GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Le interferenze tra i beni pubblici e i beni privati nella teoria generale e nell'esperienza pratica

di Gianpiero Paolo Cirillo

14 settembre 2022

1. L'attività al centro dell'esperienza giuridica e in particolare rispetto alla conformazione del bene

Sono necessarie alcune premesse di carattere generale.

Al centro dell'esperienza del diritto va posta l'attività giuridica. Le entità più visibili della realtà sono le cose e i soggetti che agiscono. Di queste due, pur essendo complementari, la più importante è la seconda, poiché l'attività può avere ad oggetto cose e non viceversa. I soggetti, che costituiscono semplicemente l'ipostatizzazione dell'attività, diventano rilevanti solo nel momento in cui agiscono, anche se il diritto se ne deve occupare a proposito della loro organizzazione, dove, di regola, non ci sono rapporti intersoggettivi. L'attività materiale, anch'essa la più visibile di tutte le possibili tipologie in cui viene normalmente scomposta l'attività giuridica, non è in sé una nozione giuridica, ma può diventarlo laddove la si consideri in un dato contesto ordinamentale.

L'attività giuridica è l'insieme di attività materiali e di atti formali diretti a curare un interesse specifico del soggetto di diritto, considerato rilevante dall'ordinamento. Essa viene prima del risultato economico e giuridico che essa produce. Le attività più rilevanti sono quelli attinenti al lavoro e all'impresa, in quanto producono nuova ricchezza.

In passato si è ritenuto che sia l'attività di diritto amministrativo sia quella di diritto privato non fossero nozioni giuridiche, essendo piuttosto un'astrazione per indicare ciò che di comune avessero gli atti disciplinati da una data normazione. Per lungo tempo si è ritenuto che nel diritto privato fosse rilevante soltanto il negozio giuridico, mentre nel diritto amministrativo solo nella seconda metà del secolo scorso si è ritenuto fosse rilevante l'attività globalmente intesa.

Tuttavia -a parte che il codice civile prende in considerazione non solo i negozi giuridici ma anche l'attività, a proposito del possesso, dell'azienda e del trattamento dei dati personali- il diritto collega ad essa conseguenze in quanto tale isolandola dall'atto prodotto; e ciò avviene quando tale attività diventa 'funzione'. Quest'ultima si registra quando un soggetto agisce per conto di un altro. Sicché per il soggetto nell'interesse del quale si è agito sorge la necessità di controllare nella sua interezza l'attività posta in essere da colui che ha gestito i suoi interessi. In questo modo viene in rilievo l'attività di gestione e il negozio che ne sta alla base. L'attività di gestione costituisce la radice della ripartizione tra il diritto privato e il diritto pubblico, in quanto in essa si ritrovano riuniti il concetto della cura di un interesse altrui e l'imputazione del risultato dell'attività di un soggetto diverso da quello che agisce. E questo va oltre il semplice rapporto giuridico tra singoli, dove ciascuno agisce per sé.

Va anche ricordato che l'esperienza giuridica è attività disciplinata di rapporti umani e che si è sempre fondata sulla relazione tra soggetto e oggetto del diritto, visti come i termini esterni al rapporto giuridico.

La concezione tradizionale si fonda su due concetti fondamentali: il soggetto, l'interesse e il bene sono momenti correlati di un unico fenomeno; il bene preesiste ai possibili rapporti giuridici di cui il bene costituisce il termine oggettivo. Siccome tutti i rapporti giuridici hanno insita una valenza patrimoniale, essi debbono riferirsi a beni in senso giuridico e questo postula un nesso indissolubile tra diritto ed economia, poiché tutti i rapporti giuridici sono valutabili sul piano economico e soddisfano bisogni. Essi contribuiscono a creare e spostare ricchezza, ossia beni. Questo vale non solo per i rapporti civilistici ma anche per i rapporti di diritto amministrativo, ivi compresi quelli di tipo autoritativo.

L'autonomia privata costituisce il principale strumento per distribuire in maniera ordinata gli interessi individuali che pertengono un determinato bene, garantendo il formarsi di un libero rapporto giuridico tra i soggetti rispetto al bene considerato. Invece, la potestà pubblica non solo deve garantire che questo avvenga in ossequio alla protezione offerta dalla Costituzione all'autonomia privata, ma deve tenere in considerazione le esigenze di tipo patrimoniale presenti in tutti gli specifici procedimenti che si aprono innanzi alla pubblica amministrazione, e non solo in relazione ai beni pubblici di cui è proprietaria.

2. Il nesso tra bene e diritto di proprietà

Venendo al tema, l'attività, in particolare di gestione e di godimento, diventa fondamentale anche a proposito della teoria dei beni, poiché è la prima che crea i secondi e non viceversa. Tuttavia nel rapporto giuridico che scaturisce tra il soggetto e il bene non rileva tanto quello diretto con il bene, e da cui nascono le forme giuridiche di appartenenza e di godimento, quanto quello che deriva dalla relazione con un altro soggetto dell'ordinamento che di regola confligge con l'interesse che si appunta sulla *utilitas* che dal bene stesso deriva, dove si può prescindere dalla appartenenza, come nel caso di più soggetti che aspirino a godere e disporre della medesima utilità senza che nessuno dei due soggetti abbia una relazione pregressa con il beni in contesa oppure invece l'abbiano di fatto (possesso) o in virtù di titoli contrastanti.

Il discorso sui beni non può ignorare l'istituto della proprietà, poiché il codice civile, come è stato insegnato, ha dettato una disciplina dei beni che aspirava a diventare una categoria generale a fondamento di tutto il diritto patrimoniale. Inoltre, l'istituto della proprietà si è evoluto nel senso che essa rileva non tanto in sé, ma in quanto inserita in un rapporto di tipo contrattuale.

In effetti ciò trova fondamento nella legge, laddove il codice considera beni tutto ciò che può formare oggetto di diritti (art. 810 c. c.) e laddove la prestazione dell'obbligazione deve essere sempre suscettibile di valutazione economica, anche quando essa viene assunta o pretesa per soddisfare un interesse non patrimoniale (art. 1174 c. c.)

La prima delle norme indicate fissa il rapporto tra cosa e diritto. Il rapporto tra soggetto e oggetto di diritti è stato sempre concepito in funzione del riconoscimento o, comunque, dell'attribuzione di un diritto soggettivo. Tant'è che la categoria del diritto soggettivo è stata impiegata non solo per il diritto di proprietà e per gli altri diritti reali di godimento, ma persino per definire l'impresa economica e per collegare l'imprenditore all'azienda.

Il richiamo all'azienda consente di affermare che nel diritto amministrativo, e più precisamente nella scienza dell'amministrazione, le organizzazioni pubbliche si presentano anche come aziende, ossia come una unione di beni ordinate alla produzione di beni o all'erogazione di servizi.

Non a caso presso gli economisti si discute molto del rapporto tra le aziende delle pubbliche amministrazioni e delle possibili differenze con le aziende delle organizzazioni private. In ogni caso, si insegna che le pubbliche amministrazioni hanno un capitale, immobiliare e mobiliare, di impianto e di esercizio. Hanno altresì rapporti creditori e debitori, entrate e uscite. Svolgono attività valutabili in termini di costi e di ricavi.

