, a.a. 2015/2016, reperibile all’indirizzo : https://etd.adm.unipi.it/theses/available/etd-06062016-191301/unrestricted/Disciplina_dei_beni_e_principio_di_tolleranza_nel_diritto_europeo.pdf (ultimo accesso: 6 febbraio 2017)
- DOGLIOTTI M., *Una grande vittoria per il danno biologico*, in “Il diritto di famiglia e delle persone”, 1984
- DOLMETTA A., *Cessione dei crediti*, in *Enciclopedia del diritto*, 1988
- DURET P., *Taking “commons” seriously: spigolature su ambiente come bene comune e legitimatio ad causam* in “Rivista quadrimestrale di diritto dell’ambiente”, n. 1, 2013
- DUSOLLIER, S., *The master’s tools v. the master’s house: Creative Commons v. Copyright*, in “Columbia journal of law & arts”, vol. 29, 2006
- EASTERBROOK F. H., in *Intellectual property is still property* in “Harvard journal of law and public policy”, n. 108, 1990
- FERRAJOLI L., (a cura di), *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001
- FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Vol. I, Bari, 2007
- FERRAJOLI, L. *I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale*, in “Ricerche giuridiche”, n. 2, 2014

- FERRANTE R., *La favola dei beni comuni, o la storia presa sul serio*, in “Ragion pratica”, n. 2, 2013
- FERRARA L., *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in “Diritto pubblico”, n. 3, 2016
- FERRARA R., *Interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1993 agg. 2011
- FERRARESE M. R., *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010
- FERRARI M., *Proprietà e diritto ad essere inclusi*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 2016
- FERRARI M., *Proprietà e diritto ad essere inclusi*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 2016
- FERRARI V., voce *Privato e Pubblico (sociologia)* in *Enciclopedia del Diritto*
- FIDONE G., *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017
- FINZI E., *Diritto di proprietà e disciplina della produzione* in “Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario”, Firenze, 1936
- FINZI E., *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in “Archivio Giuridico”, LXXXIX, 1923
- FIORAVANTI M., MINEO, E. I., NIVARRA, L., *Dai beni comuni al comune. Diritto, Stato e storia*, in “Storia del pensiero politico”, n. 1, 2016
- FIorentini M., “Note a margine alla Tavola Rotonda su ‘Beni comuni e gestione dei servizi tra pubblico e privato’”, in P. FERRETTI, M. FIorentini, D. ROSSI (a cura di), *Il governo del territorio nell’esperienza storico-giuridica*, Trieste, 2017
- FONDRIESCHI A., voce *Prestazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2007
- FORONI M., *Beni comuni e diritti di cittadinanza. Le nuove Costituzioni Sudamericane*, Milano, 2014
- FOSTER S. R., IAIONE C., *The city as a commons* in “Yale Law & Policy review”, n. 2, 2016
- FRIEDMANN D., BARAK-EREZ F., (a cura di) *Human Rights in Private Law*, Oxford, 2002
- FROSINI T. E., voce *Sussidiarietà (principio di)*, in *Enc. Dir*, Annali II-2, 2008
- FUZIO R., *La tutela della proprietà o dell’ambiente?* in “Giurisprudenza di merito”, 1985
- GALGANO F., *Diritto Privato*¹⁶, Padova, 2013
- GALGANO F., *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema* in “Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n. 2, 1976-1977
- GALGANO F., *Trattato di Diritto Civile*², I, Padova, 2010
- GALLO P., Art. 2740, in *Commentario del Codice Civile*, E. GABRIELLI, G. BONILINI, A. CHIZZINI (dir.), 2015

- GALLUCCIO F., GUADAGNO E., *Aporie dei beni comuni. Pratiche di governo del territorio e forme di gestione nel settore estrattivo: le cave in Campania*, in “Semestrale di studi e ricerche di geografia”, n. 2, 2016
- GAMBARO A., *Consonanze e dissonanze nelle fonti dell'istituzione proprietaria*, in “Jus civile”, n. 7, 2016
- GAMBARO A., *Dalla new property alle new properties (itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali)* in SCALISI V. (a cura di) *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004
- GAMBARO A., *I beni*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Cicu-Messineo, 2012
- GAMBARO A., *La proprietà*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Cicu-messineo, 1995
- GAMBARO A., *Ontologia dei beni e jus excludendi*, in <http://www.comparazionediritto civile.it>, 2010
- GAMBINO A. M., GENOVESE A., SIRGIOVANNI B., *Beni comuni*, in “Nuovo Diritto Civile”, n. 3, 2016
- GASPARRI W., *Suolo, bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in “Diritto pubblico”, n. 1, 2016
- GAZZONI F., *Manuale di Diritto Privato*¹⁷, Napoli, 2015
- GEIGER C., “Constitutionalizing” intellectual property Law?, *The influence of fundamental rights on intellectual property in Europe*, in “IIC”, 2006
- GENGA N., PROSPERO M., TEODORO G., (a cura di), *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Torino, 2014
- GENTILI A., *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in “La nuova giurisprudenza civile commentata”, n. 1, 2016
- GENTILI A., *Il diritto come discorso*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 2013
- GENTILI A., *Replica*, in “Ricerche giuridiche”, n. 1, 2015
- GIANNINI M. S., *I beni pubblici*, Milano, 1963
- GIANNINI M.S., *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in “Rivista trimestrale di diritto Pubblico”, n. 1, 1973
- GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in “Politica del diritto”, n. 2, 1971
- GIGLIONI F., *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in “Diritto processuale amministrativo”, n. 1, 2015
- GIORDANO R., *La decisione della Suprema Corte sulla vicenda de Comune di Serre: considerazioni su alcuni profili processuali*, in “Giustizia civile”, n. 6, 2008

