

“Oltre” la concezione proprietaria dei beni comuni. Diritto, economia e interesse generale

di Michela Passalacqua*

27 dicembre 2017

SOMMARIO: 1. Bene comune e gestione comune. Profili giuridici di distinzione. – 2. Dall'archetipo proprietario all'interesse generale. – 3. Quali strumenti giuridici oltre la caduta dei dogmi. Il ruolo dell'amministrazione condivisa per la gestione comune. – 4. In conclusione: un'introduzione per ricominciare dalla fenomenologia del “Comune”.

1. Bene comune e gestione comune. Profili giuridici di distinzione

È probabilmente da ricondurre alla silente influenza della scienza economica¹, il maturare di un diffuso atteggiamento culturale di viva insoddisfazione per la tradizionale classificazione dei beni, operata dal codice civile italiano del 1942, nelle due categorie giuridiche dei beni pubblici e privati.

Infatti, parte autorevole di tale dottrina considera puramente pubblici in senso economico quei beni non facilmente assoggettabili allo sfruttamento individuale, in quanto contraddistinti dai caratteri della “non rivalità”² e della “non escludibilità”³ nel consumo, a prescindere dal criterio dell'appartenenza, pubblica o privata. Quando invece il bene, il cui consumo non è escludibile, si caratterizza per scarsità e dunque per rivalità, la citata teoria economica lo qualifica come comune.

Non è detto però che nei vari ordinamenti le norme giuridiche recepiscano tale suddivisione, sia perché l'epoca storica della loro gestazione ben può essere antecedente all'affermarsi della descritta impostazione di pensiero, sia perché il concetto economico di bene non può e non deve automaticamente ed ontologicamente coincidere con quello giuridico.

* Professore ordinario di Diritto pubblico dell'economia, Dipartimento di Giurisprudenza - Università di Pisa. L'autore ringrazia Valentina Calderai, Fabio Giglioni e Nicoletta Rangone per i preziosi consigli e gli utili spunti di riflessione conseguenti ad una loro gentile prima lettura alla versione provvisoria del presente lavoro.

¹ Ed in particolare agli studi dell'economista premio Nobel Elinor Ostrom, di cui si deve ricordare *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, University Press, 1990, trad. it., *Governare i beni collettivi*, Venezia, Marsilio, 2006.

² Non rivalità significa che il consumo del bene da parte di un fruitore, non ne impedisce il godimento da parte di altro soggetto, posto che il bene disponibile non diminuisce con il consumo.

³ La non escludibilità, invece, sta ad indicare l'impossibilità di escludere la collettività dall'accesso gratuito al bene se non sostenendo costi ingenti rispetto ai proventi attesi, e perciò disincentivanti qualsiasi impresa dedita al profitto.

In Italia, il dibattito sul “Comune”⁴ ha invece fin da subito assunto la forma di una messa in stato d'accusa della distinzione classica dei beni nelle due suddette categorie giuridiche, a cui il diritto positivo associa la ripartizione della disciplina applicabile, giudicata pertanto inadeguata ad assicurare un'effettiva tutela del “Comune” stesso, spesso inteso però come regime proprietario non contemplato.

La vicenda si è ulteriormente polarizzata quando il Supremo giudice di legittimità – la Cassazione civile a sezioni riunite –, è stato chiamato a pronunciarsi, su ricorso di una società di capitali, la quale rivendicava il diritto di proprietà privata su una delle valli da pesca che costituiscono la laguna di Venezia.

La Corte, pur rigettando il ricorso, ha dato atto dell' “esigenza interpretativa di ‘guardare’ al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica”. Il tal senso il Giudice ha ritenuto inadeguata la classificazione offerta dal codice civile italiano perché fondata sulla titolarità dei beni: pubblici sono i beni in titolarità dello Stato e degli altri enti territoriali; privati i beni il cui diritto di proprietà fa capo a soggetti privati. A parere della Corte, invece, si dovrebbero considerare i beni per la funzione da essi svolta, con riferimento al soddisfacimento degli interessi a tali beni collegati⁵.

In realtà, la portata dell'affermazione non è poi così innovativa, se si pensa che già Massimo Severo Giannini, negli anni sessanta del secolo scorso, aveva colto che i beni possono essere considerati pubblici in senso soggettivo, se appartenenti ad un ente pubblico alla cui attività siano predestinati, ovvero in senso oggettivo quando forni un'utilità ad una collettività⁶. Nel mettere in discussione il formalismo della distinzione codicistica tra beni demaniali e patrimoniali, come pure la stessa concezione della demanialità, lo studioso non mirava tuttavia a contrapporre la proprietà pubblica a quella privata, ma intendeva approfondire lo stato delle conoscenze sulla proprietà pubblica suggerendone una differenziazione fondata sull'attività che l'ente pubblico può svolgere grazie all'utilizzo di tali beni⁷.

La pronuncia, invece, è stata, a mio avviso erroneamente, da molti interpretata come adesiva all'esistenza della categoria giuridica dei beni comuni⁸, individuati come

⁴ Per alcuni approfondimenti del tema, affrontato nella letteratura economica ed ecologica straniera, si rinvia a G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 1968, vol. 162, issue 3859, pp. 1243 ss.; S. J. BUCK, *The global Commons. An introduction*, Washington DC, Island Press, 1998; N. DOLŠAK, E. OSTROM (a cura di), *The Commons in the New Millennium: Challenges and Adaptation*, Massachusetts, Mit Press, 2003; O. WEINSTEIN, *Comment comprendre les “communs”*: Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle, in *Revue de la régulation* [on line], 2013; P. DARDOT, C. LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, Parigi, La Découverte, 2014; D. BOLLIER, *La Renaissance des communs. Pour une société de coopération et de partage*, Parigi, Éditions Charles Léopold Mayer, 2014; B. CORIAT (a cura di), *Le retour des communs. La crise de l'idéologie propriétaire*, Parigi, Les liens qui libèrent, 2015.

⁵ Corte Cassazione civ., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giust. civ.*, fasc.12, 2011, p. 2844 ss.

⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Bulzoni editore, 1963, p. 5 ss., in part. 9 ss. e 12 ss., p. 28 ss..

⁷ Sembra molto convincente il commento di B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008, p. 217, nota n. 187, secondo cui “si potrebbe dire che per Giannini le categorie di beni pubblici si differenziano a seconda della funzione (o anche più genericamente del ruolo) rispetto ad essi svolta dalla pubblica amministrazione”.

⁸ A. DI PORTO, *Res in usu publico e ‘Beni comuni’: il nodo della tutela*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 47 ss. e in part. 51 ss.; A. LUCARELLI, *Introduzione: verso una teoria giuridica dei beni comune*, in *Rassegna dir. pubb. europeo*, 2007, p. 4; ID., *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, in *Costituzionalismo.it*, 2014, n. 3, pp. 52 ss., secondo cui i beni comuni sarebbero beni di appartenenza collettiva; si veda anche U. MATTEI, *Beni comuni. Un Manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011; ID.,

beni che, parafrasando le parole della Corte (non senza travisarle), “prescindendo dal titolo di proprietà”, sono strumentalmente collegati alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini.

In verità, proprio muovendo da tali indicazioni giurisprudenziali, si dovrebbe giungere a conclusione opposta, ammettendone, a necessario corollario, la trasmigrazione dell'aggettivo “Comune” dal bene alla funzione, intesa come attività volta alla cura di tale interesse di tutti. Detta attività non potrà poi che essere svolta da una pubblica autorità e dunque concretizzarsi nell'esercizio del potere, seppur eventualmente nella forma “temperata” dell'amministrazione condivisa (su cui *infra* § 3).

E allora, la sentenza della Cassazione va piuttosto letta come tentativo di superare le rigidità di un'impostazione della problematica dell'accesso alla fruizione fondata sul paradigma della proprietà, sostenendo un concetto molto più semplice: un bene, qualsiasi sia il relativo *status* proprietario, può essere funzionalizzato dalle norme giuridiche, o dalla stessa amministrazione pubblica nel rispetto del principio di legalità, alla generazione di un beneficio per la collettività⁹. Quindi, nel caso esaminato dalla Corte, a prescindere dai formalismi dell'assetto demaniale della valle da pesca in questione connessi al tema della titolarità, il bene si conferma demaniale perchè oggettivamente pubblico, in relazione alla sua indiscussa funzionalizzazione agli interessi della comunità di riferimento.

La ricostruzione appare coerente con l'esistenza nell'ordinamento italiano della fattispecie dei beni privati d'interesse pubblico e dei beni pubblici che realizzano l'interesse della collettività proprio nel momento in cui dismettono tale qualifica.