Del capitale delle amministrazioni si tratta proposito della teoria dei beni pubblici, che hanno particolari regimi giuridici; così come i rapporti obbligatori vengono trattati a proposito delle obbligazioni pubbliche. Il tema relativo alle entrate patrimoniali è molto più complesso rispetto a quello dei ricavi delle aziende private, in quanto larga parte di esse pervengono all'amministrazione attraverso l'esercizio della potestà di imposizione fiscale, non attraverso l'esercizio virtuoso dell'attività imprenditoriale nel mercato.

Tuttavia una parte considerevole delle entrate pubbliche segue un regime non diverso da quello di qualunque altro imprenditore privato, fondandosi sui prezzi di vendita di beni, su canoni da locazione di immobili, corrispettivi da contratti di trasporto, di somministrazione, d'opera e così via

Il bene, nel linguaggio giuridico, non viene denotato in maniera costante. Il vocabolo si colora di significati diversi in relazione ai diversi oggetti che sono attualmente qualificati come beni

Infatti, mentre da un lato i beni sono un sottoinsieme dell'insieme che comprende tutte le cose ai sensi dell'articolo 810 c. c., dall'altro nel linguaggio giuridico attuale l'insieme dei beni è più ampio di quello delle cose che possono formare oggetto di diritti. Questa è la naturale conseguenza dell'inclusione del legislatore tra i beni di quelli immateriali, che, presentando una certa utilità economica, possono generare rapporti e diritti che certamente non vertono su cose intese come percezioni del mondo fisico, come nel caso dell'azienda, laddove comprende, oltre a cose corporali, anche beni materiali, come marchi brevetti e altri diritti.

Il problema centrale è quello di comprendere rispetto a quali oggetti è possibile istituire un regime giuridico di appartenenza, come quello che si realizza con la creazione di un diritto a favore di un soggetto.

Certamente la Costituzione non favorisce l'idea che da una parte vi sia il soggetto e dall'altra l'oggetto. I beni vengono piuttosto visti come uno degli ambiti in cui si sviluppa la personalità umana in tutte le sue variegate articolazioni. Pertanto, essa distingue tra proprietà pubblica e proprietà privata. Inoltre prefigura regimi diversi per i beni che servono al soddisfacimento di bisogni essenziali come il diritto di abitazione (art. 47, comma 2, Costituzione), beni necessari per lo svolgimento dell'iniziativa economica (artt. 41-47 Costituzione), beni necessari alla vita spirituale dell'uomo, come i beni culturali e paesaggistici (art. 9, comma 2, Costituzione) e così via. A proposito di quest'ultima norma, la recente modifica costituzionale circa della protezione degli animali esclude che questi possano considerarsi cose.

Inoltre, il codice civile non offre una risposta generale alla domanda fondamentale di cui sopra, pertanto bisogna fare riferimento alle indicate nozioni che ci derivano dalla scienza economica e quindi ai concetti di bisogno, di risorsa scarsa e di utilità.

Come è stato suggerito, la possibilità che determinati oggetti siano classificabili o meno come beni, non dipende tanto dal fatto che vi sono risorse disponibili a tutti (come il mare aperto, la luce solare, l'aria e così via) e risorse limitate, quanto, piuttosto, dal fatto che l'ordinamento non ha ragione di intervenire se non nel momento in cui vi è un concreto utilizzo di essi da parte di qualcuno.

In realtà, l'ordinamento utilizza le proprie categorie che elevano l'interesse materiale del soggetto al bene, soggettivizzandolo, solo ove ciò sia strettamente necessario e solo ove sia in grado di offrire la tutela corrispondente, come nel diritto soggettivo di proprietà.

La tendenza attuale si fonda sul fatto che nessuna risorsa è disponibile in modo illimitato. Pertanto un regime non regolamentato di libera appropriazione di tali risorse può provocarne l'esaurimento in meno tempo di quanto si pensi.

Dall'analisi economica del diritto si apprende che solo a determinate condizioni il regime di comunione dei beni istituito senza ripartizioni di quota è sostenibile anche nel lungo periodo. Basti pensare alla possibilità di consumare liberamente l'aria nelle zone urbane, che ha condotto a un inquinamento atmosferico senza precedenti nelle parti urbanizzate del mondo.

L'analisi economica del diritto suggerisce quindi di togliere dalla condizione di oggetto liberamente appropriabile tutto ciò che si intende proteggere.

Il tema del bene come oggetto di diritto si intreccia con quello dell'oggetto del contratto, nonché con l'oggetto del provvedimento favorevole prodotto dal procedimento amministrativo, che tendono ad essere beni in sé o comunque idonei a creare beni. Di questo non è possibile ora occuparsi.

3. L'insufficienza del criterio dell'appartenenza per stabilire la differenza tra bene pubblico e bene privato

Mentre la Costituzione parla di proprietà pubblica e privata, il codice civile distingue tra beni pubblici e beni privati. L'uso disinvolto dei termini non genera soverchie preoccupazioni nell'interprete, dato che il vero problema è quello di comprendere se la differenza tra i due tipi di proprietà dipenda dalle qualità intrinseche dei beni, ossia dalla loro diversa natura, o solo dall'appartenenza del bene, cioè dal collegamento formale tra oggetto e soggetto. Per l'osservatore occorre verificare se siano assoggettati ad un regime giuridico diverso, altrimenti non vi sarebbe ragione di distinguerli.

Il criterio dell'appartenenza non è sufficiente a cogliere la differenza tra proprietà pubblica e privata, poiché non tutti i beni della pubblica amministrazione sono sottoposti al regime particolare. Lo sono solo quelli demaniali e patrimoniali indisponibili, mentre quelli patrimoniali disponibili ricevono un trattamento del tutto simile a quello dei beni appartenenti ai privati. Peraltro esistono alcuni beni di proprietà privata che hanno finalità pubbliche e per questo sono assoggettati ad un regime particolare; ne sono esempio le autostrade costruite e gestite da privati, i boschi e le foreste private, i beni privati di interesse storico archeologico artistico.

Sicché per qualificare il bene come pubblico non è sufficiente il criterio soggettivo, che va integrato con quello oggettivo, ossia con l'applicazione a tale bene di un particolare regime giuridico. Possono essere riconosciuti beni pubblici solo quelli appartenenti alla pubblica amministrazione, i quali sono anche assoggettati ad una disciplina specifica. Tali sono i beni demaniali e quelli patrimoniali indisponibili.

Il diverso regime giuridico comporta la "riserva" in favore dei pubblici poteri di potestà fondamentali rispetto all'utilità che il bene può fornire in ragione della sua natura. Pertanto essi non possono appartenere a soggetti privati.

Il raffronto giuridico tra proprietà pubblica e privata è stato nel tempo oggetto di riflessione ed analisi e si caratterizza per l'essere strettamente connesso con i bisogni sociali e i mutamenti

economici. Ogni trasformazione sociale, infatti, incide necessariamente sul concetto di proprietà.

