



BENI COMUNI NEL CONTESTO ORDINAMENTALE

EUGENIO BENEVENTO

Con il termine beni comuni si indica una condizione eterogenea di situazioni collocabili oltre la tradizionale dicotomia pubblico-statale e privato-commerciale.¹

In sede ricostruttiva si può affermare che la funzione teleologica del concetto di beni comuni è quella di sottrarre gli stessi alle leggi del mercato per ricondurli ad una funzione sociale.

Tale assunto non significa riportare tali beni nel potere dello Stato, ma creare le condizioni che gli stessi si colleghino a nuove forme di gestione partecipata e di tutela.²

La crisi del sistema economico-finanziario degli ultimi anni ha riattivato il dibattito circa la mercificazione di ogni risorsa naturale e di ogni aspetto della vita umana, anche in considerazione dell'inefficienza strutturale degli apparati pubblici a risolvere problemi di natura sociale.³

La crisi degli ultimi anni che ha interessato non solo l'ordine sociale ma anche il sistema giuridico, è maturata in un contesto sotteso a valorizzare l'esigenza di rimodulare il concetto di "comune" e di dargli una adeguata collocazione ordinamentale.

In questa sede, brevemente e per le considerazioni di cui appresso si dirà, si traccia il percorso storico dell'istituto, evidenziando come lo stesso ha assunto un significato e una funzione diversa, a seconda dell'interazione con il contesto storico di riferimento.

¹ P. STANZIONE *Principi generali del diritto civile* Napoli 2011 p.10 ss

² P. STANZIONE *Nozioni giuridiche fondamentali*, Roma, 2010 p.45 ss

³ P. STANZIONE *ult.op.cit* p.45 ss



Il termine “comune”⁴ era già oggetto di discussione tra i giuristi del diritto romano, dove il concetto di comune era stata rimodulato già prima dalle Istituzioni Giustinanee, attraverso le elaborazioni di Marciano che aveva posto l’esigenza di delineare una precisa linea di confine tra *res publicae* e *res communes omnium*.⁵

La sistemazione teorica romana della *res*, si basava sulla distinzione tra *res divini iuris* e *res humani iuris*.⁶

Nelle prime si comprendevano le *res sacrae*, le *res religiosae*, tutte *extra commercium* perché sottratte all’attività commerciale, nelle seconde si includevano le *res privatae* e le *res publicae*.⁷

E’ nel periodo imperiale che il concetto di *res publicae* viene ulteriormente rimodulato attraverso la distinzione tra in *patrimonio populi* (soggetto a gestione economica e rapporti patrimoniali ed assimilabili all’attuale patrimonio statale o di altri enti pubblici) e quelle in *publico usu* (lasciate all’utilizzo collettivo, non appropriabili e indisponibili).

Nel merito va precisato che in età imperiale al di là della polarizzazione pubblico-statale e privato-individuale, e quindi potere centrale da un lato e piena proprietà dall’altra, non mancarono formulazioni circa il concetto di bene comune, inteso come utilizzo del bene da parte della collettività.

Lo stesso diritto quiritario, conobbe già in epoca repubblicana forme di comunitarismo rurale, come ad esempio il diritto di pascolo.

⁴ A. PALMA. *Scritti di diritto romano*, Napoli, 2011 p. 25 ss

⁵ V. ARANGIO –RUIZ *Storia del diritto romano*, Napoli p.110 ss Secondo l’Autore i criteri politico sociali del pensiero giuridico romano tra la distinzione della *res publicae* e *res communes* sono già presenti nella corrente culturale dei Proculiani ancorati al principio dello *ius strictum*. Per le differenti scuole di pensiero tra Sabiniani e Proculiani si veda Betti *Ist dir.rom* che afferma che l’antitesi fra le due scuole rispondeva a quella che divideva i grammatici del tempo nelle due sette degli analogisti e degli anomalisti.