- GORINI M., *Diritti di credito e comunione legale*, in “Famiglia persone e successioni”, n. 7, 2008
- GRANIERI M., *Analisi economica dei beni comuni: una rilettura critica e una proposta*, in *Rivista critica del diritto privato*, n. 3, 2013
- GRAZIANI C. A., *Terra bene comune* in “Studi parlamentari e di politica costituzionale”, n. 173-174, 2011
- GRECO P., *Beni immateriali*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino 1958
- GRECO T., GRECO M., *Valli da pesca, demanialità marittima ed espérance légitime del privato nella giurisprudenza CEDU*, in “Danno e responsabilità”, n. 2, 2015
- GRIGIÈ A., MATAGA Z., LONGAR M., VILFAN A., *The right to property under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights and its protocols*, in *Human rights handbooks*, vol. 10, 2007
- GRIGOLETTO N., *Le “nuove proprietà” e i “nuovi beni” in una prospettiva costituzionale* Tesi di dottorato dell’università di Ferrara, anni 2008/2011
- GROSSI P., *I beni: itinerari fra ‘moderno’ e ‘pos-moderno’*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, n. 4, 2012
- GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, Napoli, 2006
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001
- GROSSI P., *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)* in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n. 29, 2000
- GROSSI P., *Un altro modo di possedere: l’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977
- GUICCIARDI E., *La condizione giuridica delle valli da pesca secondo il Codice della navigazione*, in “Dir. beni pubblici”, 1942
- GUTWIRTH S., STENGERS I., *Le droit à l’épreuve de la résurgence des commons*, in “Revue juridique de l’environnement”, n. 1, 2016
- HARDIN G., *The Tragedy of the Commons*, in “Science”, Vol. 162, 1968
- HARDT M., NEGRI A., *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Milano, 2010
- HELLER M. A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in “Harvard law review”, n. 3, 1998
- HESS C., OSTROM, E., (a cura di), *Understanding Knowledge as a Commons. From Theory to Practice*, Cambridge, 2007, trad. it *La conoscenza come bene comune*, Torino, 2007
- HODGSON GEOFFREY M., *Editorial introduction to ‘Ownership’ by A. M. HONORÉ (1961)*. “Journal of institutional economics”, n. 9, 2013
- HOEFELD W. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, in “The yale new journal”, 1913

- HUGENHOLTZ, B. P., *Copyright and Freedom of expression in Europe*, in R. COOPER DREYFUSS, H. FIRST, D. LEENHEER ZIMMERMAN (a cura di), *Innovation policy in an information Age*, Oxford, 2000
- IAIONE C., *Beni comuni e innovazione sociale*, in “Equilibri. Rivista per lo sviluppo sostenibile”, n. 1, 2015
- IAIONE C., *Governin the urban commons*, in “Italian journal of public law”, n. 1, 2015
- IANNARELLI A., *Beni, Interessi, Valori*, in N. LIPARI (a cura di) *Trattato di Diritto Privato Europeo*, vol. II, 2003
- IANNARELLI A., *Gli usi civici ed i “beni comuni”*: un accidentato percorso giurisprudenziale, in “Rivista di diritto agrario”, n. 1, 2015
- IANNARELLI A., *La disciplina dei beni fra proprietà e impresa nel codice del 1942* in “Rivista Critica del Diritto Privato”, nn. 1-2, 1993
- IANNARELLI A., MACARIO F., *Art. 810, Commentario del Codice Civile* diretto da E. GABRIELLI, *Della Proprietà*, vol. I, 2012
- IANNELLO C., *Beni pubblici versus beni comuni*, in “Quaderni costituzionali”, 24 settembre 2013
- IRTI N., *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle “appartenenze”)*, in M. De FOCATIIS, A. MAESTRONI (a cura di) *Dialoghi sul diritto dell'energia*, vol I, *Le concessioni idroelettriche*, Torino, 2014
- IULIANI A., *Prime riflessioni in tema di beni comuni* in “Europa e diritto privato”, n. 2, 2012
- KELLY M., *Owning our future. The emerging ownership revolution*, San Francisco, 2012
- KLEIN N., *Reclaiming the commons*, in “New left review”, n. 9, 2001
- KOMMERS D. P., RUSSELL A. M., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham-Londra, 2012
- LAMBRECHT M., *The time limit on copyright: an unlikely tragedy of the intellectual commons*, in “European journal of law and economics”, 2016
- LAMETTI D., *Cloud computing: verso un terzo Enclosure Movement?*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 3, 2012
- LANFRANCHI L., (a cura di), *La tutela degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003
- LESSIG L., *Keynote Address: Commons and Code*, in “Fordham intellectual property, Media and Entertainment Law Journal”, n. 2, 1999
- LESSIG L., *The architecture of innovation*, in “Duke law journal”, vol. 51, 2002
- LESSIG L., *The Creative Commons*, “Montana law review”, n. 65, 2004
- LIBERTINI M., *La tutela civile inibitoria*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989
- LIETO S., *“Beni comuni”, diritti fondamentali e stato sociale. La Corte di Cassazione oltre la prospettiva della proprietà codicistica* in “Politica del diritto”, n. 2, 2011