Proprio i cambiamenti sociali sono stati alla base del superamento della logica unitaria della proprietà a favore di una visione in virtù della quale vi sono piuttosto delle proprietà o statuti diversi in armonia con gli scopi perseguiti.

Nell'evoluzione dei rapporti economici e sociali si è assistito ad un passaggio da uno Stato gestore a uno Stato sempre più regolatore, assetto che ha di fatto rimodulato il confine tra proprietà pubblica e proprietà privata; ciò anche alla luce di un diritto europeo attento ad assicurare parità di trattamento tra impresa pubblica e impresa privata, oltre al fatto che i processi di privatizzazione non hanno, di fatto, ridimensionato il ruolo dello Stato nell'economia.

La scelta privatistica non ha, infatti, implicato il superamento dei vincoli pubblicisti, essendo il diritto privato inidoneo ad assicurare all'azione buon andamento e imparzialità. L'opzione per il modello privatistico ha però inevitabilmente imposto il rispetto di logiche imprenditoriali e regole di mercato nella consapevolezza che anche i beni di natura pubblica debbono soggiacere al criterio della economicità. In quest'ottica si è assistito al trasferimento di beni pubblici, demaniali e quelli facenti parte del patrimonio indisponibile, a soggetti privati, spesso a totale controllo pubblico, al fine di garantirne una più efficiente gestione. Talvolta nel rispetto delle finalità proprie dei beni stessi si è, quindi, assistito ad un superamento della concezione classica della proprietà pubblica, in particolare per quanto attiene al profilo della necessaria appartenenza del bene al soggetto pubblico.

4. Il bilancio degli enti pubblici e la sua natura di bene pubblico

Nella discussione intorno ai beni pubblici è comparso il bilancio pubblico, che non viene più considerato come un documento meramente contabile-finanziario e le leggi che li approvano non sono meramente formali ma sostanziali, visto che hanno effetti giuridici diretti rispetto alle situazioni giuridiche facenti capo a enti pubblici, persone fisiche e persone giuridiche private.

L'idea di considerare il bilancio come bene pubblico, se non addirittura come bene comune, non è affatto peregrina, atteso che esso sfugge alla forza attrattiva delle categorie del patrimonio autonomo, separato e segregato, anche se di quest'ultimo "l'impegno di spesa" ne ricorda taluni tratti, quali l'effetto di destinazione. Parimenti non si adatta alla categoria della proprietà collettiva, in quanto si dovrebbe immaginare che i titolari siano da individuare nei contribuenti,

presso i quali le risorse vengono attinte con l'utilizzo dei procedimenti impositivi, oppure che la titolarità si radichi in capo all'ente che dispone delle risorse tratte dalla fiscalità generale. Ma ciò non è nella realtà giuridica, anche se la tutela possibile dei soggetti incisi potrebbe essere assimilata a quella che si registra proposito di beni comuni.

Certamente la Corte costituzionale ritiene ormai pacificamente che il bilancio sia un bene pubblico, nel senso che è funzionale a sintetizzare e rendere certe le scelte dell'ente territoriale. Come bene pubblico esso deve dare tutela prioritaria a precisi interessi costituzionali (sentenze n. 62 del 2020, nn. 10 e 184 del 2016 e n. 49 del 2018 della Corte costituzionale).

In sintesi, la nuova concezione del bilancio quale bene pubblico configura un assetto delle pubbliche amministrazioni improntato alla logica del risultato anziché a quella, meramente formale, dell'adempimento. Quando il risultato manca scattano le forme di tutela a tutti livelli previsti dall'ordinamento.

5. La necessità dell'ordinamento di collegare il bene al soggetto che diventa titolare di diritti e interessi legittimi aventi ad oggetto "*l'utilitas*" che deriva da esso

La nozione di proprietà pubblica si ricava dall'art. 42 della Costituzione, come più volte ricordato, nonché dagli artt. 822-831 del codice civile, che trattano specificatamente di beni pubblici.

Il libro terzo del codice civile "della proprietà", seguendo l'impostazione del codice Giustinianeo, al capo I, si apre con la "nozione" di bene (art. 810), alla quale seguono la "distinzione dei beni" (art. 812), la disciplina delle "universalità di mobili" (art. 816) e delle "pertinenze" (artt. 817-819). Nel capo secondo vengono presi in considerazione i beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e a quelli ecclesiastici. In particolare l'art. 822 c. c. non parla di proprietà pubblica, ma di demanio pubblico, comprensivo del lido del mare, della spiaggia, delle rade, dei porti, dei fiumi, dei torrenti, delle altre acque definite pubbliche per legge (demanio necessario), a cui si aggiungono le strade, le autostrade, le strade ferrate, gli aerodromi, gli acquedotti e gli immobili riconosciuti di interesse storico archeologico artistico a norma delle leggi in materia (demanio accidentale).

Da ciò si ricava che i beni demaniali non coincidono con la proprietà pubblica. Possono, infatti, esistere beni che, pur rientrando nella tipologia dei beni demaniali, non sono di proprietà pubblica. Il che consente di dire che la norma costituzionale, essendo più generale di quella del codice civile, coglie meglio la proprietà pubblica nella sua realtà.

Come si diceva, il problema è quello di comprendere se sia possibile individuare dei connotati specifici della proprietà pubblica che la diversifichino da quella privata. Come pure si diceva, il criterio dell'appartenenza anche se è il primo che l'ordinamento considera, non è sufficiente a individuare esattamente la proprietà pubblica. Questo risponde piuttosto all'esigenza che l'ordinamento ha di dover collegare il bene ad un soggetto, tanto è vero che i beni in attesa di proprietario sono situazioni transitorie.

Se si guarda il problema dall'angolatura della titolarità, si riscontra che le situazioni soggettive sono perfettamente identiche, ossia il rapporto tra il proprietario, pubblico privato, ed il bene è lo stesso. Quindi bisogna ricercare altrove la differenza.

Sicuramente vi sono delle diversità nei modi di acquisto, nel senso che il soggetto pubblico ha a disposizione alcuni particolari strumenti, quali la confisca o la requisizione, e può utilizzare anche altri strumenti pubblicisti, che si aggiungono a quelli a disposizione del soggetto privato. Basti pensare, oltre alla cessione, anche all'occupazione acquisitiva, al testamento, al contratto (e a tutti i modi di trasferimento di diritto comune). Infatti il soggetto pubblico può utilizzare l'espropriazione o l'acquisizione al patrimonio ex artt. 43 e 43 *bis* del testo unico delle espropriazioni; strumenti questi che presuppongono una posizione di potestà pubblica.

Per quanto riguarda il trasferimento del diritto di proprietà mentre il soggetto privato agisce in base al principio dispositivo, sicché, per cedere il bene, è sufficiente che ne abbia la piena disponibilità, il soggetto pubblico non ha questa facoltà, a meno che non si tratti di beni patrimoniali disponibili.

La necessità dell'appartenenza, è confermata dalla disciplina della successione *mortis causa*, in base alla quale, ove non vi siano soggetti successibili, ossia eredi entro il sesto grado, la proprietà del bene rimasta vacante, viene acquisita dallo Stato. Ciò accade proprio perché non è ammessa la mancanza di collegamento tra un bene e un soggetto giuridico, cioè l'individuazione di un proprietario. I beni privi di titolare quindi diventano di proprietà dello Stato e sono beni pubblici.