⁶ V. ARANGIO – RUIZ *ult.op.cit*, Napoli p.110 ss

⁷ A. PALMA *Giustizia e senso comune*, Torino 2006, p. 28 s. Secondo l’Autore la norma giuridica non era oggettivamente preesistente nella formulazione dei dotti ma era implicita nel costume romano; il quale per essere vivo ed eterno non comprendeva soltanto le applicazioni che in un momento dato erano già state ufficialmente riconosciute dai tribunali, ma conteneva in germe anche quelle che soltanto in avvenire vedranno la luce, per il concorrere di circostanza che finora non si erano prodotte. Si veda anche Savigny secondo il quale i pontefici nel diritto romano non erano ltri che gli interpreti autorizzati del *ius civile*.



Anche nella distinzione tra *ager publicus et ager divisus et adsignatus* traspare il concetto di comunitarismo rurale.

Va da sé che il termine *communis* è molto spesso richiamato nell'assegnazione dei fondi rurali; peraltro tale richiamo è del tutto naturale in un contesto sociale basato esclusivamente sulla pastorizia e sull'agricoltura.

Cosa ben diversa è il concetto di *res communes omnium*, a significare l'utilizzo di un bene, libero a tutti, e che non apparteneva né a singoli né a comunità specifiche.

Nel merito va precisato che questo concetto di ampio godimento del bene è da intendersi come godimento lasciato a tutti gli esseri umani, senza distinzione dello status di appartenenza (*status civitatis, status familiae*).⁸

Questi continui richiami al diritto romano appaiono obbligatori, perché è in questa fase storica che si cristallizza la categoria di bene comune, ed è sempre di matrice romanistica, anche se con oscillazioni tra l'epoca repubblicana fino a quella giustiniana, il tentativo di creare un *limes*, un punto di confine tra l'utilizzo particolare del bene e quello destinato alla collettività. Su quest'ultimo punto non sono nitide le definizioni di collettività, per le considerazioni innanzi richiamate.⁹

⁸ A. PALMA *Il luogo delle regole*, Torino, 2016 p.52 ss. Secondo l'Autore le norme del costume potevano dividersi in due gruppi : le une stabilivano quale era la situazione giuridica di ogni categoria di individui (*status libertatis, civitatis, familiae*) le altre i poteri spettanti in determinate circostanze a ciascuno di essi su altri (potestà del *pater familias* sui sottoposti, del tutore sul pupillo, del creditore sul debitore) o sulle cose (proprietà). Si evidenzia che la condizione di *status* non poteva essere sottratta né dalla legge né dai tribunali, in tal senso Cicerone: "*si quid ius non esset rogatier, eius hac lege nihilum rogatum*".

⁹ A. PALMA, *Scritti di diritto romano* cit. p.30 ss . Secondo l'Autore anche i Romani assegnavano alla giurisprudenza il compito dell'*interpretatio* che però era ben diversa sul piano sistemico e funzionale al processo d'interpretazione dell'art. 12 delle disposizioni preliminari presenti attualmente nell'ordinamento giuridico italiano.....Nel diritto romano la funzione dell'*interpretatio* era di precisare ed ampliare il contenuto della disposizione.mentre il potere dei magistrati si compendeva nelle due funzioni di *potestas* ed *imperium*



Pertanto appaiono non temerarie le considerazioni di parte della dottrina secondo le quali già nel diritto romano si cristallizza il concetto tecnico di bene comune come bene sottratto alla gestione diretta dello Stato e lasciato all'utilizzo collettivo dei cives.¹⁰

E' sempre di matrice romanistica la definizione di *res nullius* come beni appartenenti a nessun soggetto giuridico, ed suscettibili di appropriazione tramite occupazione ed accessione, e quindi commerciabili.

Si può comunque agevolmente affermare che nella lunga esperienza giuridica romana, caratterizzata nell'età imperiale nella dicotomia tra "pubblico-statale" e privato-individuale e quindi tra poteri dello Stato da un lato e piena proprietà dall'altra, si delinea il concetto di bene comune.

Tralasciando il periodo medievale e quello successivo rinascimentale, bisogna andare tra fine Settecento ed inizio Ottocento dove la dottrina giusprivatistica censura il concetto di bene comune. Nel caso di specie dagli economisti dell'epoca furono sollevate dure critiche al concetto di bene comune che vedevano in esso un deciso ostacolo al godimento della piena proprietà e quindi un limite alla produttività economica.¹¹

La nascita dello Stato liberale centralista ottocentesco non vedeva di buon occhio il concetto che un bene fosse di godimento collettivo, nell'ottica già affermata dal Codice Napoleonico che il *ius abutendi* ed *utendi* della proprietà fosse pieno ed assoluto, libero dagli usi civici e dalle amministrazioni comunali.¹²

Da questa linea di indirizzo derivò la traslazione dei beni comuni entro la categoria del pubblico, come potere di proprietà dell'Ente pubblico territoriale.