- LIGUORI C. M., *La tutela giurisdizionale in sede cautelare contro le immissioni intollerabili: quale giudice ha la giurisdizione?*, in “Il corriere giuridico”, n. 6, 2014
- LIOTTA G., *Profili dell’accesso nel diritto privato*, Padova, 1992
- LIPARI N., *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in “Rivista di diritto civile”, I, 1996
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013
- LOLLI A., *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in “Diritto Amministrativo”, n. 1, 1996
- LOMBARDI G., *Potere Privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970
- LOMBARDI R., *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d’indagine sui beni comuni*, in “Il diritto dell’economia”, n. 1, 2014
- LUCARELLI A., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3, 2014
- LUCARELLI A., *Costituzione e beni comuni*, Napoli, 2013
- LUCARELLI A., *La democrazia dei beni comuni. Nuove frontiere del diritto pubblico* Roma- Bari, 2013
- LUCARELLI A., *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni* in “Quale stato” n. 3-4, 2007
- LUCARELLI A., *Nuovi modelli del diritto pubblico. Sovranità popolare v. sovranità parlamentare: il ruolo della comunità tra democrazia della rappresentanza e democrazia partecipativa*, in “Diritto pubblico europeo”, Rassegna on-line, gennaio, 2015
- LUCIANI M., *Corte Costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di) *La giustizia costituzionale a una svolta. Atti del seminario di Pisa del 5 maggio 1990*, Torino, 1991
- LUCIANI M., *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico* in “Giurisprudenza costituzionale” n. 2, 2006
- LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana* in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2011
- LUZZATTO R., voce *Proprietà (diritto internazionale privato)* in *Enciclopedia del Diritto*, 1988
- MACARIO F., MILETTI M. N., *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo. Atti dell’incontro di studio, Roma 9 ottobre 2015*, Roma, 2017
- MADDALENA P., *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana*, in “Giurisprudenza costituzionale”, n. 3, 2011
- MADDALENA P., *I diritti umani e la proprietà privata: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e le norme della Costituzione della Repubblica Italiana* in

http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/Maddalena_8-10.10.2009.pdf, 2009

- MAGLIA S., LA BARILE M. A., *Immissioni rumorose: pericolose (e “silenziose”) novità* in “Ambiente e sviluppo”, n. 5, 2009
- MAIORCA C., *La cosa in senso giuridico. Contributo alla critica di un dogma*, Torino, 1937
- MAIORCA C., voce *Cose*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1986
- MARELLA M. R. (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012
- MARELLA M. R., *Beni comuni. Oltre l’opposizione natura/cultura*, in “Lettera Internazionale” n. 113, 2012
- MARELLA M. R., *I beni comuni* in *Il libro dell’anno del diritto 2013*, Roma, 2013
- MARELLA M. R., *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 1, 2011
- MARELLA M. R., *L’uso dello spazio urbano fra questione proprietaria e accesso alla giustizia*, in “Questione giustizia”, n. 2, 2017
- MARELLA M. R., *The common goods. A quest for another relation between people and things*, in A. CHAIGNEAU (a cura di) *Fonctions de la propriété et commun*, Parigi, 2017
- MARELLA M. R., *The Commons as a Legal Concept*, in “Law and critique” vol. 28, 2017
- MARINELLI F., *Gli usi civici*, voce del *Trattato di diritto civile e commerciale Ciccumessineo*, Milano, 2003
- MARINELLI F., *Gli usi civici. Aspetti e problemi delle proprietà collettive*, Napoli, 2000
- MARINELLI F., *Usi civici e beni comuni*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 2, 2013
- MARINELLI F., voce *Beni comuni*, in, *Enciclopedia del Diritto*, Annali, 2014
- MAROTTA S., *La via italiana ai beni comuni*, in “Aedon. Rivista di arti e diritto on line”, n. 1, 2013
- MASSARUTTO A., *Il dovere di avere doveri. I “beni comuni” e la “scienza triste”*, in “Ragion pratica”, n. 2, 2013
- MATTEI U., *Beni comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, 2012
- MATTEI U., *Il benicomunismo e i suoi nemici*, Torino, 2015
- MATTEI U., *La proprietà²*, in *Trattato di Diritto Civile*, diretto da SACCO R., Torino, 2015
- MATTEI U., *Proprietà privata (nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto annali V*, 2012
- MATTEI U., *Qualche riflessione su struttura proprietaria e mercato*, in “Rivista critica di diritto privato”, n. 1, 1997