6. La critica della tripartizione classica dei beni pubblici

Tralasciando finalmente il problema dell'appartenenza e quello del trasferimento del diritto di proprietà pubblica, occorre fare un cenno ai modi di disposizione dei beni pubblici, prendendo le mosse dalla tradizionale tripartizione in beni demaniali, patrimoniali indisponibili e disponibili.

Il regime cui sono sottoposti i beni demaniali è caratterizzato dalla inalienabilità, non usucapibilità, imprescrittibilità del bene stesso. La qualificazione di bene demaniale dovrebbe essere sempre formale, nel senso che anche per i beni ascrivibili al demanio necessario la demanialità dovrebbe essere dichiarata in un provvedimento amministrativo seguita dall'iscrizione del bene in elenchi, attualmente tenuti dall'agenzia del demanio e in precedenza dal Ministero delle Finanze. Tuttavia, il tipo di bene compreso nel demanio necessario ai sensi dell'articolo 822 c. c. deve comunque qualificarsi demaniale, anche se non sia dichiarato tale e non sia iscritto nell'apposito elenco.

Si insegna che il bene demaniale inalienabile qualora venga venduto, nonostante l'impedimento di natura sostanziale, l'ordinamento reagisce con la sanzione della nullità per impossibilità dell'oggetto, ai sensi dell'articolo 1418, comma 2, c. c.

Il bene patrimoniale indisponibile invece si differenzia da quello demaniale perché può essere trasferito, seppure con il limite di mantenere invariata la destinazione che ha per natura o per atto amministrativo. Sicché, il negozio di trasferimento si considera annullabile per errore qualora non venga rispettata tale destinazione.

In questi casi la giurisprudenza si muove in due direzioni: a volte qualifica il vizio come errore di diritto, facendo riferimento ad un provvedimento di dubbia interpretazione che sembrerebbe aver mutato destinazione al bene, altre volte come errore sulla qualità del bene stesso.

Nelle voci classiche dei trattati e dei manuali i beni pubblici vengono ancora trattati in base ai concetti tradizionali dell'appartenenza, della demanialità, della indisponibilità o disponibilità, della inusucapibilità, della concessione, come si diceva.

Il regime della "riserva" è tuttavia separato dal regime dell'appartenenza, per cui possono aversi: a) beni senza avere un'appartenenza come le cose comuni, quali il mare l'aria l'etere l'uso dei quali perciò regolato dai pubblici poteri; b) beni appartenenti a pubbliche amministrazioni in uso esclusivo agli stessi, come i beni del demanio militare e quelli formanti il loro patrimonio indisponibile perché collegato strettamente ad attività che vi si svolgono.

Tra queste due categorie estreme stanno altre due categorie intermedie: c) in una vi è l'appartenenza alla collettività, ma al pubblico potere spettano la potestà di disposizione e di regolazione dell'uso, come avviene per i beni in uso collettivo, quali le strade il lido del mare i fiumi e i laghi; d) nell'altra vi è l'appartenenza del pubblico potere, ma questa si risolve nella potestà di stabilirne la utilizzazione, che è di privati, come avviene per le miniere.

Dunque, per verificare l'attualità della distinzione tradizionale occorre fare riferimento al concetto di "riserva" e di "destinazione". Tutto il problema della demanialità è basato su questi istituti, che sono sufficienti a spiegare il fenomeno.

Esistono infatti dei beni che per loro natura non possono appartenere a soggetti diversi dallo Stato.

Non a caso una dottrina (Cerulli Irelli), da sempre attenta a questi temi, ritiene che una categoria propria e separata di beni pubblici sussiste soltanto con riferimento ai beni che sono pubblici perché sono del popolo e perché da esso direttamente utilizzati. La proprietà pubblica in questa ricostruzione, che dichiaratamente ritiene inadeguata al diritto positivo la sistematica codicistica, si caratterizza per la presenza di un regime derogatorio al diritto comune, ma al di fuori di tale deroga, esso si riespande. Non vi sarebbe nessuna ontologica differenza tra i due tipi di proprietà. Pertanto si individuano tre specie di beni pubblici: i riservati; quelli a destinazione pubblica e i beni collettivi.

Occorre, a tal proposito, ricordare la diversa classificazione proposta da M. S. Giannini, che ha messo in discussione la tripartizione, gettando anche le basi delle discipline sui beni culturali e ambientali. La classificazione gianniniana non è basata sull'elemento descrittivo (demanio necessario e accidentale, patrimonio disponibile o indisponibile), ma su due interrogativi: a chi e a cosa servono i beni pubblici.

Le risposte risolvono il problema dell'appartenenza e delle relazioni giuridiche tra i soggetti pubblici e privati il cui oggetto è un bene. Sicché, l'Autore individua alcuni beni a fruizione collettiva, altri a uso esclusivo dello Stato (difesa), altri ancora destinati al consumo (arredi), oppure solamente gestiti (foreste miniere) o soggetti a regime privatistico (edifici).

Certamente se si utilizza la distinzione tradizionale, esaminando la tipologia dei beni patrimoniali indisponibili, si scopre che i più importanti sono le foreste, le cave, le miniere e i beni culturali.

7. La tendenza a valorizzare il bene per il suo valore d'uso anziché di scambio. I beni comuni

I beni pubblici sono solitamente intesi come quelli dei quali le pubbliche amministrazioni si avvalgono per il raggiungimento dei loro scopi, siano o non siano tutti di loro esclusiva appartenenza. Si è soliti insistere sull'alternativa tra i beni demaniali e beni patrimoniali indisponibili. Ci si muove ancora all'interno di questa alternativa quando, specie in periodi di grave crisi dei bilanci pubblici, si avviano processi di privatizzazione volti a spostare, in chiave di titolarità, alcuni beni dal pubblico al privato.

Tuttavia nell'esperienza contemporanea, il bene -inteso come entità materiale capace di soddisfare un'esigenza del soggetto- tende sempre più a svincolare la propria tutela dal profilo della titolarità, per proiettarla sul piano dell'utilizzazione o del godimento.

Dottrine recenti (Lipari) considerano emblematici di questa realtà i cosiddetti beni comuni, destinati per loro natura ad una fruizione diffusa e, quindi, intrinsecamente sottratti ad ogni forma di titolarità sia di natura pubblica sia di natura privata.

Con l'espressione beni comuni ci si intende genericamente riferire ad una risorsa condivisa da un gruppo di persone; gruppo che può essere ristretto o ampio. Ciò lascia intendere che, nel processo evolutivo delle classiche categorie giuridiche, già chiaramente in atto all'inizio del nuovo millennio, l'alternativa pubblico-privato non vale più a designare ciò che è di tutti, rispetto a ciò che appartiene solo ad alcuni.