Questa ripresa del concetto già consolidato nel diritto giustiniano pubblico-statale, privato-individuale, subisce una involuzione nel secondo Ottocento ed Novecento dove si fa strada il concetto di proprietà collettiva.

¹⁰ A. PALMA. *ult.op.cit* p.30 ss.

¹¹ P. ROVITO *La repubblica dei togati*, Napoli 1981, p.74 ss

¹² P. ROVITO *ult.op.cit*p.74 ss



Si rappresenta che l'analisi presente è avulsa da ogni ricostruzione storica del concetto di bene comune dove i riferimenti storici innanzi delineati hanno solo la finalità di tracciare in linea generale il percorso che ha condotto alla definizione nel sistema attuale, attraverso le continue evoluzioni ed involuzioni di tale categoria giuridica.

Tralasciando gli avvenimenti riformatori iniziati con il Regno D'Italia, ma poco significativi sul piano della revisione normativa, è con la legge del 1927 n. 1766 che si assiste alla creazione di un disegno organico sotteso ad una definizione sistemica del concetto di bene comune.¹³

Attraverso una riorganizzazione degli usi civici, si assiste ad una unificazione delle diverse forme di appropriazione collettiva presenti nel territorio italiano, definendo il concetto di usi civici come tutti i diritti collettivi i cui titolari sono i singoli cittadini componenti la collettività.

La legge del 1927 provocò un livellamento delle proprietà collettive rispetto a quelli che erano definiti come usi civici.

E' interessante notare come il legislatore abbia sotteso inquadrare la tipologia dei beni pubblici in collegamento con l'utilizzo degli usi civici.

Con questi ultimi si definisce un diritto reale su una cosa altrui, quella che anticamente veniva definita servitù (pascolo, legnatico, semina), mentre la proprietà collettiva si caratterizza come l'insieme di beni posseduti dalla comunità da tempo immemorabile, sui quali insistono diritti reali.

Per comprendere lo sforzo normativo della legge 1927 occorre collocare la disposizione di legge, nel contesto storico del periodo.

Tale periodo è improntato sul paradigma della gerarchia ed autarchia che caratterizzava lo Stato fascista.

Lo sforzo del legislatore era quello di incentivare l'economia agricola del paese, attraverso un deciso controllo della proprietà terriera.

¹³ U. NICOLINI *Scritti di storia del diritto italiano*, Napoli 2004 p.84 ss



I diffusi problemi sociali che interessavano le masse agricole della popolazione, determinarono da parte del Governo centrale la liberalizzazione delle terre ancora gravate da usi civici, tramite la liquidazione e l'affrancazione.

Rimaneva di carattere collettivo i diritti sui terreni boschivi e pascolivi che venivano disciplinati da appositi regolamenti e sottoposti al piano economico della legislazione forestale.¹⁴

Il carattere accentuativo della legge del 1927, attraverso la gestione dei beni da parte dei Comuni e delle Frazioni subisce una radicale modifica con l'avvento repubblicano.

Il pluralismo sociale e amministrativo figlio della Costituzione Repubblicana del 1946 apre la strada al riconoscimento dei regimi differenziati dei patrimoni collettivi.

L'accesso della risorsa a tutti i residenti di un Comune, determinò inizialmente la reazione delle istituzioni.

Allo stato attuale rimane principio consolidato in dottrina che la nostra Costituzione attraverso gli articoli 42, 9 finisca per marcare la contrapposizione tra la valorizzazione delle forme tradizionali ed autonome a modelli eteronomi di godimento delle risorse da parte di gruppi insediati in un dato territorio.¹⁵

Il lento processo di decentramento delle funzioni amministrative dal centro verso la periferia inizia prima con il trasferimento delle funzioni alle Regioni a statuto speciale dove le proprietà collettive e gli usi civici sono trattati come materia autonoma. Successivamente con l'estensione anche alle Regioni a Statuto ordinario delle funzioni amministrative, il problema delle proprietà collettive finisce per essere racchiusa nella materia dell'agricoltura, mentre la vigenza degli usi civici viene attribuita ai Comuni.

Si veda in tal senso la legge Galasso (431/1985) che assoggetta al vincolo paesistico tutti i territori gravati da uso civico o proprietà collettiva.

¹⁴ F. MOLTEDO *Storia del diritto italiano*, Roma 2006 p.34 ss

¹⁵ P. PERLINGIERI *Interpretazione e legalità costituzionale*, Roma 2012 p.45 ss Secondo l'Autore nel nostro ordinamento convivono due differenti nozioni del principio di legalità: quella scaturente dal sistema dei codici e quello scaturente dalla Costituzione; uno di matrice cattolica e l'altra socialista ispirata a ideologie marxiste.



Va fatta una premessa di carattere generale.

Il quadro storico di riferimento segna sicuramente una perdita della funzione sociale ed economica della proprietà collettiva, ma nel contempo traccia una forte connotazione culturale, finalizzata alla conservazione e valorizzazione delle caratteristiche ambientali e paesaggistiche poste alla base della tutela.

Questa tendenza ha finito per creare un parallelismo con i parchi naturali, per la tutela ecologica e la conservazione delle risorse.

Tale collegamento è la conseguenza, o meglio il frutto, di una linea di pensiero che tende ad includere le proprietà collettive all'interno di zone destinate a parco naturale.¹⁶

Inquadrate nel contesto attuale, i beni come acqua, sanità, ambiente non possono essere ricondotti ad una disciplina generale ed uniforme lasciando lo spazio non solo a riflessioni giuridiche ma anche a condizionamenti di natura sociologica.

Lungi dal costruire una concezione organica ed unitaria, la stessa deve obbligatoriamente essere collocata nel contesto storico di riferimento, dove interagisce con istituti ed istituzioni differenziate.

Per tale motivo il percorso storico dell'istituto innanzi tracciato, anche se di carattere indicativo, ha il significato di cristallizzare che la definizione di bene comune deve essere rapportata al contesto storico di riferimento, acquistando caratteri e valenze diverse a seconda dallo scenario complessivo, cioè dell'esperienza giuridica generale.

In sostanza a parere di chi scrive, non si può arrivare ad una definizione generale del termine, perché come innanzi detto il suo significato ha un valore elastico legato agli istituti ed alle istituzioni che si sono diversificati nel corso del tempo.

¹⁶ P. PERLINGIERI *ult op.cit.*, p.45 ss Secondo l'Autore il principio personalistico dell'ordinamento trova radice nella rivoluzione francese in seguito all'avvento di una codificazione imperativa e non più suppletiva o consuetudinaria, quale garanzia del legislatore nei confronti della libertà dell'interprete. Quale clausola di salvaguardia esprime l'esigenza del rispetto del diritto positivo.



Volendo leggere tale concetto nel contesto ordinamentale presente, non è azzardata l'ipotesi di inquadrare lo stesso come “*cose che esprimono utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona*”¹⁷

La nostra Carta Costituzionale impregnata di teorie personalistiche sembrerebbe superare la dicotomia pubblico o privato ed inquadrare l'istituto attraverso l'utilità funzionale all'esercizio dei diritti fondamentali.

Peraltro il tentativo di inquadrare i beni pubblici come *tertium genus* al di fuori della dicotomia pubblico-privato, che invece aveva caratterizzato fin dalle origini il pensiero giuridico romano, si lega sempre di più alle dinamiche dell'ordinamento e delle prassi comunitarie sempre più sottese a dare valore alle azioni collettive.

Pertanto tale considerazione impone una rigorosa ricostruzione dell'istituto nel contesto ordinamentale di riferimento, evitando definizioni ermeneutiche e dogmatiche.

In chiave ricostruttiva i beni comuni rimangono beni a fruizione collettiva attraverso una distinzione tra “mutuo rispetto” tra gli utenti e “conservazione della fruibilità generale”.

Al primo genus va ricondotta l'informazione dell'etere afferente le radiodiffusioni, la seconda beni come l'aria, l'acqua, nel quadro più generale della salvaguardia delle risorse naturali.