- MATTEI U., QUARTA A., *Théorie du droit. Principles of legal commoning*, in “Revue juridique de l’environnement”, n. 1, 2017
- MATTEI U., REVIGLIO E., RODOTÀ S. (a cura di), *I beni pubblici dal governo democratico dell’economia alla riforma del Codice Civile*, Roma, 2010
- MATTEI U., REVIGLIO E., RODOTÀ S., *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007
- MATTEI U., *Una primavera di movimento per la “funzione sociale della proprietà”*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 2013
- MATTEI U., voce *Immissioni*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1993
- MATTEI U., voce *Proprietà (Nuove forme di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, 2012
- MATTOSOGLIO F., *Tutela della salute e inquinamento elettromagnetico: quale valore per i limiti legali?* in “Il foro italiano”, nn. 7-8, 2007
- MAUGERI M., *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, in “La nuova giurisprudenza civile commentata”, n. 4, 2010
- MAZZOLA M. A., *Immissioni intollerabili, danno non patrimoniale e lettura costituzionalmente orientata dell’art. 844 cod. civ.*, in “Responsabilità civile e previdenza”, n. 7-8, 2010
- MAZZÙ C., *Regime di comunione legale ed aumenti di capitale nelle società di persone*, in “Giustizia civile”, n. 12, 2009
- MENGGONI L., *Proprietà e libertà* in “Rivista critica diritto privato” n. 2, 1988
- MESSINETTI D., *Oggetto dei diritti*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIX, 1979
- MESSINETTI D., voce *Beni immateriali* in *Enciclopedia Giuridica* vol. V, Roma, 1989
- MESSINETTI D., voce *Personalità (Diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1983
- MICCIARELLI G., *I beni comuni al banco di prova del diritto. La soglia di un nuovo immaginario istituzionale*, in “Politica & società”, n. 3, 2014
- MICCIARELLI G., *I beni comuni e la partecipazione democratica: da un altro modo di possedere ad un altro modo di governare*, in “Jura gentium”, n. 1, 2014
- MICHIARA P., *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani. L’esperienza del Comune di Bologna*, in “Aedon. Rivista di arti e diritto on line”, n. 2, 2016
- MIGNOZZI A., *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni culturali alla collettività*, in “Obbligazioni e contratti”, n. 2, 2009
- MISTRETTA P., GARAU C., PINTUS S., *Beni comuni dello spazio urbano*, Cagliari, 2014
- MONE D., *La categoria dei beni comuni nell’ordinamento giuridico italiano: un paradigma per la lettura del regime dei beni pubblici alla luce della Costituzione* in “Rassegna di diritto pubblico europeo”, n. 2, 2014
- MONTEROSSO M., *La responsabilità per danno ambientale*, Tesi di Laurea, 2012/2012, Università di Torino

- MORELLI M. R., *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in “Giustizia civile”, II, 1999
- MORONI S., *Beni di nessuno, beni di alcuni, beni di tutti: note critiche sull’incerto paradigma dei beni comuni*, in “Italian journal of regional science”, n. 3, 2015
- MOSCARINI A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006
- MOSTACCI E., *L’ambiente e il suo diritto nell’ordito costituzionale*, in R. FERRARA, M. A. SANDULLI (a cura di) *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno, Trattato di diritto dell’ambiente*, Milano, 2014
- MOTZO G., PIRAS A., *Espropriazione e pubblica utilità* in “Giurisprudenza costituzionale” n. 2, 1959
- MURATORI A., *Il vaglio della consulta sull’art. 6 ter del d.l. n. 208/2008: un “non giudizio” ma con diversi “spunti”*, in “Ambiente e sviluppo”, n. 6, 2011
- MURATORI A., *Rumore autostradale e criterio della normale tollerabilità ex art. 844 cod civ*, in “Ambiente e sviluppo”, n. 10, 2014
- MUSSELLI L., *Libertà religiosa e di coscienza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1994
- MUSSO A., voce *Proprietà intellettuale*, in *Enciclopedia del diritto*, annali II, 2008
- MUSSO A., voce *Proprietà industriale*, in *Enciclopedia del diritto*, annali II, 2008, 876
- MUSY A. M., *Immissioni sonore nell’isola di Ponza, regole economiche, superstizioni e soluzioni giuridiche*, in “Giurisprudenza italiana”, n. 1, 1996
- NAPOLI P., *Indisponibilità, servizio pubblico, uso Concetti orientativi su comune e beni comuni*, in “Politica & società”, n. 3, 2013
- NAPOLITANO G., *I beni pubblici e le “tragedie dell’interesse comune”*, in AAVV, *Annuario. Analisi economica e diritto amministrativo. Atti del Convegno annuale (Venezia, 28-29 settembre 2006)*, Milano, 2007
- NAPOLITANO G., *La Patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*, in “Rivista di diritto civile” n. 4, 2004
- NATOLI U., *La proprietà. Appunti delle lezioni²*, Milano, 1976
- NAVARRETTA E. (a cura di), *Il danno non patrimoniale: principi, regole e tabelle per la liquidazione*, Milano, 2010
- NAVARRETTA E., *Diritti inviolabili e responsabilità civile*, in *Enciclopedia del diritto*, VII, Annali, 2014
- NAVARRETTA E., *Diritto civile e diritto costituzionale*, in “Rivista di diritto civile”, n. 5, 2012
- NAVARRETTA E., *La Corte costituzionale e il danno alla persona «in fieri»* in “Il foro italiano”, I, 2003
- NAVARRETTA E., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi in La responsabilità e il danno*, Milano, 2008