L'alternativa pubblico-privato non è più in grado di assorbire tutta la teoria dei beni, perché vi sono dei beni così intimamente connessi alle più essenziali esigenze di vita dell'uomo che si sottraggono a qualunque forma appropriativa, non potendo che appartenere a tutti. Beni, cioè, rispetto ai quali l'attribuzione si pone come un "a priori" in chiave di riconoscimento, non come effetto in termini di attribuzione o concessione da parte dell'ordinamento. Si tratta di un criterio qualificativo che va al di là dello stesso principio consegnatoci dall'art. 42 della Costituzione circa la funzione sociale della proprietà, e che non si riconnette in alcun modo ad obblighi o comportamenti imposti al titolare (Lipari).

La qualità di bene comune, intesa come intrinsecamente connessa ad un godimento generale e indifferenziato, che pure non esclude forme di godimento individuale, contrasta, in radice e fin dall'inizio, con ogni ipotesi di proprietà esclusiva e sottrae, quindi, il bene ad ogni meccanismo di scambio legato a criteri valutativi del valore d'uso. Si potrebbe addirittura dire che l'idea di bene

comune precede la solidarietà, perché esclude in radice ogni qualificazione o attribuzione a carattere individualistico.

Si tratta di una categoria che, tuttavia, presenta una certa volatilità e irriducibilità ad un unico parametro. Della categoria dei beni comuni, della loro definizione e individuazione si è occupata una commissione ministeriale (istituita con decreto del ministero della giustizia del 21 giugno 2017 al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici, meglio nota come Commissione Rodotà), che "qualifica i beni pubblici come le cose che esprimono utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali, nonché al libero sviluppo della persona".

La definizione così fornita rimane comunque incerta, posto che i diritti fondamentali sono suscettibili di implementazione in funzione di fattori storici e ambientali; e lo sviluppo della persona rimane un criterio indeterminato e certamente non riconducibile agli indici oggi utilizzabili. La riferibilità del bene (quindi dei modi della sua tutela) ad una indistinta comunità nasce dunque dall'esito di un procedimento valutativo rimesso alla determinazione giudiziale.

Da qui la difficoltà di fornire un elenco di beni comuni che non determini controversia in ordine alla qualificazione. Il riferimento non è, infatti, a beni come l'acqua o l'ambiente, ma si è esteso ad indici non facilmente identificabili nella loro portata oggettiva, quali il sapere, la conoscenza, il genoma umano, la sanità, l'università e Internet.

Anche la Corte di cassazione si è occupata di essi. I giudici di legittimità, ragionando in tema di individuazione di beni pubblici o demaniali, esplicitamente affermano la necessità di uscire dai confini della disciplina codicistica e da quella che definiscono l'oramai datata prospettiva del *dominium* dei romanisti, per riconoscere che vi sono beni che, "essendo strumentalmente collegati alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini, debbono essere considerati "comuni prescindendo dal titolo di proprietà". È chiaro che, in tal modo, si rompe il tradizionale rapporto tra soggetto ed oggetto; e la tutela del bene viene svincolata da qualsiasi riferimento ad un profilo di titolarità.

La via da seguire è stata indicata, anche se non sarà semplice delineare uno statuto condiviso dei beni comuni. Tuttavia siffatti beni, nonostante le incertezze classificatorie, sono destinati ad avere un ruolo crescente nella dinamica dei rapporti giuridici e nella determinazione di ciò che è pubblico e ciò che è privato.

L'indicazione della comunità di riferimento appare difficile, fermo il sicuro superamento del criterio statualistico della cittadinanza. Ma la mancanza di una disciplina unitaria della categoria

non deve indurre a negarne la rilevanza.

Anzi proprio al bene comune bisogna ricorrere per risolvere problemi molto concreti, come il diritto di accesso al mare, a proposito del quale si scontrano gli interessi dei concessionari degli stabilimenti balneari con quelli che reclamano il libero accesso all'uso della battigia, senza escludere l'interesse ad una maggiore agibilità di coloro che utilizzano le strutture a pagamento.

In effetti, il mare territoriale non costituisce un bene demaniale o patrimoniale dello Stato ma rientra piuttosto nelle *res communes omnium*.

La giurisprudenza civile e quella amministrativa hanno entrambe intrapreso la via che porta a considerare il demanio marittimo come direttamente e inscindibilmente connesso con il carattere pubblico della sua fruizione collettiva, rispetto alla quale l'esclusività che nasce dalla concessione costituisce un'eccezione. Peraltro anche il legislatore ha dovuto prendere atto di ciò laddove ha stabilito l'obbligo per i titolari di consentire libero e gratuito transito per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione (legge finanziaria n. 296/ 06, art. 1, commi 251 e 254).

8. Il bene comune e la realtà digitale

L'istituto dei beni comuni, che sembra costituire la prova dello svincolarsi progressivo della tutela dei beni da ogni profilo di appartenenza e, quindi, dalla previa attribuzione ad una titolarità soggettivamente imputabile, ha indotto, dunque, una parte della dottrina ad elaborare una nozione di beni comuni (o se preferiamo di proprietà comune) come un istituto diverso, anzi alternativo rispetto al dominio sia privato sia pubblico.

Inutile ricordare che nella tradizione giuridica, il bene comune è stato sempre visto come una eccezione al sistema fondato sulla proprietà come diritto soggettivo assoluto. Non a caso le forme di proprietà collettiva (quali il legnatico, lo stallatico, gli usi civici e così via) erano tutto sommato marginali anche presso le comunità agricole del passato. A ciò bisogna aggiungere che altre forme aggregative, come il condominio, hanno sempre goduto nella tradizione romanistica di un certo sfavore, legato alla concezione secondo cui ciascuno dei condomini è proprietario della quota ideale in cui è scomponibile il bene. A tale concezione si contrapponeva quella di tipo germanico, secondo cui la titolarità in capo al gruppo e non era scomponibile in quote, per cui il rapporto titolarità-bene comune era più resistente nel tempo, ma anche più rispettosa della vocazione all'uso collettivo del bene.

Nell'era digitale che caratterizza l'odierno futuro, Internet sembra aspirare ad eliminare ogni differenza per via della portata globale delle relazioni umane e, quindi, giuridiche che vi si instaurano. Certo è che la Rete è diventata centrale, in quanto fonte di conoscenza e informazione; il che pone al giurista il problema della scelta fra tutele individuali e collettive.

Questo rompe anche i paradigmi riferiti ai beni immateriali.

Nel disegno costituzionale, i privati e le istituzioni pubbliche debbono armonicamente agire per la realizzazione dell'interesse generale della comunità nazionale e delle comunità locali, di cui la prima si compone. Se l'indicato disegno viene calato nella nuova realtà, dove la rete Internet sembra aspirare ad eliminare ogni differenza per via della portata globale e senza frontiere delle relazioni umane e giuridiche, viene naturale ripensare al nuovo ruolo degli Stati nazionali della comunità internazionale.

Certo è che a proposito della Rete vengono in rilievo l'art. 2 della Costituzione, laddove stabilisce che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. A ciò va aggiunto l'art. 3, comma 2, laddove stabilisce che il compito della Repubblica è rimuovere gli ostacoli di ordine economico sociale che impediscono il pieno sviluppo della personalità umana e l'effettiva partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del paese, che, nel caso di specie, si traduce nel fare in modo che tutti cittadini possono utilizzare agevolmente lo strumento telematico.