Questo intreccio tra mutuo rispetto e conservazione è verificabile nella normativa sulla riduzione delle emissioni inquinanti che attribuiscono alle amministrazioni comunali il potere di limitare la circolazione di autoveicoli.

Lo stesso discorso vale per le risorse idriche che si caratterizzano per la coabitazione di discipline normative diversificate.

In questa prospettiva i beni comuni possono essere inquadrati sotto un duplice binario: *tertium genus* accanto ai beni pubblici e privati attraverso una costruzione settoriale del

¹⁷ P. PERLINGIERI *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Roma 2004 p.32 ss Secondo l'Autore il codice del 1942 utilizza la tecnica regolamentare, mentre la Costituzione si esprime per principi.....l'art. 3 comma 2 è la norma fondamentale dell'ordinamento italiano dove il principio di legalità finisce per coincidere con la legalità sociale..... Si veda anche P. STANZIONE *Principi generali del diritto civile* cit. 2011



“diritto dei beni comuni”; un secondo scenario la riconduzione a carattere generale nell'imputazione pubblicistica.

Quest'ultima prospettazione si lega a quel modello di pensiero che vuole valorizzare l'idea della necessaria funzionalità dei beni pubblici.¹⁸

In sostanza bene è pubblico, non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività.

Si veda in tal senso Cass. N. 3665/2011 che ha affermato che l'imputazione pubblicistica del bene comune, esprime una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda si presenta come appartenenza di servizio, perché è questo ente che può e deve assicurare il mantenimento delle specifiche rilevanti caratteristiche del bene e la loro fruizione.

In sostanza la titolarità pubblica del bene non è fine a se stessa ma comporta gli oneri di una governance che renda effettivi le varie forme di godimento e di uso pubblico del bene.

A prescindere dai riferimenti innanzi riportati, in sede ricostruttiva si può agevolmente affermare che la dimensione comunitaria dei beni pubblici potrebbe essere adeguatamente sviluppata e rafforzata attraverso una ricostruzione strumentale dei beni e attraverso forme di titolarità pubblica, in funzione eminentemente gestoria.

In sostanza è la regolazione e non l'appartenenza ad assicurare la funzione di uso collettivo e di conservazione del bene.

A prescindere dalla sua collocazione nel settore pubblico, per una adeguata tutela si potrebbe valutare l'opportunità di apporre un vincolo di destinazione legato all'interesse pubblico da perseguire.

¹⁸ P. STANZIONE *Nozioni giuridiche fondamentali*, cit p.32 ss Secondo l'Autore lo studio del diritto non può prescindere dall'analisi della società nella sua storicità locale e universale ma deve consentire l'individuazione del ruolo e del significato della giuridicità in un contesto di unitarietà e complessità del fenomeno sociale. Gli studi giuridici devono avere per oggetto gli aspetti economici e sociologici, etici e tradizionali, psicologici e biologici. La giurisprudenza rimane scienza sociale intesa come coesistenza del sociale, e dove l'uomo è visto non isolatamente ma in relazione con gli altri.



Tale vincolo potrebbe costituire lo strumento di garanzia non solo per soddisfare la tutela del bene ma soprattutto la sua conservazione.

La discussione tutt'ora presente è diventata più pressante in un contesto dove la gestione degli stessi è passata dal pubblico al privato, residuando in capo alle istituzioni pubbliche la mera titolarità del bene.

La sua qualificazione giuridica non è solo teorica ma ha anche riflessi sul piano delle scelte politiche, come può costituire un esempio la gestione dell'acqua.

Se così inquadrata i beni comuni non si collocano nella dicotomia beni pubblici e privati, ma finiscono per costituire una vera e propria alternativa.

Volendo leggere l'art. 42 della Costituzione (la proprietà è pubblica o privata), in esso traspare il compromesso politico tra posizioni liberiste e quelle collettiviste, tra una proprietà frutto del lavoro e del risparmio, per tutelare lo sviluppo della persona e della sua famiglia, l'altra finalizzata all'interventismo in economia, finalizzato a rendere la proprietà accessibile a tutti.

Va comunque precisato che è notevole l'impulso che la Costituzione dà al valore della persona umana, e quindi alla solidarietà politica, economica e sociale, senza tuttavia introdurre la nozione di proprietà collettiva.

Nel caso di specie il legislatore costituente si è guardato nel rinviare la gestione collettiva e associata dei beni, limitandosi ad evidenziare la funzione sociale della proprietà, in stretta sintonia con gli artt. 2 e 3 Cost.¹⁹

¹⁹P. STANZIONE, *ult.op.cit.*, p. 32 ss. Secondo l'Autore l'insieme dei principi normativi e di regole costituiscono l'aspetto normativo del sociale: regole e principi interdipendenti e coesenziali, elementi di unità gerarchicamente predisposta che può essere definita, per la sua funzione, ordinamento e per la sua natura di componente della struttura sociale, realtà normativa. La trasformazione di uno degli aspetti della realtà sociale modifica la realtà normativa e viceversa. Questo spiega che il diritto positivo per la sua capacità di adattamento alla situazione di fatto si può adeguare alle regole già in atto nella società e viceversa innovando le strutture economiche, sociali, etiche si può porre in antitesi e costringere il destinatario della norma al rispetto non più delle regole spontaneamente sorte ma di quelle imposte.



Tale utilizzazione non univoca di funzione sociale, conferma la volontà del legislatore costituente di non utilizzare una logica individualista, per favorire invece un godimento del bene in chiave solidaristica ed egualitaria.

In un sistema ispirato alla solidarietà politica, economica e sociale e al pieno sviluppo della persona, il contenuto della funzione sociale finisce per investire il regime proprietario, non in chiave liberale e quindi individualista ma bensì nell'interesse generale.

Il legame tra diritti fondamentali e beni comuni riveste un significato centrale. Essendo beni a titolarità diffusa ed accessibili a tutti, essi devono essere gestiti partendo dal principio di solidarietà ex art. 2 della Cost., soprattutto nell'interesse delle generazioni future.²⁰

Tale tutela si sviluppa nella pretesa di intervento delle pubbliche istituzioni nei rapporti sociali ed economici.

In tal senso il concetto di beni comuni va letto alla luce degli art. 2,3,42, 43 come tipologia di beni atti a soddisfare i diritti fondamentali.

In sostanza i beni comuni possono essere definiti beni di appartenenza collettiva, tesi a soddisfare diritti fondamentali.

L'uso finalistico del concetto di bene comune, rientra nell'architettura costituzionale, intesa in una logica funzionale di subordinazione degli strumenti normativi alla realizzazione della persona umana.

In quest'ottica si inserisce la commissione Rodotà, chiamata a predisporre una riforma del Titolo II del Libro III del Codice Civile del 1942.

²⁰ P. STANZIONE, *Giustizia e senso comune* Torino 2006 p. 45 ss. Secondo l'Autore nel nostro ordinamento sono presenti più anime, tali da ritenere nella nostra Costituzione una polivalenza di ispirazione. Se l'ordinamento esprime una concezione pluralista, alla Costituzione non si potrà attribuire alla Costituzione carattere liberale, marxista, cristiano sociale. Il pluralismo costituzionale si colloca nell'ambito di precise istanze sociali e politiche e manifesta una precisa dinamicità. Se l'ordinamento preesistente alla Costituzione poneva al centro dell'attenzione l'impresa, l'attività produttiva, la regolamentazione del lavoro, con l'avvento repubblicano si assiste ad una mutazione. Ad un ordinamento autarchico dello Stato impegnato su logiche produttivistiche si contrappone una concezione personalistica attraverso la fondazione di una coscienza democratica. Prima le dottrine pubblicistiche poi la giurisprudenza iniziano una nuova fase dell'evoluzione giuridica.



Nei lavori commissionali viene evidenziata l'utilità essenziale dei beni, destinati a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona.

Il disegno di legge presentava tre caratteristiche innovative:

1. riordinare la realtà normativa;
2. classificazione dei beni legata alla loro natura economico-sociale;
3. richiamo ai caratteri fondanti della Carta Costituzionale.

In sede ricostruttiva, se appare ben definito la nozione tecnica di beni comuni, alquanto problematica ed aperta a varie criticità sono le modalità di gestione, che attendono nel futuro decisamente una revisione organica e regolamentare.