Il primo caso è rappresentato, ad esempio¹⁰, dai beni realizzati da un concessionario di servizi pubblici con risorse finanziarie private¹¹, in ragione della tutela degli interessi generali alla cui soddisfazione la loro utilizzazione è preordinata. In queste ipotesi, la legislazione di settore limita l'estensione delle facoltà di godimento del proprietario, senza però porre in discussione la natura privata del bene.

Occorre ricordare, in proposito, come la dottrina che nel passato si è autorevolmente occupata del fenomeno abbia avvedutamente escluso la sussistenza di una vera e propria categoria giuridica dei beni privati d'interesse pubblico, ma non certo per rinnegare la destinazione di tali beni, grazie ai regimi giuridici speciali cui sono sottoposti, alla soddisfazione di interessi generali, inerenti le utilità e i valori connessi ai medesimi, quanto allo scopo di escludere la teorizzazione di un *tertium genus* di proprietà, intermedia, tra proprietà pubblica e proprietà privata¹².

Proprietà (nuove forme di), in *Enc. dir., Annali*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 1127 ss., dove l'autore ritiene che i beni comuni costituiscano “una nuova significativa forma di proprietà, capace di erodere terreno tanto alla proprietà privata quanto a quella pubblica” e ancora scrive “La sovranità pubblica e la proprietà privata, strutturalmente identiche come forme di concentrazione del potere e di esclusione degli altri rispetto ad un oggetto del mondo fisico, furono tra loro alleati strettissimi nel recintare e stritolare i beni comuni escludendoli di fatto dalla dignità proprietaria (non a caso in Italia essi si chiamano ‘usi civici’ e non proprietà collettive)”. Si veda anche U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, Il Mulino, 2007.

⁹ Sulla nozione oggettiva di bene pubblico si vedano le interessanti riflessioni di M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, Giuffrè, 2004.

¹⁰ Si pensi anche a certe tipologie di beni culturali e ambientali, a cave e torbiere private, a boschi e foreste private e così via.

¹¹ La normativa più recente utilizza la locuzione di opere (private) di pubblica utilità, cfr. artt. 143, 153, 160 *bis*, D.Lgs. n. 163/2006, nonché, da ultimo, artt. 3, lett. ggg), 183, 187, D.Lgs. n. 50/2016.

¹² M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p. 125.

Alla seconda ipotesi va ascritto il caso dei beni pubblici che diventano privati a seguito della loro alienazione (*id est*: privatizzazione), generando un'entrata per il bilancio pubblico, da reimpiegare nell'interesse di tutti i cittadini; invero, dall'esame dei presupposti e delle procedure di privatizzazione si evince che l'interesse pubblico si dovrebbe raggiungere, salvo il verificarsi di situazioni patologiche¹³, proprio al momento del mutamento della qualificazione giuridica del bene che non adempie più alla funzione cui era preposto¹⁴.

Del resto, funge da riprova della sostenibilità della tesi qui proposta, la valutazione che da sempre i beni pubblici sono soltanto un mezzo dell'azione amministrativa per il perseguimento dell'interesse pubblico, non assurgendo essi a strumento di tutela immediata ed autosufficiente di tale interesse. E ciò non muterebbe declinandoli in parte a beni comuni, perché sempre si verserebbe sul crinale, per così dire statico, dell'assetto proprietario, laddove il "Comune" si tutela associandolo alla più dinamica categoria dell'interesse, al cui soddisfacimento è chiamata l'azione amministrativa¹⁵, guidata dal regime giuridico applicabile.

Mi spiego con due esempi.

I beni paesaggistici coincidenti con il demanio, come il lido del mare, le spiagge, i fiumi e i torrenti, sebbene automaticamente tutelati per legge¹⁶, consentono la tutela degli interessi paesaggistici non *ex se*, ma grazie al regime gestorio cui sono sottoposti che ne consente quanto meno la conservazione, più problematico l'assetto attuale della fruizione¹⁷, a segnalare la necessità di rinvenire migliori discipline o comunque di affinare gli strumenti giuridici per la tutela del "Comune".

Veniamo ad un esempio inverso. Un bene in proprietà privata in disuso, cioè abbandonato, inserito nel tessuto urbano, può generare utilità per il «vivere delle comunità», sia per i sentimenti identitari che ad esso sono riconducibili, sia per le destinazioni d'interesse generale che, nei fatti, da molto tempo, gli possono essere state riconosciute nelle pratiche sociali.

¹³ Nella Relazione allo schema di ddl elaborato dalla Commissione Rodotà *per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici* (14 giugno 2007), sintetizzate nella "tentazione di vendere beni del patrimonio pubblico, per ragioni diverse da quelle strutturali o strategiche, legate alla necessaria riqualificazione della dotazione patrimoniale dei beni pubblici del Paese, ma per finanziare spese correnti".

¹⁴ Nella stessa Relazione di cui sopra si evidenziava la necessità di "definire criteri generali e direttive sulla gestione e sulla eventuale dismissione di beni in eccesso delle funzioni pubbliche, e soprattutto sulla possibilità che tali dismissioni (ed eventuali operazioni di vendita e riaffitto dei beni) fossero realizzate nell'interesse generale della collettività facendo salvo un orizzonte di medio e lungo periodo".

¹⁵ Rileva l'essenzialità del profilo del godimento collettivo e della conservazione, quanto della possibilità che tutti possano avere concreto accesso all'utilizzo del bene, limitando un consumo anomalo che frustri la funzione naturale del bene o pregiudichi la possibilità di continuare ad assolverla nel futuro F. MARINELLI, *Beni comuni*, in *Enc. dir., Annali*, vol. VII, cit., 2014, p. 163, il quale condivide l'opinione di chi considera l'accesso a questi beni essenziali come diritto fondamentale della persona e dunque "tramite necessario tra diritti e beni, sottratto all'ipoteca proprietaria", in questi termini S. RODOTÀ, *Beni comuni. Una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, Ombre corte, 2012, p. 317.

¹⁶ V. artt. 134 e 142 D.Lgs. n. 142/2004, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, nonché l'art. 822 del c.c., rubricato "Demanio pubblico".

¹⁷ Parla di "abuso dell'istituto concessorio" che avrebbe "indebolito la funzione sociale della proprietà pubblica attribuendole carattere escludente" A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 7.

Lo snodo essenziale è allora capire se la tutela di tali interessi si raggiunge mutando la qualificazione giuridica del bene da privato a pubblico, o non piuttosto imponendo al proprietario modalità di uso del bene conformate al riconoscimento di tali interessi.

È evidente che la prima soluzione appare, in parte impercorribile, in parte insoddisfacente.

Impercorsibile perché, sia il ricorso all'acquisto tramite un contratto di diritto privato, sia la procedura espropriativa, imporrebbero un dispiego di risorse pubbliche, allo stato, molto spesso non disponibili.

Insoddisfacente perché l'acquisita natura di bene pubblico, per i motivi sintetizzati nel primo esempio, di per sé non è in grado di assicurare le ragioni della fruizione.

Se si condivide la conclusione della neutralità del regime proprietario rispetto alla tutela degli interessi pubblici o generali coinvolti, si dovrà dunque convenire che la loro soddisfazione dipenda dalla gestione dei beni "che renda effettiv[e] le varie forme di godimento e di uso pubblico"¹⁸.

D'altro canto, una parte della dottrina civilistica italiana, più in generale, prende le distanze dalla riconduzione del "Comune" al tentativo di incasellare beni ed istituti in una predeterminata categoria giuridica¹⁹, preferendo invocare una "dimensione del Comune"²⁰.

Se allora, in quest'ottica, il diritto privato non potrà che concentrarsi sulle forme di "tutela privatistica costruite sul modello proprietario"²¹, il diritto pubblico – *rectius*: amministrativo – dovrà dedicarsi all'implementazione delle tecniche di promozione e soddisfazione dell'interesse delle collettività/comunità coinvolte, non costringendole in un quadro di totale ineffettività, ma individuando forme di giustiziabilità²².

La domanda allora è: qual è l'interesse che deve essere tutelato? Che differenza c'è, nel mondo del diritto, tra interesse pubblico, interesse collettivo, interesse generale ed eventualmente interesse comune? E quali sono gli strumenti giuridici che assicurano una gestione comune, in quanto tale soddisfattiva degli interessi fondamentali, protetti dalle costituzioni democratiche?

2. Dall'archetipo proprietario all'interesse generale

In una prospettiva pubblicistica, gli interessi pubblici sono quelli facenti capo ad una collettività, ma si distinguono dagli interessi collettivi, perché per la loro soddisfazione l'ordinamento predispone l'intermediazione dello Stato, ovvero di un

¹⁸ Così Corte Cassazione civ., sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, cit.