Una volta assicurata l'accessibilità di tutti ad Internet, l'articolo 2 va associato alle varie altre norme in cui si concretizza lo sviluppo della personalità, ossia l'art. 15, laddove si ponga un problema di rispetto delle comunicazioni interpersonali; l'art. 21, per la tutela della libertà di espressione; l'art. 33, per i progetti *e-learnig*, o per i collegamenti tra scienziati; l'art. 41 per l'attività imprenditoriale *on-line* e così via.

Con un sano empirismo, il legislatore tende ad agire sul procedimento e sul processo amministrativo e civile, in base alla giusta considerazione che Internet è solo uno strumento, anche se la sua pervasività può incidere sulla forma e la sostanza dell'azione amministrativa.

Tutto questo per dire che la teoria dei beni comuni sembra adattarsi perfettamente alla nuova realtà virtuale, laddove si consideri che in essa non hanno nessun rilievo le classiche forme giuridiche di appartenenza, mentre ha un rilievo sempre più vistoso l'aspetto della Rete come sviluppo della personalità umana. Basti pensare ai *social network*, che sono le nuove formazioni sociali, dove si trovano riuniti tutti gli elementi costitutivi di questo istituto sommamente

protetto dalla Costituzione, ossia la riferibilità ad un insieme di soggetti, lo scopo comune di tali aggregazioni e il requisito psicologico interno ai componenti della formazione, ossia la volontà di ciascuno di farne parte e di voler perseguire gli scopi che essa si propone. Naturalmente quando tale scopo, unitamente all’organizzazione del consenso, è lo stesso dei partiti politici la materia diventa incandescente.

9. La vocazione pubblica dei beni privati

Fare leva sul concetto di appartenenza non è sufficiente a qualificare un bene come pubblico, poiché esistono anche beni di proprietà privata che, tuttavia, hanno una connotazione pubblicistica.

Sicché, uno dei problemi più importanti in materia di beni pubblici non riguarda tanto i poteri dell'amministrazione sui suoi beni, ma i poteri dei privati sui loro beni, che, per natura intrinseca, hanno delle connotazioni particolari, o meglio, una valenza pubblicistica. In questo aspetto si trova il collegamento con il concetto di funzione sociale della proprietà.

È necessario chiarire, preliminarmente, che esistono alcuni beni che, sia sotto il profilo dell'appartenenza sia sotto il profilo della loro valenza intrinseca, rimangono a tutti gli effetti di proprietà dei privati; tuttavia possono essere oggetto di provvedimenti amministrativi.

Sappiamo che un qualsiasi bene privato, se rientra in un programma di realizzazione di opera pubblica, può essere espropriato, e, quindi, può entrare nel patrimonio pubblico a prescindere dal suo statuto. Invece, alcuni beni vengono attratti nell’area del patrimonio pubblico non per perseguire interessi pubblici, ma per il valore particolare che hanno in ragione della loro natura intrinseca. È il caso, per esempio, dei fondi su cui insistono cave o miniere, oppure dei beni culturali.

Tuttavia, poiché la norma costituzionale richiede che la collettività possa godere di tali beni, occorre perseguire questa finalità garantendo la fruibilità dei beni culturali da parte dei cittadini, a prescindere dall'appartenenza degli stessi alla pubblica amministrazione o a soggetti privati.

Per il bene culturale di proprietà privata si può seguire la concezione, basilare nel sistema, di una proprietà "gestoria", ossia di una gestione da parte del privato della materialità del bene ma non del suo valore culturale, sul quale, al contrario, non ha alcun potere in ragione della naturale vocazione collettiva del bene stesso.

In termini più distesi, il bene culturale, ivi compresi i beni paesaggistici, è caratterizzato dal fatto che alla sua ‘materialità’ si aggiunge il ‘valore (immateriale) culturale’, che rimane fermo e sempre soggetto alla valutazione dell’amministrazione quando venga interessato da una vicenda circolatoria. Orbene, le due componenti si scindono sia idealmente sia sul piano giuridico, al pari di come nella proprietà gestoria si scinde la titolarità formale del diritto di proprietà dalla gestione concreta del bene. Sicché, la gestione materiale del bene da parte del privato è condizionata dalla immanente presenza del valore culturale in attribuzione esclusiva alla autorità pubblica; il che significa che la legge e le disposizioni dell’autorità proiettano sul bene un regime giuridico particolare, conformandolo. Il contenuto della conformazione è fatto di limiti e direttive a carico del gestore. Questo al pari di quel che accade nelle prescrizioni contenute nel negozio fiduciario e nel negozio di destinazione. In concreto, il privato gestisce il bene per conto proprio e per conto dell’amministrazione.

Pertanto si può dire che detto fenomeno è analogo a quello del negozio di destinazione, dove anche nel nostro ordinamento, come in quello inglese che prevede l'istituto del *trust*, è possibile distinguere tra proprietà utile (titolarità), e proprietà eminente (gestoria).

La categoria della "proprietà gestoria" non era ammessa perché non si riconosceva la causa fiduciaria e, soprattutto, perché non si riteneva possibile separare la titolarità del diritto dall'esercizio dei poteri ad esso relativi, se non nei casi previsti espressamente dalla legge.

Il negozio di destinazione ora consente di separare la proprietà gestoria dalla titolarità. Sicché, il proprietario, ad esempio di una tomba etrusca, è titolare di una situazione giuridica soggettiva di “proprietà gestoria", perché i suoi poteri si fermano di fronte all’interesse culturale del bene. Egli, ha solo il diritto di gestire il bene culturale, rispettando l'obbligo di non alterarlo, ed ha, inoltre, l'onere di farlo godere alla collettività.

Oggi è pacificamente ammesso che un privato possa gestire il suo bene, traendone anche dei vantaggi di natura economica, e al tempo stesso garantire alla collettività di usufruirne, ma negli anni '90 ciò non sembrava possibile.

Si può concludere affermando che il bene culturale è oggetto di rapporti complessi, ammessi e disciplinati dal codice dei beni culturali, nei quali spesso gestione e titolarità del diritto di proprietà si scindono. Il rapporto di gestione si configura sia in capo allo stesso privato sul proprio bene e sia in capo al concessionario-imprenditore che lo utilizza a fini economici, ed entrambi hanno l'obbligo di salvaguardarne la destinazione e di far godere -nella prima ipotesi

ove possibile- alla collettività il bene stesso.

10. La proprietà conformata

In un discorso generale sulle molteplici interferenze tra beni pubblici e beni privati non si può omettere di considerare la cosiddetta proprietà conformata, su cui alla fin fine si fonda il nostro sistema.

Sia la Costituzione (art. 42) sia il codice civile (art. 832) riconoscono la proprietà nei limiti in cui abbia una 'funzione sociale'.

Secondo una lettura tradizionale il diritto di proprietà è concepito come un insieme di poteri e facoltà spettanti al proprietario senza limitazioni interne. Sicché, il proprietario potrebbe agire sul suo bene come crede, con l'unico limite posto dal divieto di compiere atti emulativi e immissioni nell'altrui proprietà. Esisterebbero quindi solo dei limiti esterni.