- NAVARRETTA E., *Libertà fondamentali dell'U.E. e rapporti fra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in “Rivista di diritto civile”, n. 4, 2015
- NAZZARO, A. C., *Nuovi beni fra funzione e dogma*, in “Contratto e impresa”, n. 4-5, 2013
- NERVI P., *Aspetti economici della gestione delle terre civiche nella realtà attuale* in “Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente” n. 6, 1997
- NERVI P., *Beni comuni e ruolo del contratto* in “Rassegna di diritto civile”, n. 1, 2014
- NESPOR S., *Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni*, in “Rivista giuridica dell'ambiente”, n. 6, 2013
- NIGRO M., *Le due facce dell'interesse diffuso; ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza*, in “Il foro italiano”, n. 7, 1987
- NIVARRA L., “*Così c'è stata la storia, ma ormai non ce n'è più*”. *La "funzione sociale" dissolta e l'eterno ritorno della proprietà borghese* in “Questione giustizia”, n. 5, 2012
- NIVARRA L., (a cura di), *Gli anni Settanta del diritto privato*, Milano, 2008
- NIVARRA L., *A proposito di Eclissi del diritto civile di Carlo Castronovo*, in “Europa e diritto privato”, n. 4, 2016
- NIVARRA L., *La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 2013
- NIVARRA L., *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, in “Europa e diritto privato”, n. 3, 2011
- NIVARRA L., *Quattro usi di «beni comuni» per una buona discussione*, in “Rivista Critica del diritto privato”, n. 1, 2016
- NIVARRA L., RICCIUTO V., SCOGNAMIGLIO C., *Diritto Privato*², Torino, 2013
- NONINI D. M., *The global idea of 'the commons'*, New York – Oxford, 2007
- OBERTO G., *Diritti di credito, fondi comuni di investimento e comunione legale*, in “Famiglia e diritto”, n. 5, 2013
- OLIVER D., FEDTKE J., *Human Rights and the Private Sphere. A Comparative Study*, Routledge-Cavendish, 2007
- ORUSA L., voce *Beni d'interesse pubblico*, in *Enciclopedia Giuridica*, 1989
- OST F., *La Nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Parigi, 2003
- OSTROM E., *Collective Action and the Tragedy of the Commons*, in G. HARDIN, J. BADEN, *Managing the commons*, San Francisco, 1977
- OSTROM E., *Governing the Commons. The evolution of institutions for collective actions*, Cambridge, 1990 (trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006), reperibile all'indirizzo: http://wtf.tw/ref/ostrom_1990.pdf
- PACE A., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in [constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), consultabile all'indirizzo:

<http://www.costituzionalismo.it/docs/interpretazionevalori.pdf>
(ultima consultazione: 4 maggio 2017)

(ultima

- PADELLETTI M. L., *Art.1 prot. n. 1, Protezione della proprietà*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, (a cura di), *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali*, Padova, 2001
- PADELLETTI M. L., *Il caso Beyeler di fronte alla corte europea dei diritti dell'uomo* in "Rivista di diritto internazionale", n. 3, 2000
- PADELLETTI M. L., *La proprietà nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nel diritto dell'Unione europea*, nel *Trattato di diritto immobiliare* a cura di G. VISINTINI, I, Cedam, 2013
- PALMA G., *beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1972
- PARADISO M., *Corso di istituzioni di diritto privato*⁶, Torino, 2010
- PARANCE B., DE SAINT VICTOR, J. (a cura di) *Repenser Les Biens Communs*. Parigi, 2014
- PASSALACQUA, M., "Oltre" la concezione proprietaria dei beni comuni. *Diritto, economia e interesse generale*, in corso di pubblicazione
- PASSALACQUA, M., *Diritti urbani e interesse generale alla rigenerazione di siti industriali dismessi «nella Città»*, in F. GIGLIONI, F. DI LASCIO (a cura di) *La rigenerazione di beni e spazi urbani Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017
- PATTI S., (a cura di) *Diritto Privato*, Padova, 2016
- PATTI S., *La funzione sociale nella "civilistica italiana" dell'ultimo secolo*, in "Rivista critica del diritto privato", n. 2, 2016
- PAZÉ V., *Il bene comune fra antichi e moderni* in "Questione giustizia", n. 5, 2011
- PELLECCHIA E., *Beni comuni e diritti fondamentali della persona*, in "Diritto e formazione" n. 429, 2011
- PELLECCHIA E., *Brevi note in tema di disciplina delle immissioni, tutela della salute e rimedio inibitorio*, in "Giustizia civile", n. 6, 1995
- PELLECCHIA E., *Il caso Omega: la dignità umana e il delicato rapporto tra diritti fondamentali e libertà (economiche) fondamentali nel diritto comunitario*, in "Europa e diritto privato", n. 1, 2007
- PELLECCHIA E., *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in "Il foro italiano", n. 1, 2012
- PENNACCHI L., BONDOLFI A., *Beni comuni per la democrazia*, Padova, 2015
- PERLINGIERI P., *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Napoli, 1970
- PERLINGIERI P., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972
- PERLINGIERI P., PISACANE P., *Art. 32*, in P. PERLINGIERI (a cura di) *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli, 1997
- PETRUSO, R., voce *Immissioni* in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, 2012

- PIAIA, F., *Intollerabilità delle immissioni acustiche: primato dell'art. 844 c.c. e risarcimento del danno non patrimoniale* (nota a sentenza), in “Danno e responsabilità”, n. 2, 2017
- PIEPOLI G., *Soggetto, soggetti e mercato nello scenario europeo* in “Rivista critica di diritto privato”, n. 1, 2012
- PIRAINO F., *Beni immateriali*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino 1958
- PIRAINO F., in *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 3, 2012
- POMARICI U., *Crisi e conflitti nella democrazia contemporanea. “Variazioni sui beni comuni”*, in “Rivista di filosofia del diritto”, n. 1, 2015
- POZZO B., *Ambiente (strumenti privatistici di tutela dell')*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 2003
- PRADI A., ROSSATO A., *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in trentino*, Trento, 2014
- PRADUROUX S., *La proprietà privata nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in “Rivista giuridica dell'ISAIDAT”, n. 1, 2010
- PRADUROUX S., *The Protection of Property Rights in Comparative Perspective: A Study on the Interaction Between European Human Rights Law and Italian and French Property Law*, Groningen, 2013
- PUGLIATTI S., *Immobili e pertinenze nel progetto del secondo libro del codice civile*, in “Rivista di diritto agrario”, n. 1, 1939
- PUGLIATTI S., *La proprietà e le proprietà* in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954
- PUGLIATTI S., voce *Beni*, in *Enciclopedia del diritto*, 1959
- PUGLIATTI S., voce *Cosa (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1962
- PUGLIESE G., *Dalle “res incorporales” del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1982
- PUPOLIZIO I., *Materiali per uno studio sociologico della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, “Sociologia del diritto”, n. 2, 2012
- QUARTA A., *Cose derelitte*, in “Rivista di diritto civile”, n. 4, 2014
- QUARTA A., *Le cose che abbiamo in comune. Una riflessione su beni comuni ed economia collaborativa*, in “Questione giustizia”, n. 2, 2017
- QUARTA A., MATTEI U., *Right to the City or Urban Commoning? Thoughts on the Generative Transformation of Property Law*, in “Italian law journal”, n. 303, 2015
- QUARTA A., *Non proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016
- QUARTA A., SPANÒ M. (a cura di), *Beni Comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Milano, 2016

- QUARTA A., *Utilità, capacità, bisogni. Sulla fenomenologia dei beni* in Antonio Gambaro, in *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017
- RADIN M., *Property and personhood*, in “Stanford law review”, n. 5, 1982
- RAMPA L., CAMERLENGO Q., *I beni comuni tra diritto ed economia: davvero un tertium genus ?*, in “Politica del diritto”, n. 2, 2014
- RANDO D., *Ancora sul rapporto tra partecipazioni sociali e comunione legale*, in “Famiglia e diritto”, 2009
- REICH C. A., *The New property*, in “The yale law journal”, vol. 73, 1964
- REICHMAN J., UHLIR P. F., *A Contractually Reconstructed Research Commons for Scientific Data in a Highly Protectionist Intellectual Property Environment*, in *Law and contemporary problems*, n. 66, 2003
- RENNA M., *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in “Il Diritto dell’economia”, n. 1, 2009
- RESCIGNO P. voce *Personalità (Diritti della)* in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, 1991
- RESCIGNO P. voce *Proprietà (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987
- RESCIGNO P., *Disciplina dei beni e situazioni della persona* in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, n. 5-6, 1976-1977
- RESCIGNO P., *Introduzione al Codice Civile*, Roma-Bari, 1991
- RESCIGNO P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2000
- RESCIGNO P., ZOPPINI A., RESTA G., *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, 2017
- RESTA G. *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in “Rivista di diritto civile”, n. 6, 2002
- RESTA G., *Azioni popolari, azioni nell’interesse collettivo, “class actions”: modelli e prospettive di riforma in una recente riflessione*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 2, 2007
- RESTA G., *Beni comuni e mercato*, 2014, consultabile all’indirizzo <https://www.ripensarelasinistra.it/wp-content/uploads/2014/02/Resta-beni-comuni.pdf>
- RESTA G., *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014
- RESTA G., *I diritti della personalità*, in R. SACCO (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2006
- RESTA G., *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso “Myriad Genetics”*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 2, 2011
- RESTA G., *Nuovi beni immateriali e numerus clausus dei diritti esclusivi*, in *Id.*, (a cura di) *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010

- REVIGLIO E., *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in “Politica del diritto”, n. 3, 2008
- RICCI F., *I beni*, in S. PATTI (a cura di) *Diritto Privato*, Padova, 2016
- RICCI S., MIGLINO A., MASSONI F., DI DONNA L., *Il rango dei diritti inviolabili per equivalente nel sistema del risarcimento dei danni alla persona umana*, in “Responsabilità civile e previdenza”, n. 5, 2012
- RIMINI C., *Cadono in comunione i diritti di credito acquistati durante il matrimonio?*, in “Famiglia e diritto”, n. 1, 2008
- RIMINI C., *I diritti di credito fra comunione immediata e comunione differita: una questione ancora aperta*, in “Famiglia e diritto”, n. 6, 2009
- ROCCELLA A., *L’edilizia di culto islamica: contro la tirannia della maggioranza*, in “Urbanistica e Appalti”, n. 3, 2014
- ROCHFELD J., *Les grandes notions de droit privé*, Parigi, 2° ed., 2013
- ROCHFELD J., *Tutela dei beni comuni della conoscenza e altri limiti all’esclusivismo proprietario. L’esperienza francese*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 2016
- RODOTÀ S., *Beni comuni e categorie giuridiche una rivisitazione necessaria*, in “Questione Giustizia”, n. 5, 2011
- RODOTÀ S., *Il diritto ad avere diritti*, Roma-Bari, 2012
- RODOTÀ S., *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*³, Bologna, 2013
- RODOTÀ S., *Le azioni a tutela di interessi collettivi* in *Atti del Convegno di studio Pavia, 11-12 giugno 1974*, Padova, 1976
- RODOTÀ S., *Note critiche in tema di proprietà*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, n. 2, 1960
- ROMANO S. *Aspetti soggettivi dei diritti sulle cose*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1955
- ROSE C., *Il contributo dell’economia al diritto di proprietà*, in “Rivista critica del diritto privato”, n. 4, 1995
- ROSE C., *The Comedy of the Commons: Commerce, Custom, and Inherently Public Property*, in “Faculty scholarship series”, n. 1, 1986
- ROSSI E., *art. 2 cost*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Torino, 2006
- ROSSI G., *Capitalismo e diritti umani* in “Rivista delle società”, n. 1, 2011
- ROSSI G., *La metamorfosi della società per azioni* in “Rivista delle società”, n. 1, anno 2011
- ROSSI G., *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica* in “Rivista delle società”, n. 4, 2013

- RUDDEN B., *Things as Thing and Things as Wealth*, in “Oxford journal of legal studies”, vol. 14, n. 1, 1994
- SACCONI L., OTTONE S., *Beni comuni e cooperazione*, Bologna, 2015
- SAJÒ A., UITZ R., *The constitution in private relations. Expanding constitutionalism*, Utrecht, 2005
- SALVI C., *Beni comuni e proprietà privata* in “Rivista di diritto civile”, n. 1, 2013
- SALVI C., *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code Civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015
- SANDULLI A. (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008
- SANDULLI A. M., *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto* V, Milano, 1959
- SANDULLI A. M., *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in “Diritto e economia”, n. 1 1956
- SATTA S., *Cose e beni nell’esecuzione forzata*, in “Rivista di diritto commerciale”, n. 1, 1964
- SAVOIA R., nota *Società autostrade condannata a realizzare la barriera antirumore se le immissioni rumorose superano la normale tollerabilità* di Roberto Savoia, in “Diritto & Giustizia”, n. 32, 2016
- SCALISI V., *Immissioni di rumore e tutela della salute*, in “Rivista di diritto civile”, 1982
- SCALISI V., *Proprietà e governo democratico dell’economia*, in “Rivista di diritto civile”, n. 1, 1985
- SCHIANO DI PEPE L., *La proprietà nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e nel diritto dell’Unione europea*, in Giovanna Visintini (a cura di), *Trattato di diritto immobiliare*, Padova, vol. I, t. 2, 2013
- SCOTTI R., *Comunione legale e titoli di credito*, in “Il notariato”, n. 2, 2008
- SCOTTI R., *L’acquisto di partecipazioni sociali in regime di comunione legale*, in “Il notariato”, n. 4, 2009
- SCOZZAFAVA T. O., *I “beni comuni”*, in “Jus Civile”, n. 3, 2016
- SCOZZAFAVA T. O., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982
- SESTA M., *La Famiglia*, in PATTI S., (a cura di) *Diritto Privato*, Padova, 2016
- SETTIS S., *Paesaggio, Costituzione, Cemento*, Torino, 2012
- SGANGA C., *Dei beni in generale, Artt. 810-821*, in *Commentario al Codice Civile* fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F. D. BUSNELLI, Milano, 2015
- SHAVER L., *The Right to Science and Culture*, “Wisconsin Law Review”, n. 1, 2010
- SHIVA V., *The Enclosure and Recovery of the Biological and Intellectual Commons*, in D.K. MAROTHIA (a cura di), *Institutionalizing Common Pool Resources*, New Delhi, 2002

- SILVESTRI G., *Lo Stato senza Principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005
- SIMONCINI A., LONGO E., *Art. 32* in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006
- SMITH H. E., *Semicommon property rights and scattering in the open fields*, in “The journal of legal studies”, Vol. 29, n. 1, 2000
- SOMAINI E., SOMAINI F. (a cura di), *I beni comuni oltre i luoghi comuni*, Milano, 2015
- SOMMA A., *Democrazia economica e diritto privato. Contributo alla riflessione sui beni comuni*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, n. 2, 2011
- SORGE B., *Il bene comune oggi*, in “Questione Giustizia”, n. 5, 2011
- SPANÒ M., *Azioni collettive. Soggettivazione, governamentalità, neoliberalismo*, Napoli, 2013
- SPANÒ M., *Le parole e le cose (del diritto)* in Thomas Y., *Il valore delle cose*, a cura di M. Spanò, Macerata, 2015
- STIVANELLO GUSSONI D., *Il sistema di regolazione delle comunicazioni elettroniche e dei servizi di media audiovisivi*, tesi di dottorato, XXVI ciclo, reperibile all’indirizzo: <http://dspace.unive.it/handle/10579/3958> (ultima consultazione, 2 febbraio 2017)
- STOLFI G., *Beni comuni in Parlamento. Per un percorso tra storia e diritto, verso approdi condivisi?*, in “Studi parlamentari e di politica costituzionale”, n. 177/178, 2012
- TARELLO G., *L’interpretazione della legge*, Milano, 1980
- TEMPESTA A., *Il G.O. può ordinare alla P.A. di adottare misure volte al miglioramento dell’ambiente?*, in “Il Corriere del Merito”, n. 12, 2006
- TEUBNER G., *Ordini frammentati e costituzioni sociali*, in “Rivista giuridica degli studenti dell’Università di Macerata”, 2010
- TEUBNER G., *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, 2012
- THOMAS Y., *Il valore delle cose*, a cura di M. SPANÒ, Macerata, 2015
- THOMAS Y., *Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain*, in “Archives de philosophie du droit”, n. 25, 1980
- TIMMERMANS S., TAVORY I., *Theory Construction in Qualitative Research: From Grounded Theory to Abductive Analysis*, in “Sociological Theory” 2012, n. 30
- TOMASELLA E., *Aspetti pubblicistici del regime dei beni regolieri*, Belluno, 2001
- TOMASELLA E., *La proprietà collettiva della terra in alcuni paesi in via di sviluppo*, in *La ricchezza della diversità. L’insegnamento del diritto agrario come strumento di cooperazione per lo sviluppo*, Milano, 2009
- TOMMASINI G., *La tutela d’urgenza della salute contro le immissioni acustiche eccedenti la normale tollerabilità*, in “Responsabilità Civile e previdenza”, n. 11, 2011

- TORREMANS P. L. C., *Intellectual property law and human rights*, Belgio, 2015
- TORRENTE A., Schlesinger P., *Manuale di Diritto Privato*²², Milano, 2015
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di Diritto Civile*⁴², Padova, 2005
- TRIMARCHI M., voce *Patrimonio*, XXXII, 1982
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*²⁰, Milano, 2014
- TUCCI G., *Moschee e diritti inviolabili. La Corte Costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, in “Giurisprudenza italiana”, n. 5, 2016
- UGAS A. P., *Profili di crisi della distinzione tra diritti reali e diritti di credito*, in LUMINOSO (a cura di) *Diritto e crisi: atti del convegno di studi per i trent'anni della Rivista giuridica sarda (27-28 novembre 2015, Cagliari)*, Milano, 2016
- VALGUARNERA F., *Accesso alla natura fra ideologia e diritto*², Torino, 2010
- VERCELLONE P., *Personalità (diritti della)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, Torino, 1965
- VINCENTI U., *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Roma-Bari, 2007
- VIOLA F., *Beni comuni e bene comune*, in “Diritto e Società”, n. 3, 2016
- VIOLA L., *Il diritto incompressibile all'ambiente salubre e la sindrome di N.I.M.B.Y.* in “Giurisprudenza di Merito”, n. 12, 2007
- VIOLANTE U., *Danno non patrimoniale e cessione del credito*, in “Danno e responsabilità”, n. 2, 2015
- VIOLANTE U., *La circolazione del credito tra favor per il cessionario e tutela del debitore ceduto*, in “Danno e responsabilità”, n. 10, 2012.
- VISINTINI G., voce *Immissioni (Diritto Civile)*, in “Novissimo Digesto Italiano”, 1982
- VITALE E., *Beni comuni, un lodevole vicolo cieco?*, in “Questione giustizia”, n. 2, 2017
- VITALE E., *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Roma-Bari, 2013
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992
- ZANOVELLO F., *“Diritto” di occupare e facoltà di escludere. Il rinnovato dibattito sulla “funzione sociale” della proprietà tra movimenti sociali e diritto europeo*, in “La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”, n. 4, 2016
- ZATTI P., COLUSSI V., *Lineamenti di Diritto Privato*¹⁵, Padova, 2015
- ZENO ZENCOVICH V., voce *Cosa* in *Digesto delle discipline privatistiche*, 1988
- ZERELLA E., *La tutela del diritto alla salute e la disciplina delle immissioni*, in “Giustizia Civile”, I, 1986
- ZICCARDI G., *Informatica giuridica Vol. 1: Controcultura, informatica giuridica, libertà del software e della conoscenza*, Milano, 2011
- ZOPPINI A., *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra Stato e mercato)* in “Rivista di diritto civile”, n. 3, 2013