¹⁹ Al contrario, in termini di proprietà, ragiona P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani*, Roma, Donzelli, 2014, pp. 53, 55 e 134, concludendo che la proprietà fondiaria privata rappresenta una sorta di cessione di una quota o parte del territorio per l'utilizzazione dei singoli, costituendo un limite al binomio fondamentale sovranità-territorio.

²⁰ F. MARINELLI, *Beni comuni*, cit., 2014, p. 161.

²¹ *Ibidem*.

²² Ricorda che il razionalismo giuridico liberale e la sua concezione dell'uguaglianza formale era grado di assicurare il "funzionamento tecnico del diritto come rapporto giuridico formale tra persone allo stesso modo munite di azione davanti ad un giudice a garanzia della liceità dei comportamenti, repressione dell'illecito e reintegrazione del danno subito", G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, in *Diritto pubblico*, 2017, 2, p. 605 ss.

ente territoriale o di un altro ente pubblico²³. Si tratta, infatti, di interessi riconosciuti meritevoli dalla legge e dunque ricondotti ad una definizione normativa, alla cui tutela è preposta un'amministrazione, ente esponenziale chiamato a rappresentarli unitariamente e garantirne la realizzazione in concreto. Allo scopo, la legge assegna un potere normativo o amministrativo a detto ente, il cui esercizio è doveroso, perché da esso dipende l'adempimento della funzione strumentale rispetto all'attuazione di quegli interessi.

Gli interessi pubblici sono dunque quelli che trascendono la collettività in cui nascono per accedere alla dimensione che oggi definiremo di *public enforcement* ed il loro perseguimento diventa così "proprio" della pubblica amministrazione, la quale ne definisce di volta in volta discrezionalmente contenuto e perimetro.

Da ciò consegue che a tali interessi corrispondono dei beni giuridici, cioè dei valori da proteggere che talvolta potranno anche assurgere a valori primari, in quanto corrispondenti a diritti fondamentali. È questo il caso dei beni comuni espressamente contemplati nel tentativo di riforma operato dalla già citata Commissione Rodotà²⁴: 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 tutelate²⁵.

Erroneo sarebbe allora considerare il bene giuridico come univocamente fungibile rispetto all'oggetto della proprietà o addirittura passibile di essere esclusivamente riconducibile al diritto di proprietà²⁶.

Un primo aspetto problematico, fin d'ora rilevabile, si può riscontrare qualora il legislatore colposamente ometta di ricondurre all'interesse pubblico interessi relativi al "Comune" o comunque si limiti a parificarli ad una vasta gamma di interessi pubblici, senza indicare parametri di priorità utili ai fini di assicurarne la prevalenza in un eventuale quanto probabile bilanciamento. Questo fenomeno, come osservato in dottrina, almeno in parte dipende dal fatto che nelle Costituzioni dell'Europa continentale si è andato affermando il monismo del potere pubblico; ad esempio, nel governo parlamentare italiano, il Parlamento cumula il potere legislativo ed il potere

²³ Come già affermava Salvatore Pugliatti, infatti, l'interesse collettivo indica genericamente la sintesi dell'interesse di un determinato gruppo, considerato nella sua unità ed eventualmente l'interesse di ogni singolo componente, in quanto partecipe del gruppo. L'interesse collettivo sarebbe di *ciascuno* e di *tutti*, "individuale e insieme extra-individuale, senza però essere generale" cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 105.

²⁴ Vedi *supra* nota n. 13.

²⁵ Commissione Rodotà, Proposta di articolato, Art. 1 (Delega al Governo per la modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile), comma 3, lett. c).

²⁶ Sembra incorrere in questo errore, tra gli altri, A. CIERVO, *Il futuro che avevamo dimenticato. Appunti per uno studio giuridico sui "beni comuni"*, in *Parolechiave*, n. 2, 2010, p. 60, il quale, nel citare i casi in cui la Corte costituzionale avrebbe utilizzato, con non bene definite "variazioni semantiche", la locuzione "beni comuni", avvalendosi per qualificare la salute (sentenza n. 313 del 1983), il buon costume (sentenza n. 82 del 1975), l'ordine pubblico (sentenza n. 19 del 1962) e la piena occupazione (sentenza n. 988 del 1988), sottolinea come il termine sia usato quale sinonimo di "beni collettivi", esplicando, in realtà, un sottinteso affatto presente nelle pronunce del supremo giudice, il quale si riferisce più semplicemente ai beni collettivi intesi come interessi collettivi, senza menzionare mai il termine "beni comuni" (*sic!*).

politico²⁷, laddove quest'ultimo è ormai rappresentativo solo di sé stesso²⁸ ed assolutamente non in grado di cogliere la portata delle dinamiche ed innovazioni sociali sottese alla riflessione sul "Comune".

Volendo traslare le riflessioni della scienza economica sul "Comune" all'ambito della scienza giuridica, sembra inevitabile decidere di avvalerci della terminologia in uso nelle Costituzioni, che in quanto fonte suprema sono dotate della capacità di forgiare l'interpretazione delle fonti del diritto ad esse sottordinate.

Ritengo allora piuttosto convincente²⁹ sostenere che la tutela del "Comune" si ottiene quando esistono regole giuridiche che garantiscono la gestione dei beni e dei servizi essenziali in modo da soddisfare l'interesse generale.

Segnatamente, la Costituzione repubblicana italiana del 1948 utilizza il termine "interesse generale", in tre occasioni. All'art. 42 dove si legge che "La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale". All'art. 43 che si riferisce a servizi pubblici essenziali a carattere di preminente interesse generale. Infine, nel nuovo art. 118³⁰ si è di recente precisato che "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà".

Occorre allora chiedersi quando l'interesse pubblico o l'interesse collettivo diventi interesse generale capace, quindi, di riferirsi ad un tutto.

A me pare piuttosto indiscutibile che ciò accada qualora l'interesse assunto a pubblico o a collettivo sia corrispondente al superiore interesse di tutti, perché riconducibile ai diritti fondamentali della persona, di cui ogni consociato è portatore. Nel primo caso si avrà un'estensione dell'interesse pubblico, nella seconda ipotesi il definitivo superamento dell'interesse dei singoli.

Negli orientamenti giurisprudenziali nazionali non sembra tuttavia emergere la capacità dei giudici di tener distinto l'interesse pubblico dall'interesse generale, nel quale spesso il secondo si appiattisce, sebbene non manchino pronunce in cui si associa la sussistenza di un "indubbio interesse generale" con l'esigenza di garantire la migliore allocazione di quei beni connotati da "assoluta scarsità"³¹ e dunque comuni in senso economico. Da ricordare la pronuncia del giudice amministrativo, in cui si è giudicata legittima la scelta dell'ente locale di assegnare a tutti gli aventi diritto alloggi di edilizia residenziale pubblica di superficie contenuta in deroga agli standards minimi di adeguatezza, dando priorità agli aspiranti assegnatari con nucleo familiare più numeroso; tale soluzione è stata, infatti, considerata la "più aderente ai principi

²⁷ Così G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2015, il quale parla in proposito di "posizione intrinsecamente contraddittoria e connotata da un implicito conflitto tra i due ruoli, alla base della traumatica transizione verso lo Stato democratico di diritto".

²⁸ Si veda F. BILANCIA, *La legge e l'interesse generale: un paradigma per un'etica costituzionale?*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, dove l'autore si avvale del concetto di "legge governativa" quale prodotto dell'attuale patologica versione del sistema politico maggioritario all'italiana, criticando la scontata percezione di ogni legge come atto politico di parte, ormai teorizzata come legge degli altri e non più come legge dello Stato, avulsa di qualsivoglia negoziazione politica del suo contenuto.

²⁹ Sottolinea la capacità aggregante dell'interesse generale contemplato nell'art. 118 della Costituzione G. ARENA, *I cittadini attivi, una risorsa per l'interesse generale*, in A. BIXIO, G. CRIFÒ (a cura di), *Il giurista e il diritto*, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 29 ss.

³⁰ Così sostituito dall'art. 4 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

³¹ Consiglio di Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 756; Consiglio di Stato, sez. VI, 10 novembre-1 dicembre 2009, n. 680; T.A.R. Lazio, sez. III ter, 6 luglio 2006; Consiglio di Stato, sez. VI, 15 luglio 2005, n. 6362.

solidaristici (articoli 2 e 31 Cost.) e di buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), laddove nell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, imponendo un minimo sacrificio agli assegnatari di alloggi in deroga ai parametri di adeguatezza di cui all'art. 3, primo comma, lettera c1) della L.r. n. 24 del 2007, ottimizza e rende più efficiente l'utilizzo degli alloggi (risorse scarse rispetto alle maggiori esigenze abitative da soddisfare). Il che non significa che non trovi tutela anche l'interesse individuale all'ottenimento di un alloggio il massimo possibile adeguato alle esigenze della propria famiglia, ma tale interesse, in presenza di risorse scarse, è necessariamente recessivo rispetto al primario interesse generale al soddisfacimento delle esigenze abitative di tutti gli aventi diritto³².

Il riconoscimento dell'interesse generale, anche perché categoria in grado di sovrastare gli interessi pubblici nazionali, si rinviene, inoltre, nella giurisprudenza europea in materia di servizi d'interesse generale. Per "finalità d'interesse generale" si intende infatti il bisogno riferibile ad una collettività di soggetti, di vasta ampiezza e contenuto riconducibile a valori essenziali, la cui soddisfazione non può essere lasciata al libero giuoco della concorrenza dei soggetti privati, che potrebbe non essere *sufficiente* a garantirne l'effettiva tutela³³.

La tematica si incrocia poi con i filoni interpretativi emersi in materia di applicazione degli aiuti di stato. Come è stato acutamente osservato, infatti, da un lato, la Commissione europea ha ammesso che all'interesse generale perseguito dall'ausilio possano soccombere sia interessi privati, sia l'interesse pubblico alla concorrenza³⁴. Dall'altro lato, la Corte di Giustizia, in contenziosi riguardanti la negazione di esenzioni fiscali, è giunta a giudicare legittima la loro elargizione grazie alla necessità di tutelare la libera circolazione dei capitali, la quale non consente restrizioni territoriali degli aiuti, ancorandoli così alla generalità degli interessi da raggiungere, in grado di valicare i confini geografici dei singoli Stati membri³⁵.

Ancora, da due note pronunce della Grande sezione della Corte di Giustizia si può dedurre che gli interessi generali, connessi ad esempio alla tutela dell'ambiente o del lavoro, possono consentire restrizioni alle libertà economiche, quali la libera circolazione dei servizi o la libertà di stabilimento, proprio perché la generalità degli interessi richiamati presuppone e al contempo impone la loro dissociazione da qualsiasi limite territoriale. Così nel primo caso, la Corte³⁶, ha ritenuto illegittima l'imposta regionale sullo scalo introdotta dalla regione Sardegna allo scopo di "disincentivare il consumo eccessivo del patrimonio ambientale e paesaggistico costiero", perché applicabile solo agli esercenti aeromobili privati e unità da diporto aventi il domicilio fiscale fuori dal territorio regionale, laddove l'interesse generale alla tutela dell'ambiente prescinde da ancoraggi geografici e non può essere effettivamente

³² T.A.R. Basilicata, sez. I, 11 giugno 2009, n. 486.

³³ C. Giustizia C.E., 10 novembre 1998, nel procedimento C-360/96, *Gemeente Arnhem c. BFI Holding BV*.

³⁴ F. GIGLIONI, *Beni comuni e autonomie nella prospettiva europea: città e cittadinanze*, in M. BOMBARDELLI (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, 2016, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 192-193, dove l'autore cita le seguenti decisioni della Commissione europea: 2003/433/CE e 2006/746/CE.

³⁵ *Ivi*, pp. 202 ss., dove si richiamano le decisioni di C. Giustizia C.E., 14 settembre 2006, C-386/04, *Centro di musicologia Walter Stauffer*; Id., 27 gennaio 2009, C-318/07, *Hein Persche*; Id., 10 febbraio 2011, C-25/10, *Missionwerk Werner Heukelbach*; Id., 16 giugno 2011, C-10/10, *Commissione c. Austria*; Id., 18 dicembre 2014, C-133/13, *Staatssecretaris Van Economische Zaken*.

³⁶ C. Giustizia C.E., Grande sezione, 17 novembre 2009, C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sardegna*.

perseguito da una disciplina che differenzi le fonti d'inquinamento in base a criteri territoriali³⁷. Nel secondo caso, il Giudice europeo ha ritenuto astrattamente legittima l'azione sindacale che per tutelare il diritto all'occupazione, cercava di impedire agli armatori di adottare bandiere di comodo immatricolando le navi in uno Stato diverso da quello d'origine allo scopo di ridurre i costi di produzione grazie alla compromissione o seria minaccia dei posti o delle condizioni di lavoro³⁸, in quanto il diritto dell'Unione non tollera un livello di protezione sociale a territorialità variabile.

Il primo effetto dell'impostazione qui proposta è che l'interesse generale della comunità, nella parte in cui corrisponde alla tutela di ciò che la dottrina economica riconduce al "Comune", sembra capace di affrancarsi dalla tradizionale impostazione dicotomica che contrapponendo l'interesse generale *di tutti* alla protezione dei diritti fondamentali *dell'individuo*³⁹, configura il primo in un'accezione negativa, culminante nel fungere da limite ai secondi⁴⁰. Inoltre, sviluppando una dimensione in positivo, l'interesse generale consente la tutela di diritti fondamentali calati in una dimensione plurale e di reciproca connessione, in un'accezione molto più pregnante rispetto all'estensione dell'interesse collettivo considerato come sommatoria di interessi individuali⁴¹, comunque circoscritti ad un gruppo.

L'assunto trova riscontro nelle emergenti esigenze di conservazione e fruizione del bene giuridico che consente la soddisfazione del citato interesse generale.

E infatti, nell'ottica della conservazione del "Comune", la tutela del diritto di ciascuno implica la tutela dei diritti di tutti, ovunque si trovino, anche con riferimento all'uso futuro, sia perchè l'interesse generale non può conoscere limitazioni territoriali⁴² o correlate all'appartenenza ad un gruppo⁴³, sia perchè la fruizione attuale non deve impedire l'accesso al bene di chi verrà dopo. In questo modo, si tiene ferma

³⁷ Cfr. 45° Considerando, dove si esclude che la restrizione alla libera prestazione di servizi, risultante dalla normativa tributaria sarda, possa essere giustificata da motivi relativi alla tutela dell'ambiente "in quanto l'applicazione dell'imposta regionale sullo scalo che essa istituisce si basa su una differenziazione tra le persone priva di relazione con detto obiettivo ambientale".

³⁸ C. Giustizia C.E., Grande sezione, 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation et al. c. Viking Line ABP*.

³⁹ V. POSSENTI, *Le società liberali al bivio*, Genova, Marietti, 1991, osserva che "nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 24 agosto 1789, [...] secondo il dettato dell'art. 2 ('Scopo di ogni associazione politica è la conservazione dei diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo'), il fine sociale è indicato nella difesa dei diritti dell'individuo, non nel bene comune. Un parziale recupero si ebbe con la costituzione del 1793 (art. 1: 'Scopo della società è la felicità comune'), ma si trattò di cosa transitoria".

⁴⁰ Sintomatica l'affermazione della nota sentenza della Corte di Giustizia per cui i diritti fondamentali dell'individuo non risultano essere prerogative assolute, dovendo essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società; da qui la possibilità di operare restrizioni all'esercizio di detti diritti "purchè dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità", C. Giustizia CE, 10 luglio 2003, cause C-20/00 e C-64/00, *Booker Aquaculture e Hidro Seafood*.

⁴¹ A superamento dell'utilitarismo benthamiano, per cui l'interesse della comunità è "la somma degli interessi dei vari membri che la compongono", J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, London, Athlone Press, 1823, vol. I, p.4.

⁴² Con riferimento, in particolare, ai beni ambientali, sovente riconducibili al "Comune", in dottrina si è ricordato che la loro natura imponga "di andare oltre il perimetro della comunità locale e di prefigurare l'insorgere di interessi diffusi", così E. BOSCOLO, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. URBANI (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 22.

⁴³ Diversamente, S. RODOTÀ, *Linee guida per un nuovo codice dei beni pubblici*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta*, cit., sostiene che una parte dei *commons* siano rappresentati da beni sì comuni ma imputati ad un determinato gruppo di soggetti.

la distinzione tra “Comune” e usi civici, concernenti interessi collettivi e non generali, perché relativi unicamente ai soggetti stanziati in un’area geografica determinata e comunque correlati ai pregressi usi del bene, ripetutisi nel tempo. Peraltro, nonostante l’eterogeneità dei fenomeni ascritti alla nozione di usi civici, la parte più significativa si manifesta in diritti dominicali, spesso attinenti a proprietà collettive, incentrandosi, dunque, su schemi di appartenenza fondati sul diritto di escludere gli altri⁴⁴. Del resto, nella stessa Relazione allo schema di ddl elaborato dalla Commissione Rodotà, così come nella proposta di articolato, si prevedeva il “coordinamento fra disciplina dei beni comuni e disciplina degli usi civici”, a conferma comunque della loro reciproca non coincidenza, sebbene poi, non senza contraddizione, si tendesse a proporre la categoria dei beni comuni, affiancata ai beni pubblici e privati, come ipotesi di proprietà collettiva. Ciò era implicito nel fatto che la distinzione dei beni restasse ancorata al criterio dell’appartenenza, in quanto la stessa Relazione, nello specificare quale diritto sottendesse la titolarità dei beni comuni, li qualificava “a titolarità diffusa potendo appartenere non solo a persone pubbliche ma anche a privati”⁴⁵.

Per altro verso, nell’ottica della fruizione, l’accesso di ciascuno al godimento del bene non esclude l’accesso dell’altro grazie all’ontologico carattere della non escludibilità del consumo, capace di generare condizioni favorevoli allo sviluppo di relazioni cooperative, a prescindere da prassi ed usi.

Resta, tuttavia, aperto il problema di come disciplinare la fruizione nel rispetto della scarsità del bene, rinvenendo moduli giuridici idonei a valorizzare le relazioni di reciprocità che, come suggerisce la scienza economica⁴⁶, sembrano potersi instaurare tra gli utilizzatori in modo più frequente di quanto usualmente ritenuto.

D’altro canto, riconnettere il tema del “Comune” all’interesse generale nella sua relazione con i diritti fondamentali della persona consente anche di circoscrivere giuridicamente il concetto stesso di “Comune”, il quale difetterà di riconoscimento giuridico ogniqualvolta non sussista l’interesse generale costituzionalmente protetto perché riconducibile ai suddetti diritti⁴⁷. Ne consegue, ad esempio, che uno spazio gestito collettivamente o in proprietà indivisa⁴⁸ non sottende necessariamente la

⁴⁴ In tema si veda anche F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, a cura di A. CICU e F. MESSINEO, quindi L. MENGONI e P. SCHLESINGER, Milano, Giuffrè, 2003; e più di recente ID., *Usi civici e beni comuni*, in *Rass. dir. civ.*, n. 2, 2013, pp. 406 ss.

⁴⁵ Sostenere che i beni comuni “appartengono a tutti e a nessuno: tutti possono accedervi nessuno può vantare diritti esclusivi” (S. RODOTÀ, *Beni comuni. Una strategia globale contro lo human divide*, cit., p. 329) significa ammettere la necessità di fondarne la disciplina giuridica oltre il paradigma proprietario.

⁴⁶ Oltre ai noti lavori della Ostrom, ricordiamo L. BRUNI, *Reciprocità*, Bruno Mondadori, Milano, 2006; S. ZAMAGNI, P. SACCO, *Teoria economica e relazioni interpersonali*, Bologna, Il Mulino, 2006; A. SMERILLI, *We-rationality: per una teoria non individualistica della cooperazione*, in *Economia Politica*, n. 3, vol. 24, 2007, pp. 407-425; S. ZAMAGNI, V. NEGRI, *La cooperazione*, Bologna, Il Mulino, 2008; E. DACHEUX, D. GOUJON, *La cohésion sociale n’est pas le fruit de la rareté: pour un renouveau du paradigme économique*, *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 83, 2012, pp. 83-99; D. DEMOUSTIER, *Au-delà de la régulation capitaliste, la promotion de la coopération, l’ENA hors les murs*, janvier-février, <http://www.aaeena.fr/publications/la-revue/lena-hors-les-murs-revue-de-lassociation-des-anciens-eleves-de-lena>, 2012.

⁴⁷ Dà conto delle difficoltà di individuare i tratti identificativi dei beni comuni N. GIANNELLI, *Beni comuni e servizi pubblici: utilità sociale e gestione democratica*, in *Istituzioni federalismo*, 2013, n. 2, pp. 584-585.

⁴⁸ Si pensi alle terre per il pascolo che tornano spesso nelle citazioni dei lavori di Ostrom, che sembrano corrispondere ai già richiamati usi civici piuttosto che al tema del “Comune”.

problematica della tutela del "Comune", perché può mancare l'interesse generale – nell'accezione sopra descritta –, da tutelare.

3. Quali strumenti giuridici oltre la caduta dei dogmi. Il ruolo dell'amministrazione condivisa per la gestione comune

Se, a mio parere, per tutelare il "Comune" occorre abbandonare il paradigma proprietario e fondare o affinare istituti giuridici mutuati dalla categoria dell'interesse⁴⁹, occorre interrogarsi su quali siano gli strumenti a disposizione del giurista per garantire la primazia dell'interesse generale.

Il primo strumento di cui avvalersi dovrebbe essere la legge, la quale dovrebbe essere tacciata di incostituzionalità qualora lesiva dell'interesse generale, corrispondente necessariamente a diritti fondamentali della persona costituzionalmente tutelati, quindi in grado di fungere da limite allo stesso potere legislativo.

In secondo luogo, rifacendosi ad un'autorevole orientamento dottrinale⁵⁰, che ha saputo creare anche un network operativo per la sua diffusione presso gli enti locali⁵¹, i cittadini possono colmare gli eventuali difetti del processo legislativo, attraverso la c.d. cittadinanza attiva, che conduce all'amministrazione condivisa e non meramente partecipata. Da notare che l'art. 118 della Costituzione riformata affranca il principio di sussidiarietà da una valenza prettamente organizzativa per conferirgli portata normativa: nell'autonoma iniziativa dei cittadini rientra anche la produzione normativa proveniente dalla società civile, avulsa dalle competenze dello Stato e dai processi di codificazione, a creare un diritto alternativo a quello posto dal principe⁵².

È ormai assodato in tutti i diritti amministrativi nazionali che i cittadini, in quanto "amministrati", possono partecipare al procedimento amministrativo, per far valere le loro ragioni – spesso culminanti in interessi privati – avverso le decisioni assunte unilateralmente dal pubblico potere. In altre parole, il diritto al giusto procedimento serve a plasmare la decisione dell'amministrazione in modo da assicurare che

⁴⁹ In questo senso, pare emblematica l'affermazione di C. IAIONE, *Intorno ai beni comuni. La città come bene comune*, in *Aedon*, n. 1, 2013, p. 3: "Non si possiede un bene comune, si è partecipi del bene comune"; lo stesso A. critica poi i lavori della Commissione Rodotà per non aver saputo considerare "la capacità progettuale che la società è in grado di esprimere attraverso sia azioni organizzate e stabili che pratiche quotidiane nella gestione, cura e manutenzione dirette dei beni comuni", essendosi piuttosto esclusivamente dedicata a "garantire l'affermazione di un uso o godimento aperto dei beni comuni".

⁵⁰ G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari*, 1997, pp. 29 ss. Più di recente, si veda anche ID., *Il welfare di comunità*, in G. ARENA, C. IAIONE (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, Carrocci, 2012.

⁵¹ Il riferimento è al Regolamento di Bologna *Sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani*, nonché all'Associazione "Labsus - Laboratorio per la sussidiarietà".

⁵² In dottrina F. MERUSI, *Il diritto 'sussidiario' dei domini collettivi*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2003, p. 77; più di recente sottolinea la portata innovativa di un'interpretazione che rimetta agli interessi generali la capacità di generare dal basso un diritto comunitario parallelo al diritto posto F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Diritto e società*, fasc. 2, 2016, pp. 18-19 e ancora p. 20. Parla del condizionamento che sul fenomeno giuridico viene esercitato dai dati materiali che ne costituiscono lo stesso fondamento oggettivo, la storia, la consuetudine, l'attitudine di riconoscimento ad opera dei consociati ed, infine, l'«etica costituzionale», F. BILANCIA, *La legge e l'interesse generale: un paradigma per un'etica costituzionale?*, cit., p. 7.

all'ottimale soddisfacimento dell'interesse dell'amministrazione (*id est*: interesse pubblico), sia unita una piena tutela delle situazioni soggettive degli amministrati⁵³.

Al contrario, nel passaggio dall'amministrazione partecipata all'amministrazione condivisa si deve registrare un vero e proprio mutamento del rapporto Stato-individuo a costituire un diverso modello di amministrazione in cui i cittadini collaborano con la pubblica amministrazione per risolvere dei problemi della Comunità⁵⁴, rendendosi propositivi e attivi, quindi non più meri contraddittori di decisioni altrui, nè sostituti della PA nell'esercizio di funzioni pubbliche.

Così, ad esempio, nel proporre alla PA un accordo di collaborazione per il riuso di uno spazio urbano abbandonato⁵⁵, i cittadini si fanno promotori dell'assunzione dell'interesse generale – corrispondente al “Comune” – facendolo divenire interesse pubblico concreto dell'amministrazione. Risulta così definitivamente superata la convinzione di quella dottrina secondo cui, la tradizionale classificazione dei beni andrebbe revisionata perchè la struttura fondativa del demanio starebbe nel legame tra beni demaniali e diritti fondamentali, con la conseguenza che la funzione sociale legata al demanio sarebbe irrealizzabile perché in balia del potere discrezionale del *dominus* piuttosto che capace di esplicarsi nella relazione con i diritti fondamentali da soddisfare⁵⁶. In verità, spostandosi verso il paradigma dell'interesse si riesce facilmente a risolvere l'aporia illustrata.

Ne scaturisce un partenariato tra pubblico e società civile – e non, si badi bene, tra pubblico e privato titolare di diritti soggettivi e interessi legittimi – dove, come è stato autorevolmente scritto, la sfera amministrativa sia aggiunge – o forse dovremo dire – si sostituisce alla sfera politica quale “luogo in cui esercitare la sovranità popolare”⁵⁷.

Amministrazione condivisa non significa quindi autogestione⁵⁸, poiché questa presuppone, a rigore, il venir meno di qualsiasi relazione con l'autorità e con il potere.

A ben vedere questa nuova ipotesi di cooperazione, pur nel tentativo di andare “oltre lo Stato” inteso come apparato, la cui storia ricorda come spesso il medesimo abbia erroneamente elevato taluni interessi ad interessi pubblici⁵⁹, non rinuncia al contributo che per la tutela del “Comune” può derivare dallo “Stato-collettività, quale ente esponenziale [...] rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) [...]”

⁵³ L'interesse pubblico raggiungibile nel procedimento amministrativo normato dalla legge n. 241 del 1990, almeno nelle intenzioni del legislatore, è stato definito in dottrina “la scaturigine di un processo ad elevato tasso di *informazione* e *mediazione* [n.d.r.], reso ancor più evidente e necessario dalla inadeguatezza finanziaria ed organizzativa del soggetto amministrazione pubblica”, così M.R. SPASIANO, *Le opere pubbliche o di interesse generale e la nuova (possibile?) nozione di ente istituzionalmente competente*, in *Riv. giur. edilizia*, n. 3, 2009, p. 87.

⁵⁴ G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., diffusamente p. 45.

⁵⁵ M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit., riconduce al Comune lo spazio urbano, “in quanto «cosa umana per eccellenza», prodotto della cooperazione sociale, spazio nel quale l'andamento delle nostre vite si definisce, oggetto di uno spossessamento che è frutto della *partnership* fra pubblico e privati e fonte di disgregazione sociale, di costruzione di identità svantaggiate, di distruzione di spazi di democrazia”.

⁵⁶ A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 7.

⁵⁷ G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., p. 32.

⁵⁸ In gran parte della letteratura giuridica, al contrario, si vanno spesso coniugando i *commons* ad esperienze di autogestione ad opera dei cittadini/utenti.

⁵⁹ Infatti, “le decisioni dello Stato possono essere falsate da un processo politico finalizzato alla massimizzazione non del bene comune, ma di quello individuale di chi le assume, a sua volta influenzato dalla pressione degli interessi particolari”, G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le tragedie dell'interesse comune*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta*, cit.

preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi”⁶⁰, vale a dire gli interessi generali su cui mi sono soffermata poc’anzi.

Come è facilmente intuibile, si tratta di un passaggio in cui la riflessione giuridica, nella parte in cui cerca di arginare la centralità del modello di amministrazione corrispondente al binomio Stato-apparato contrapposto agli amministrati, si interseca con gli assunti dell’economia sociale e solidale⁶¹. Quest’ultima s’incentra, infatti, sul paradigma della democrazia nel senso etimologico di governo del popolo⁶², in quanto, al contrario del modello di sviluppo *for profit*, fondato sullo schema principale-agente, ovvero proprietà/azionista e manager/agente, che relega a ruolo di meri destinatari esterni consumatori e clienti, mira al coinvolgimento dei beneficiari dell’attività economica svolta (quando utenti, quando lavoratori), i quali sono chiamati ad originare e gestire insieme, dall’interno, il farsi, in chiave propositiva e attiva, della decisione che li riguarderà⁶³.

In quest’ottica, superare la dicotomia pubblico-privato, a mio modo di vedere, deve significare andare oltre la contrapposizione tra pubblica amministrazione e cittadini, rinvenendo moduli di integrazione, come quelli citati, senza mai addivenire all’ibridazione, attualmente in corso, degli strumenti giuridici, o peggio ancora, al superamento del ruolo della pubblica autorità. La sfida è coinvolgere i privati nelle gestioni degli interessi generali, divenuti interessi propri dello Stato collettività e dunque anche della pubblica amministrazione che funge da braccio operativo, così arginando i privati che intendono gestire il “Comune” a scopo di profitto. I cittadini, tutti portatori dell’interesse generale in modo indifferenziato, vengono così resi parte della progettazione dell’intervento riguardante detto interesse⁶⁴.

Dissentito, quindi, profondamente con l’idea di superare “la sovranità dello Stato come filtro necessario nella gestione e nel godimento delle risorse da parte della collettività”⁶⁵, che rinviene ancoraggio giuridico nella convinzione, da me respinta (come diffusamente sopra argomentato), che la soluzione della problematica risieda nel sottrarre alla proprietà pubblica i beni comuni, per ricondurli ad una proprietà comune, cioè direttamente collettiva.

D’altro canto, con riferimento ai servizi pubblici essenziali, quali, ad esempio, l’erogazione dell’acqua o la raccolta e smaltimento dei rifiuti urbani, volti a soddisfare l’interesse generale, l’amministrazione condivisa potrebbe ben prestarsi alle richiamate esigenze di promozione del “Comune”, attraverso il coinvolgimento da parte dei citati

⁶⁰ Questo, a mio parere, un passaggio fondamentale della già citata sentenza n. 3665/2011, delle sezioni riunite della Cassazione civile.

⁶¹ Per una prima definizione A. RINELLA, *Cooperazione ed economia sociale nella Costituzione italiana* e G. SALVATORI, *L’economia sociale e le istituzioni europee*, entrambi in A. FICI (a cura di), *Diritto dell’economia sociale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

⁶² Dal greco δῆμος (démós), cioè popolo e κράτος (crátos), ovvero potere.

⁶³ Non condivido quindi la visione di chi sostiene che l’azione di *governance* delle comunità per quanto attiene a governo e gestione dei beni comuni debba limitarsi a funzione di stimolo e di controllo, contribuendo, attraverso la partecipazione, a migliorare la qualità delle politiche pubbliche e delle gestioni, senza “mai sostituirsi ai processi decisionali”, A. LUCARELLI, *Beni comuni. Contributo per una teoria giuridica*, cit., p. 21.

⁶⁴ Del resto è stato scritto: “Quello che manca, dal punto di vista degli strumenti dell’analisi di *policy* – e dal punto di vista di teorie di organizzazione umana accettate e ben sviluppate – è una specifica e adeguata teoria di azione collettiva che spieghi come un gruppo di attori può organizzare se stesso volontariamente per dare un esito positivo ai suoi sforzi”, E. OSTROM, *Governare i beni collettivi. Istituzioni pubbliche e iniziative delle comunità*, cit.

⁶⁵ M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, cit.

organismi di diritto pubblico delle comunità di lavoratori e utenti⁶⁶ nelle scelte di gestione e non solo nell'esecuzione dell'attività quali, esemplificativamente, le modalità di consumo o la differenziazione del rifiuto.

Infatti, la facoltà di godimento del "Comune" dovrebbe comprendere la gestione comune prima ancora che l'accesso alla fruizione, a ribadire che già questa fase prodromica sia espressione della facoltà di godimento. Ne consegue che occorrerebbe valutare l'estensione del diritto fondamentale di accesso all'utilità del bene pure a questa fase di "costruzione" della gestione, logicamente e operativamente antecedente.

Seppure l'effetto si possa conseguire spontaneamente, rimettendosi agli spazi ormai conquistati dalla società civile anche grazie alla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà⁶⁷ cui sopra si è accennato, ritengo che il fenomeno potrebbe essere accelerato se, nei vari comparti d'interesse, ottenesse un riconoscimento normativo⁶⁸.

Si pensi al ruolo che possono avere i lavoratori e gli utenti di un ospedale o di un'Università se la legislazione li facesse collaborare nell'amministrazione, senza l'attribuzione di cariche amministrative o gestionali, come peraltro già accade per i lavoratori di questi settori, ma creando un polo di convergenza dell'interesse generale che li veda interagire come comunità nel proporre opzioni per il suo soddisfacimento.

Timidi passi in tal senso, da segnalare per l'alta valenza simbolica, cominciano ad emergere nella legislazione italiana in tema di rigenerazione urbana, intesa come "insieme coordinato di interventi urbanistico-edilizi e di iniziative sociali"⁶⁹, finalizzate al miglioramento delle condizioni urbanistiche, abitative, socio-economiche, ambientali e culturali degli insediamenti umani. Infatti, in alcune regioni, si ammette espressamente che tali interventi degli enti locali "debbano" essere "elaborati" con il coinvolgimento degli abitanti⁷⁰, chiamati a formulare proposte di cui l'amministrazione deve tenere conto⁷¹, configurandosi così un'ipotesi di co-amministrazione.

⁶⁶ In proposito, va ricordato che già la Costituzione repubblicana al citato art. 43 individua queste due tipologie di comunità quali potenziali assegnatarie della gestione dei servizi pubblici essenziali, sebbene, si tratti di una norma rimasta priva di applicazione pratica.

⁶⁷ In merito, compiutamente D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2013.

⁶⁸ Sottolinea il ruolo dell'autonomia delle persone G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, cit., p. 63, che però considero non rinnegato da una legislazione di promozione della collaborazione, visto che i mutamenti *in nuce* non sono destinati a stabilizzarsi repentinamente. Inoltre, la soluzione qui proposta evita anche di confinare il ruolo del soggetto pubblico alle forme del c.d. *Enabling State*, che, secondo alcuni, rappresenterebbe un arretramento del pubblico potere assicurando una maggiore responsabilizzazione dei privati cfr. N. GILBERT, B. GILBERT, *The Enabling State: Modern Welfare Capitalism in America*, New York, Oxford University press, 1989; N. GILBERT, *The Enabling State? From public to private responsibility for social protection: Pathways and pitfalls*, Oecd, Working Paper n. 26, settembre 2005; a parere di altri, invece, esso più semplicemente "consente l'*outsourcing* di servizi e facilita con *vouchers* la scelta libera degli erogatori (di conseguenza il disegno delle politiche rimane in mano pubblica, l'erogazione passa in mano privata)", S. CASSESE, *Le prospettive*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 515.

⁶⁹ Cfr. art. 2, comma, 1, lett. e), Legge regionale Lombardia del 28.11.2014, n. 31, *Disposizioni per la riduzione del consumo di suolo e per la riqualificazione del suolo degradato*.

⁷⁰ Oltre che dei soggetti pubblici e privati interessati.

⁷¹ Cfr. art. 1, Legge regionale Puglia, 29.07.2008, n. 21, *Norme per la rigenerazione urbana*, il cui comma 2 precisa che "I principali ambiti d'intervento sono i contesti urbani periferici e marginali interessati da carenza di attrezzature e servizi, degrado degli edifici e degli spazi aperti e processi di esclusione sociale, ivi compresi i contesti urbani storici interessati da degrado del patrimonio edilizio e degli spazi pubblici e da disagio sociale; i contesti urbani storici interessati da processi di sostituzione

4. In conclusione: un'introduzione per ricominciare dalla fenomenologia del "Comune"

Nel diritto positivo italiano, il bene comune è un bene collettivo in proprietà di una pluralità di soggetti. Il tentativo di modificarne il perimetro, a creazione di una nuova categoria proprietaria "diffusa" è, al momento, fallito, e comunque, pare inidoneo, per tutti i motivi esposti, a trasfondere nell'ordinamento nazionale il concetto, invalso in disparati contesti geografici, cui restano assimilate "pratiche sociali" che attecchiscono ai margini dell'economia capitalistica, grazie al ripetersi di esperienze volte al riconoscimento, alla valorizzazione e alla tutela del "Comune". Interessante che tali fatti sociali sorgano spontaneamente in luoghi disparati, ma secondo moduli assimilabili, a conferma della presenza di trasversali interessi emergenti lasciati sprovvisti di effettiva tutela dalle autorità costituite.

Il concetto di "Comune" non sembra coincidere né pare capace di esaurirsi nelle teorie filosofiche del tomismo politico, ovvero dell'aristotelismo politico o della dottrina sociale della Chiesa che pure vi si dedicano.

Il "Comune" sembra infatti piuttosto emergere come un sentire diffuso che accomuna le persone per l'assoluta rilevanza, generalità e imprescindibilità degli interessi da proteggere, bisognosi di una tutela giuridica al momento solo formale e non effettiva. È un'esperienza intuitiva che si presenta come un riflesso fenomenologico, cioè una conseguenza cognitiva, prima ancora che giuridica o economica, derivante dal manifestarsi di una realtà⁷², sia essa il paesaggio, lo sgorgare delle sorgenti, uno spazio verde urbano, un'industria in piena capacità di produzione.

La "capacità sociale" di comprensione e di intervento anticipa il diritto e quindi la scienza economica, essendo la regola intrinseca al farsi dell'economia.

Il diritto è chiamato ad occuparsene? Oppure gli approfondimenti teorici del caso devono essere lasciati ad altre scienze come la sociologia o la filosofia, se non addirittura la psicologia⁷³?

In altre parole, al di là di tutte le valutazioni già svolte in tema di interesse generale e di come esso possa incidere sulle forme di regolazione e tutela, il diritto dovrebbe confrontarsi con tale approccio fenomenologico? indagarne le possibili evidenze empiriche? per poi verificare se l'eventuale comprovata esistenza di questa dimensione debba essere assunta ad elemento di rilievo o di influenza delle modalità decisionali che concernono il "Comune"?

sociale e fenomeni di terziarizzazione; le aree dismesse, parzialmente utilizzate e degradate". Se ne vedano anche gli artt. 5 e 6.

⁷² Per una ricostruzione dei tratti giuridici presenti nella riflessione filosofica sviluppatasi dal metodo fenomenologico di Husserl, si veda P. RICOEUR, *Studi di fenomenologia. Verso il formalismo giuridico?*, Torino, Giappichelli, 2009.

⁷³ Ritiene il diritto pubblico europeo vittima di "un'attrazione fatale cui corrisponde un'aderenza immediata del ragionamento giuridico come logica di interpretazione formale e deduttiva del diritto dalla norma nel senso appagante della coincidenza piena tra 'datità normativa', 'ordinamento giuridico' e 'realtà giuridica' e tra 'dinamica normativa' e 'teoria dell'interpretazione', esaltando la funzione del giurista quale interprete e al contempo quale scopritore della realtà giuridica", G. DI GASPARE, *Metateoria del positivismo giuridico*, cit., p. 639.

In questo starebbe un passaggio qualitativo in grado di diversificare l'esperienza presente, i cui tratti si stanno cercando di descrivere, rispetto ad un ritorno di attualità delle *res communes omnium* o degli usi feudali.

L'analisi storica, fondata su una chiave evolucionistica⁷⁴, sembrerebbe infatti suggerire che non vi possa essere un "ritorno" al passato *tout court*, quanto l'odierno svilupparsi di un contesto propizio alla trasformazione, capace di rinvenire forme di accesso ai "beni essenziali della vita", comunque intesi quali beni in senso giuridico, non fondato sul noto paradigma dello scambio (con annesso intervento pubblico di redistribuzione), quanto sul modello della reciprocità, la quale implica che un soggetto agisca a favore di un altro non per la pretesa di una ricompensa ma per l'aspettativa che anche un altro soggetto in futuro agisca a suo favore, direttamente, o indirettamente, cioè agendo a favore di quello stesso interesse generale – *recte*: il "Comune" –.

La reciprocità affonda allora le sue radici nei fini delle relazioni umane che ne fungono da trama, saldandole ai diritti fondamentali e agli altrettanto immanenti doveri di solidarietà.

Un simile modello determina lo sviluppo, almeno in via complementare, di un'economia non capitalistica⁷⁵. Esso può episodicamente diffondersi spontaneamente, ma potrà poi svilupparsi solo se rinverrà dei rodati e riconosciuti moduli decisionali, in grado di ripetersi e di conquistare coerenza. Dovrà, in altre parole, divenire capace di farsi norma giuridica.

Occorre, quindi, individuare gli assetti in cui possa manifestarsi la forma istituzionalizzata in grado di rappresentare la descritta evoluzione delle relazioni sociali.

Un possibile riconoscimento di tali istanze sembrerebbe potersi rinvenire nelle giovani teorie sulla democrazia deliberativa ovvero sulla democrazia partecipativa⁷⁶.

In breve, la prima, affermata nell'ultimo ventennio del '900, riconducibile dal punto di vista filosofico-politico ad una sintesi tra la pluralità e conflittualità degli interessi degli individui (Hobbes-Locke) e la possibilità di convivenza civile rimessa alla comunanza di interessi, valori, tradizioni (Harrington-Rousseau)⁷⁷, si sostanzia come una "proposta normativa" informale, in cui il popolo, chiamato a deliberare, è attore della decisione. Non a caso, le teorie deliberative vengono considerate spostate verso il "polo sociale", assimilato alla "sfera pubblica", o ricordando Habermas, ad autonome e scomponibili sfere pubbliche⁷⁸, le quali sono, tuttavia, costrette a

⁷⁴ Sul senso della ricerca storica è sintomatica l'opera di Karl Polanyi, di cui si veda *The Great Transformation*, 1944, trad. it. *La grande trasformazione*, Torino, Bollate Boringhieri, 1987, ma anche il volume collettaneo *Trade and Market in the Early Empires*, 1957, a cura di K. POLANYI, C.M. ARENSBERG, H.W. PEARSON, trad. it. *Traffici e mercati negli antichi imperi*, Torino, Einaudi, 1978.

⁷⁵ Si tratta della già citata economia sociale e solidale.

⁷⁶ Per un primo confronto, ricco di riferimenti alle origini, R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, Relazione al Convegno *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive*, Firenze, 2-3 aprile 2009, in www.astrid.it, dove si afferma che mentre la democrazia deliberativa, all'epoca si riferiva "a un complesso insieme teorico, molto differenziato al suo interno, con connotazioni fortemente normative", la democrazia partecipativa "si caratterizza per la sua valenza soprattutto applicativa".

⁷⁷ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, Giuffrè, 2011, IV, p. 273.

⁷⁸ *Ivi*, p. 278. Sulla democrazia deliberativa, per gli studi politici, si veda anche B. GBIKPI, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?*, in *Stato e mercato*, 2005, pp. 97 ss., nonché A. FLORIDIA, *La democrazia deliberativa: teorie, processi e sistemi*, Bari, Carocci, 2013; mentre per i profili filosofici si rinvia alla rassegna di J. BOHMAN, *The Coming Age of Deliberative Democracy*, in *The Journal of Political Philosophy*, 6, 4, 1998, pp. 400-425.

riconoscere il ruolo delle istituzioni politiche chiamate a strutturare il processo di deliberazione, altrimenti irrealizzabile⁷⁹.

La seconda, applicata in Europa fin dalla metà degli anni '90, ha una portata meno totalizzante e alternativa rispetto ai modelli istituzionali esistenti, consistendo nella partecipazione informata del popolo alle decisioni che l'autorità adotterà, in modo da inferire nei relativi contenuti⁸⁰.

Se il costituzionalista è chiamato a valutare *an* e *quomodo* dell'estensione della democrazia deliberativa alle forme della rappresentanza democratica, ai nostri fini, assume rilievo riflettere sulla capacità di incidenza di quella che abbiamo definito fenomenologia del "Comune" sul farsi dell'economia sociale. Tale modalità di relazione umana, si presta infatti a subire la strutturazione, attraverso regole, nei relativi rapporti interni, di ipotesi di democrazia deliberativa culminante negli ultimi tre gradini della "scala della partecipazione" teorizzata da Arnstein⁸¹: partnership, potere delegato e controllo da parte del cittadino-utente⁸², per poi verificare l'ordine delle conseguenze o comunque delle implicazioni che potrebbero discenderne su riconoscimento e tutela dell'interesse generale.

In particolare, ciò si dovrebbe realizzare in riferimento all'interesse generale soddisfatto tramite l'erogazione di servizi pubblici essenziali, ovvero grazie alla conservazione e accesso a beni ambientali.

Infatti, la difficile attuabilità della democrazia deliberativa nel modello puro teorizzato da Habermas⁸³ che tiene separata la sfera pubblica dalle istituzioni rappresentative dipende dalla difficoltà di convergenza verso l'unanimità di interessi e quindi di decisioni che non riguardino contesti ristretti e molto omogenei. Rovesciando

⁷⁹ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, cit., p. 285, anche nella parte in cui richiama J. ELSTER, *The Market and the Forum*, in *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, ed. J. BOHMAN e W. REHG, Cambridge, Mit Press, 1997, pp. 3-34.

⁸⁰ In tema, una compiuta analisi si rinviene nel volume di U. ALLEGRETTI (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze, University Press, 2010; ID., *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, in *Democrazia e dir.*, 2008, pp. 175 ss. Si veda anche B. GBIKPI, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?*, cit., p. 105: "Questa ricerca del consenso tramite procedure politiche decisionali è parte di un'evoluzione – osservabile durante tutto il corso del ventesimo secolo – delle modalità di governare le società moderne; evoluzione che ha visto lo spostamento costante della formazione del consenso dal centro parlamentare verso l'amministrazione, mentre quest'ultima diveniva il vero fulcro delle decisioni. [...] Queste pratiche decisionali sono [...] penetrate facilmente entro le strutture della rappresentanza, che non sono state messe in discussione".

⁸¹ S.R. ARNSTEIN, *A Ladder of Citizen Participation*, in *Journal of the American Institute of Planners*, 35, 4, 1969, pp. 216 ss.

⁸² B. GBIKPI, *Dalla teoria della democrazia partecipativa a quella deliberativa: quali possibili continuità?*, cit., p. 111 precisa che la *piena partecipazione* si sviluppa in una situazione nella quale i cittadini hanno uguale potere sulla decisione da prendere all'interno di un'arena in cui partecipano, trasformando le preferenze in argomentazione, piuttosto che in votazione come nella democrazia rappresentativa. Chiarisce che argomentare e negoziare sono forme di comunicazione, mentre votare non lo è. F. VIOLA, *Ma contano più gli argomenti o i voti?*, in *Reset*, maggio-giugno 2004, n. 83, pp. 70-73, secondo cui "votare e argomentare si collocano ai due estremi opposti, in quanto con il voto la decisione collettiva è presa per via aggregativa, cioè sommando le preferenze, mentre con l'argomentazione è presa per via deliberativa, cioè facendo appello a valori imparziali sostenuti da ragioni prevalenti. È ovvio che in molti casi non si potrà fare a meno del voto finale, ma esso assume un'altra valenza quando conclude una procedura autenticamente deliberativa".

⁸³ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1996, trad. it., *L'inclusione dell'altro. Studi di teoria politica*, Milano, Feltrinelli, 1998.

la prospettiva e muovendo dal “Comune” come è stato qui teorizzato e circoscritto, considerandolo dunque un *prius* rispetto alla decisione, si avrebbe il vantaggio di potersi affidare ad un’aprioristica intesa sulla definizione del problema e sul “bene comune”, mentre resterebbe da “costruire insieme” la deliberazione sulle alternative di scelta praticabili e accettabili, su quella effettivamente adottata e sulle relative ragioni⁸⁴.

Inoltre, per evidenti motivi, si riuscirebbe a superare una delle più pungenti critiche alla teoria della democrazia deliberativa, ovvero quella che la considera suscettibile di applicazioni molto localizzate, sia a causa “di una diminuita capacità dell’uomo contemporaneo di percepire l’interesse generale”, sia per l’ “emersione della logica del mercato sulla scena politica (nel senso che il cittadino partecipa solo ai dibattiti e alle decisioni che lo riguardano da vicino)”⁸⁵.

In definitiva sembrerebbe esservi un andamento circolare almeno in astratto idoneo a condurre ad un’armonica ricomposizione, solo se mediata dal diritto, tra la fenomenologia del “Comune”, la pratica sociale dell’economia solidale e la pratica della deliberazione⁸⁶.

⁸⁴ La terminologia dei cinque presupposti è ripresa da R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, cit., p. 292, il quale a sua volta richiama l’analisi di L. CASTALDI, *Promesse e limiti della democrazia deliberativa: un’alternativa alla democrazia del voto*, Working Paper, Centro Einaudi, Laboratorio di Politica comparata e filosofia Pubblica, 1998, p. 17 ss.

⁸⁵ R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, cit., p. 8, il quale sembra condividere così l’ipotesi avanzata da F. ROBBE, *Démocratie représentative et participation*, in ID. (a cura di), *La démocratie participative*, Paris, L’Harmattan, 2007, pp.16-25.

⁸⁶ Una pratica sociale è il modo in cui la socialità si realizza in un certo modo, piuttosto che in un altro, ed emerge proprio nell’esercizio della socialità stessa, a prescindere dalle regole prefissate o dal compimento di atti prescritti cfr. F. VIOLA, *Ma contano più gli argomenti o i voti?*, cit.