Invece si è affermato lentamente un altro principio secondo cui esiste solo un "nucleo minimo" del diritto di proprietà; principio che era stato individuato dalla Corte costituzionale con la nota sentenza n. 5/1980. La corte costituzionale in quella sentenza afferma che "... Il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può costruire solo entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici". La Corte ha quindi confermato la lettura tradizionale secondo cui il proprietario conserva tutti i poteri facoltà relativi al suo diritto, nonostante le leggi abbiano "... disposto la conformazione edilizia del territorio e condizionato la edificabilità dei suoli, nei casi in cui essa è prevista dagli strumenti urbanistici, al rilascio di una concessione...".

Il giudice delle leggi ha affiancato al "contenuto minimo del diritto di proprietà" il riconoscimento di un modello di "proprietà conformata"; e ciò innanzitutto per ragioni storiche risalenti all'esperienza inglese da cui deriva la formula "funzione sociale".

Le letture tradizionali della norma sono state varie. La più luminosa (Rescigno), per chiarezza e precisione, è quella secondo cui la funzione sociale della proprietà va riferita non al diritto soggettivo, ma all'istituto, che uno dei pilastri su cui si fondano i rapporti della comunità.

Infatti, se si esaminano i rapporti privati emerge che, se si è titolari di un diritto di proprietà, lo si può esercitare senza condizionamenti esterni, tra i quali può comprendersi il principio generale

della funzione sociale. Il diritto soggettivo di proprietà, infatti, non riceve nessuna connotazione dalla formula “funzione sociale”. Sicché, questa formula, riconosciuta anche dalla giurisprudenza, deve riferirsi alla proprietà come istituto e non come diritto soggettivo.

Nemmeno la giurisprudenza comunitaria sembra toccare tale impostazione, dato che i principi che la guidano sono quelli di uguaglianza, certezza del diritto e legittimo affidamento, che vengono in considerazione anche nella materia di cui si tratta. Certamente la teoria più moderna della proprietà (o meglio delle proprietà, al plurale) considera quest’ultima come espressione diretta del principio sancito dalla nostra Costituzione, della funzione sociale delle proprietà, secondo cui il diritto di proprietà ha un contenuto essenziale minimo. Il codice tratta della proprietà edilizia, di quella rurale, della proprietà collettiva, della comunione, ed oggi la legge disciplina anche quella turnaria.

In effetti la concezione moderna della proprietà conformata nasce dallo sviluppo della disciplina urbanistica basata sull’idea di un potere pubblico che ha, tra i suoi doveri, quello specifico di regolamentare l’assetto del territorio.

Con l’emanazione della legge generale urbanistica del 1942 sono stati introdotti i piani regolatori generali; e ciò non è stato naturalmente un evento casuale. Al contrario, il legislatore ha voluto modificare il modo di concepire la proprietà, ponendo a carico del Comune l’obbligo di utilizzare gli strumenti urbanistici quali il piano regolatore, il programma di fabbricazione, il regolamento edilizio e le convenzioni urbanistiche. Esso ha voluto non solo che fosse disciplinato l’assetto del territorio, ma ha voluto soprattutto incidere su una delle facoltà essenziali del diritto di proprietà, ossia il diritto di costruire.

11. La volumetria, i diritti edificatori e l’espropriazione di valore. Il credito edilizio

L’istituto della proprietà conformata richiama quelli della vendita di volumetria, dei diritti edificatori e dell’espropriazione di valore dei beni.

Infatti, mentre i primi due costituiscono un esempio vistoso di creazione di beni attraverso il provvedimento amministrativo, il secondo viene visto non solo come un modo alternativo di sfuggire all’espropriazione -e che opera in presenza di un vincolo preordinato all’esproprio, dove il proprietario dell’area vincolata cede la medesima al Comune in cambio della disponibilità di una cubatura su di un’altra area, soprattutto a proposito della cosiddetta “compensazione

edilizia"- ma anche come un esempio importante di combinazione e di scambio di beni pubblici e beni privati, giustificato dalla cura del territorio da parte dell'autorità amministrativa.

Qui si può solo ricordare che i diritti edificatori costituiscono un'evoluzione dei negozi di trasferimento di cubatura e di volumetria. Il minimo comune denominatore di essi consiste nella possibilità che la cubatura potenzialmente spettante ad una certa area edificabile possa essere utilizzata su un altro suolo, anch'esso edificabile, con il consenso del Comune e dei proprietari delle due aree, anche a prescindere da un'espressa previsione della norma di attuazione del piano o del regolamento edilizio.

Nonostante la continuità storica con la cessione di cubatura, che può essere considerata come la capostipite delle figure in esame, i diritti edificatori che emergono dalla legislazione nazionale e regionale sono vari e sono stati variamente classificati. Tuttavia essi possono essere ricondotti a tre figure fondamentali.

La prima figura è la cosiddetta "perequazione urbanistica", che consiste nell'attribuire anche ad aree qualificate dal piano non edificabili una cubatura potenziale da realizzare altrove, cioè su aree qualificate come edificabili, realizzando così la separazione tra la conformazione della proprietà e la distribuzione della edificabilità. In essa si assiste ad accordi tra privati e non con la pubblica amministrazione, anche se tali accordi a loro volta sono preceduti da un intervento dell'autorità comunale che assegna, in sede di pianificazione delle attività, un valore edificatorio uniforme a tutte le aree atte a concorrere alla trasformazione urbanistica del territorio comunale.

In altri termini, la pianificazione attuata con la finalità perequativa vuole porre rimedio alla legittima sperequazione degli atti di pianificazione urbanistica tradizionale, i quali, laddove individuavano in maniera unilaterale e autoritativa le diverse destinazione dei suoli, creavano inevitabilmente discriminazioni ed iniquità, giacché venivano avvantaggiati titolari di terreni edificabili o vicini a infrastrutture e opere pubbliche, pregiudicando invece i proprietari di suoli non edificabili, lontani da dotazioni pubbliche.

Tra i tipi dei piani perequativi si distingue tra perequazione endoambito e perequazione diffusa. Nella prima essa si realizza in un perimetro fissato a monte dal pianificatore, nella seconda si ha una vera e propria smaterializzazione della dotazione volumetrica assegnata, attraverso appunto la creazione di un diritto edificatorio cedibile a titolo oneroso. In quest'ultimo caso tutto si fonda sul libero funzionamento del mercato nell'insieme dei suoli oggetto di trasformazione, prefigurando addirittura l'istituzione di una vera e propria 'borsa' di diritti edificatori.

Altra figura che viene in rilievo è la cosiddetta "compensazione urbanistica", che, nell'attuazione del piano, si pone come alternativa all'espropriazione. In presenza di un vincolo preordinato all'esproprio, il proprietario dell'area vincolata cede la medesima al Comune in cambio della disponibilità di una cubatura su di un'altra area.

Infine, vi sono lei cosiddette "premialità edilizie", che consistono nell'attribuzione di un diritto edificatorio aggiuntivo in caso di raggiungimento di determinati obiettivi pubblici, in particolare per gli interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale.

Nelle ultime due ipotesi si tratta di singoli accordi tra privati e pubbliche amministrazioni, titolari esclusivi della potestà in materia di governo del territorio e quindi anche di quella di costituire o modificare diritti edificatori.

Come suggeriscono i contributi della dottrina urbanistica, l'ipotesi della istituzione di titoli volumetrici (compensativi o premiali) rientra tra i procedimenti di urbanistica cosiddetta consensuale, in funzione compensativa o incentivante appunto.

A proposito di tali istituti si è parlato di "credito edilizio". Ma questa è un'espressione atecnica.

Infatti, il privato, a seguito dell'accordo con il soggetto che gli ha ceduto la propria capacità edificatoria, non vanta nei confronti della pubblica amministrazione nessun diritto ad edificare, bensì solo la legittimazione ad aprire il procedimento per ottenere il permesso di costruire. Né tanto meno il soggetto che gli ha ceduto il suo credito edilizio poteva garantirgli tale risultato.

Pertanto si tratta di un normale interesse legittimo pretensivo. Il che significa semplicemente che, pur prendendo origine da un dato terreno di proprietà, è in grado di circolare più o meno liberamente, anche più volte nel tempo, fino a che non vi sarà un soggetto che, aprendo il procedimento per il rilascio del permesso di costruire, ottenga l'assenso del Comune e realizzi la cubatura, sulla base delle norme urbanistiche.

Il punto più delicato riguarda la possibilità che il credito non si generi da un fondo, ma direttamente dallo strumento urbanistico comunale, laddove l'ente crei (e ceda) diritti edificatori per "autopoiesi". In altri termini il bene volumetrico viene "creato" dall'atto amministrativo.

12. Il bene ambientale

Il discorso generale sui beni non può escludere l 'ambiente.

Attualmente la materia ambientale è disciplinata dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, che contiene oltre 300 articoli e una serie di allegati e che ha subito nel tempo molteplici modifiche e novelle.

Uno dei problemi più importanti che non sembrano risolti dall'attuale normativa in materia è quello della nozione di ambiente.

Va ricordato che la materia è stata isolata dalla dottrina più autorevole (Giannini), che ha lamentato il fatto che il problema dell'ambiente non veniva esaminato in sè e che veniva erroneamente in rilievo solo nell'ambito dello studio della disciplina del territorio o dei valori paesaggistici e culturali, oppure ancora dell'ecologia o della lotta all'inquinamento.

Il primo interrogativo che si sono posti gli studiosi ha riguardato la possibilità di considerare o meno l'ambiente un bene e, eventualmente, un bene individuale o collettivo. Essi hanno in primo luogo osservato che l'ambiente è sicuramente un bene che esorbita dalle sfere giuridiche individuali, avendo invece valenza super individuale. Nonostante non possa escludersi che il privato abbia una sorta di diritto soggettivo ad un ambiente salubre, esiste la consapevolezza che esso abbia anche una valenza collettiva.

Averlo definito come bene ha creato molti altri interrogativi.

Se, infatti, l'ambiente è un bene, tornano le questioni viste nelle pagine precedenti, ossia stabilire quali sono i suoi caratteri, se sia un bene tangibile, materiale o immateriale, e quale soggetto lo ha in attribuzione.

In ogni caso, l'approfondimento del problema ha portato ad escludere che l'ambiente sia un "bene". Esso è piuttosto un "valore" da salvaguardare con interventi legislativi e amministrativi che coesistono e si intersecano. Visto, quindi, come un valore unitario esso è al tempo stesso qualcosa di più e qualcosa di più di un bene.

In ogni caso la nozione di ambiente non è quella di bene collettivo in cui risalta l'interesse all'ambiente salubre, ma è piuttosto quella di bene legato alla salute del cittadino.

Se si percorre la storia del diritto ambientale si nota che inizialmente l'ambiente era considerato un bene collettivo rispetto al quale l'individuo non era titolare di un diritto.

L'uso di un bene collettivo da parte di chiunque, infatti, non viene costruito come un rapporto "soggetto-diritto soggettivo", ma, piuttosto, come rapporto "autorità concedente-concessionario ", finalizzato ad un uso normale o straordinario. Sicché, un diritto individuale non è configurabile rispetto ad un bene collettivo.

Nel periodo storico in cui l'ambiente è stato considerato un bene collettivo, veniva in rilievo il diritto soggettivo alla salute poiché l'ambiente salubre rappresenta un presupposto necessario.

Il passaggio successivo, che ha portato ad un salto di qualità della tutela ambientale, è stata l'individuazione della causa della lesione del diritto alla salute nella violazione di norme sull'ambiente.

Appariva però difficile sostenere l'esistenza di una corrispondenza tra diritto alla salute e diritto all'osservanza delle norme ambientali, poiché la tutela dell'ambiente non era né preesistente né individuabile *tout court*; piuttosto derivava dal verificarsi di alcuni meccanismi amministrativi e legislativi.

Inoltre, l'ambiente non aveva una delle caratteristiche del bene pubblico. Quindi si è fatta strada l'idea, affermata ormai da anni dalla Corte Costituzionale, che l'ambiente non sia un bene ma un valore trasversale, di cui deve tenere conto sia la legislazione sia l'attività amministrativa.

Chiarito che l'ambiente deve essere inteso come valore, tutto il sistema di tutele viene costruito rispetto al "valore" ambiente e non al "bene" ambiente.

È esemplare la recente modifica dell'art. 41 della Costituzione, laddove la protezione dell'ambiente deve caratterizzare ogni forma di attività economica.

13. Le conclusioni

Le conclusioni di questo scritto vanno nel senso di un definitivo superamento della distinzione di cui al titolo, che ha ancora una qualche utilità sol che si rimanga ancorati alla oramai quasi inservibile distinzione tra proprietà formale e proprietà sostanziale dei beni, che postula la titolarità del diritto soggettivo in capo al soggetto pubblico o al soggetto privato.

Le considerazioni svolte si fondano sull'idea, del tutto personale, che tutto cospira nel senso che il giurista moderno deve procedere secondo una visione integrata del diritto pubblico e del diritto privato quando si accosta allo studio delle parti in cui normalmente si scompone l'esperienza giuridica, ossia l'attività, i soggetti, i beni, la responsabilità e le forme di tutela.

Questo è tanto più necessario quanto più si consideri che i beni immateriali sono creati direttamente dagli strumenti giuridici, attraverso l'isolamento delle specifiche utilità che da essi

derivano. Inoltre la velocità delle negoziazioni non solo nazionali, ivi comprese quelle pubbliche che si realizzano nel procedimento amministrativo dove prevale la vocazione pubblica, aggiunge valore ai beni scambiati o utilizzati nella gestione. Da qui si aprono scenari veramente nuovi come l’affidamento di esse a strumenti digitali (beni strumentali) che diventano soggetti quando sono capaci di autodeterminarsi nell’elaborazione dei risultati della negoziazione medesima e nella comunicazione a terzi della volontà negoziale. Ma questa è un’altra storia.

Relazione svolta al convegno “Diritto senza tempo. La terra e i diritti. Dialogo tra giuristi”, tenuto a Ravello il 29 e 30 ottobre 2021. Gli atti sono in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli.