



Convegno AIPDA – I BENI PUBBLICI. TRADIZIONE E INNOVAZIONE

Genova – 4/5 ottobre 2024

Testo Relazione

BENI PUBBLICI

Vincenzo Caputi Jambrenghi

SOMMARIO: I. *La tradizione.* – II. *Proprietà-dovere e diritti di uso pubblico.*

I LA TRADIZIONE

1. Sul tema del Convegno la tradizione risale –almeno– al diritto romano attraverso l’istituto delle *res communes omnium* che non può essere trascurato, come vedremo, relegandolo a rapporti e circostanze ormai estinti da secoli.

Elio Marciano, giurista fine e dal 198 al 211 attivo nella Cancelleria imperiale dei Severi, autore di *Institutiones* in 16 libri, è stato studiato di recente da un’acuta romanista, Stefania Romeo¹, che motiva l’apertura dei beni fondamentali all’uso di chiunque – *quivis e populo* –, per giunta considerato contitolare (*omnium*) di essi, con la circostanza che l’imperatore Caracalla (così denominato per la veste francese che indossava: era nato a Lione) aveva aperto l’accesso alla cittadinanza romana in modo estremo infrangendo una tradizione ferrea di segno opposto con la costituzione antoniniana del 212: sicché i nuovi cittadini si sarebbero chiesti quali fossero gli spazi loro riservati dall’impero.

Perciò, la fortuna delle *res communes omnium* coincide con la politica sociale aperta di Caracalla e riscuote il successo che Marciano si aspettava.

Sono di tutti i *cives* dell’Impero Romano, in forza di un diritto naturale, l’aria, l’*aqua profluens* e il mare, con riferimento anche ai suoi lidi: quattro sole, ma fondamentali, categorie di beni incompatibili con le proprietà private.

Giustiniano fra propria l’immolazione e aggiunge, non due categorie di *res*, ma due diritti, quelli di pesca nei porti e nei fiumi (fonti e fiumi sono *res publicae*, precisando anche che il lido del mare trova il confine lì dove arriva l’onda invernale massima).

Anche il grande Ulpiano conviene sulla natura giuridica di quelle cose, mentre –può solo accennarsi qui– Gaio aveva poco prima distinto (in *De rebus*, secondo *Commentario*) le cose in *patrimonio* e quelle *non patrimoniali*, individuando la *summa rerum divisio* in quella tra *res divini iuris* (che sono *sacrae, religiosae e sanctae*) e *res humani iuris* (e queste in *publicae e privatae*).

¹ Cfr. S. ROMEO, *La fortuna delle res communes omnium. Cenni sulla storia di un concetto*, in *Dir. econ.*, 1/2022, 90- 122.

Gaio rileva che le cose pubbliche a nessuno appartengono perché esse sono cose *delle universitates*; quelle private appartengono ai singoli, *res corporales* ed anche *incorporales*, per il grande giurista dei diritti reali².

Va osservato che, per quanto diffuse, alle *res* in questione il *civis* aveva accesso nell'ambito di un'organizzazione pubblica che lo dispensava durante il basso impero.

Nell'età repubblicana e nei primi anni di impero era autentica l'attribuzione *a tutti* dell'appartenenza di beni indispensabili per lo svolgimento di una vita libera.

Solo con Marciano il concetto si tradusse in diritto positivo con le quattro *res communes omnium* e con l'intervento formalizzante di Giustiniano.

2. Si tratta, come appare evidente, dell'embrione del nostro concetto di beni demaniali aperti all'uso pubblico generale, pubblico, comune, normale, gratuito, non rivale, quei beni che hanno attirato l'attenzione di una serie di studiosi dal 1860 in poi, come vedremo.

Secondo il diritto privato romano la titolarità di beni pubblici come, ad esempio, l'*aqua profluens* spetta allo Stato inteso in senso astratto (come la concezione hobbesiana insegna), mentre al *populus*, inteso come "unione concreta di cittadini" (come la concezione ciceroniana del diritto romano insegna), spetta la fruizione³.

Il largo spazio offerto nel diritto romano repubblicano alle *res communes omnium* corrisponde alla particolare natura dei rapporti giuridico-politici della gestione dei consoli, che favoriva la partecipazione dei *cives* romani alla *res publica* e ammetteva il loro interesse –diffuso– al godimento di beni non riservati, ma legati dal concetto ciceroniano di *utilitas* all'interesse di tutti i componenti la collettività: l'acqua potabile, le foreste non regolamentate dal governo, le spiagge marine ed i lidi fluviali e lacuali, la stessa attività di pesca esercitata nelle suddette acque (*res communes omnium*).

Con l'intervento dell'impero l'innovazione principale sta proprio nell'evoluzione del concetto di *utilitas communis*: il godimento generale del bene è aperto alla comunità, ma questa volta ad iniziativa esclusiva del potere pubblico e nell'ambito della sua pianificazione necessaria per razionalizzare la gestione della *res publica* e più in generale del suo controllo esercitato su tutti gli interessi dei *cives*.

Progressivamente le cose comuni di tutti diventano beni pubblici, categoria dipendente dalla precisa collocazione della sovranità-pubblicità su ogni aspetto territoriale del suo potere in capo all'imperatore.

La partecipazione all'uso pubblico di quelle che erano le *res communes omnium* è ridotta: si nega, anche qui progressivamente, il diritto soggettivo dei *cives* all'uso comune delle *res*, sempre garantendo il mantenimento dell'uso sotto il controllo e la gestione del pubblico potere.

² È noto che l'*hortus conclusus* dei diritti reali, *proprietas, usi-frui, servitus, usus e habitatio*, è stato disegnato da GAIO in *De rebus*, con effetti indelebili sino ad oggi (cfr. cod. civ., libro III, titolo III e titolo V).

³ A J.J. Rousseau è necessario riconoscere il non facile recupero della comprensione della *res publica* romana come sviluppo della *δημοκρατία* greca sul piano della volizione collettiva che, in quanto realmente tale, deve presumersi unitaria. La repubblica romana (sul presupposto in comune con la democrazia greca della concezione unitaria concreta della collettività) è caratterizzata rispetto a questa (come scrive Cicerone) dal regime unitario della volizione collettiva quale "iter", articolato in: (a) comando generale espresso dai suoi membri e (b) esecuzione (= comando particolare) espresso dai suoi magistrati. Cfr. su ciò G.C. SEAZZU, *Res communes omnium oggi. Il paradosso dominante e il ripensamento necessario*, Bari, 2020, 42-43, e la nota densa di richiami giurisprudenziali dell'autore.

D'altra parte, è proprio nell'età imperiale che si affermano i concetti di *communio* nei suoi vari oggetti, che investono anzitutto quella dei beni pubblici, alcune categorie dei quali affidate nell'impero a gruppi –sia pur aperti e numerosi– di interesse.

Rileva, a questo proposito, una deduzione tipica dell'odierna dottrina romanista: «In tale sistema societario/comunitario, le *res communes omnium* non sono l'equivalente delle *res publicae* “repubblicane” né il loro surrogato imperiale. Esse sono la specie più ampia di un sistema di *communiones*, in cui tutte le cose appartenenti ad una collettività sono comuni, seppure con diversi raggi di ampiezza»⁴.

Sarà soltanto il sovrano a dover/poter intervenire in difesa dell'integrità delle *res communes*.

Mai, infatti, è stata concessa l'*actio* al *civis* o ai *cives* interessati ad aspetti diversi dell'uso pubblico paritario anzitutto di quella che si definisce *res communis omnium*.

Se l'età repubblicana è qualificata – conclude una dottrina – dalla partecipazione e integrazione collettiva nella vita della città (cfr. Capogrossi Colognesi), quel modello costituzionale è destinato ad essere progressivamente alterato e sostituito dal nuovo ordine imperiale... Nel passaggio dall'età repubblicana a quella imperiale la posizione del *populus* è completamente capovolta, da protagonista a mera comparsa, e l'asse di tutto il sistema delle imputazioni di natura pubblicistica si sposta dal *populus* al *princeps*, dai *plures* all'*unus* e... la tutela della *res in usu publico* diventa via via (e direi coerentemente) appannaggio dell'apparato imperiale⁵.

⁴ Cfr. G.C. SEAZZU, *Res communes omnium oggi*, cit., 81.

⁵ Cfr. G.C. SEAZZU, *Res communes omnium oggi*, cit., 60, *sub* nota 89, che si riferisce ad A. DI PORTO, *Res in usu publico e “beni comuni”*. Il nodo della tutela, Torino, 2013, con contributi dottrinari di rilievo.

Un fugace riferimento all'origine della categoria dei beni comuni, oggi in voga, che, essendo del tutto diversa da quella dei beni *communis omnium*, non tratterò, è nel *De officiis* di Cicerone. Cfr. M. FIORENTINI, *Spunti volanti in margine al problema dei beni comuni*, in *BIDR*, 111, 2017, 82, qualifica come «ingannevole» l'«equivalenza concettuale tra *res communes omnium* e beni comuni, come emergente frequentemente dal dibattito sui beni comuni [...] perché attribuisce alle prime lo statuto delle proprietà collettive», 88). Sul punto v. anche ID., *Res communes omnium e commons. Contro un equivoco*, in *BIDR*, 113, 2019, 153 ss., ove ribadisce la posizione critica nei confronti dei «mostri giuridici, come quello della nozione di *res communes omnium* usata per declinare gli usi moderni delle risorse collettive, o la libertà di accesso allo spazio interplanetario» (181).

Sulla non assimilabilità delle *res communes* romanistiche ai beni comuni del dibattito attuale v. anche M. FALCON, «*Res communes omnium*»: vicende storiche e interesse attuale di una categoria romana, cit., 108, per il quale l'essere la *res communis* un «tipo di bene che si poteva osservare nel mondo reale come naturalmente (*per ius naturale*) non passibile di apprensione *'tout court'* da parte dei privati (ma anche delle collettività pubbliche, compresa la *civitas*)» rende la nozione di *res communis* dei Romani ben diversa da quella di cosa comune oggi positivizzata dalla Commissione Rodotà. Alla «concezione strutturalista» dei Romani, «frutto dell'osservazione pratica di ciò che è 'bene comune' e della sua descrizione per tratti intrinseci e ontologici» si contrappone quella dei moderni «prettamente 'funzionalista', che parte dal diritto fondamentale da soddisfare per dedurre – osservando quale sia il bene atto a questo dichiarato scopo– la nozione, necessariamente casistica e aperta, di 'bene comune»: «il problema del dominio esclusivo del 'bene comune' da parte di un qualsivoglia ente pubblico o privato non si poneva, innanzitutto, sul piano pratico, a causa dell'assenza della tecnologia necessaria a porre in essere un'operazione materiale di appropriazione», laddove, oggi «molti dei cd. 'beni comuni', anche se forse non sempre privatizzabili attraverso l'apprensione materiale, sono invece passibili di separato dominio attraverso la loro distruzione». Si aggiunga che mancava ai giuristi romani «l'intento prescrittivo» che anima il dibattito attuale e che ha per scopo «di isolare la categoria per proteggerla, spostarla in una 'riserva naturale del diritto' nella quale i beni comuni possano vivere indisturbati dagli istinti predatori di singoli e collettività».

Citazioni desunte dal lavoro di S. ROMEO, *La fortuna delle res communes omnium*, cit., 90, *sub* nota 3.

Nel *Pro Roscio* Cicerone «qualifica come comuni l'aria per i vivi, la terra per i morti, il mare per i naufraghi, il lido per i respinti dalle onde». Cfr. CICERO, *Pro Roscio*, 26.72, cui si riferisce l'A. seguendo lo studio di P. LAMBRINI, *Alle origini dei beni comuni*, in *IURA*, 2017, 65, 406 ss. (riportato da S. ROMEO, *La fortuna delle res communes omnium*, cit., 97, *sub* nota 21).

3. Com'è noto, la pandettistica, scuola tedesca basata sulla storia e la struttura del diritto romano, ha approfondito i temi suscitati dai rapporti involgenti diritti reali, prospettando una forma di alta signoria di origine feudale applicata ai beni pubblici nel rapporto con lo Stato, in occasione della dibattuta individuazione della nozione giuridica di rappresentanza del potere (Savigny, Windscheid, Laband, ecc.), pervenendo a configurare la legittimazione della *figura juris* della proprietà collettiva, variamente analizzata prendendo le mosse dal regime romanistico –prevalentemente quello imperiale – delle *res communes omnium*⁶.

Dal tentativo, voluto dalla pandettistica, della privatizzazione del demanio, il passaggio ad una forma di c.d. proprietà pubblica – che maturava in quel frangente – è di Otto Mayer⁷ che, prendendo le mosse dalle tesi di Eisele⁸, subito osteggiate da Gluck⁹, fondò la proprietà delle cose pubbliche sul concetto, tutto feudale, di “alta signoria”.

Merito di Proudhon fu quello di considerare inammissibile il concetto stesso di una proprietà statale¹⁰.

Il processo della pandettistica sul punto lasciò emergere l'individuazione di una categoria distinta di beni di appartenenza allo Stato o ad enti territoriali o anche a semplici enti pubblici che, avendo ricevuto dall'ordinamento una precisa destinazione, poteva dirsi fossero di tutti, giustamente previsti nell'interesse di tutti.

Questo diritto, a noi consegnato dal XIX, è «caratterizzato dal regime unitario della volizione della collettività come sua “sostituzione” ad opera dei suoi “rappresentanti”, sul presupposto della concezione astratta della sua natura unitaria. Non è stato più rimesso in discussione»¹¹.

Non può trascurarsi l'opinione autorevole di una dottrina di tradizione che ha osservato come dall'elenco di *res publicae* romano a quello dei beni demaniali del nostro Codice civile c'è uno sviluppo che segue l'ampliamento delle esigenze sociali, le quali non sono destinate a chiudersi¹².

4.L'influenza della *révolution* sui temi giuridici concernenti il rapporto tra ente pubblico e bene demaniale è nota; per effetto delle conquiste nell'Italia settentrionale –Repubblica Cisalpina– Napoleone il Grande ha introdotto, nel suo codice civile del 1804 (che rappresenta, a mio avviso, il passaggio giuridico dalla *révolution* all'impero del generale Napoleone in quanto ha subito tre edizioni, le prime due bocciate dalla Convenzione nazionale 1792-1795 –assemblea dominata da Robespierre–, e che, assai rileva considerare, fu subito adottato come base

⁶ Savigny, Windscheid, Mayer e altri pandettisti hanno dibattuto a lungo sulla nozione di rappresentanza (dalla quale è derivata la possibilità della democrazia rappresentativa) che ha facilitato l'individuazione di beni collettivi, sotto controllo pubblico, ma riservati a determinate popolazioni, gruppi tecnici o commerciali risalenti in uno sito produttivo (bosco, pascoli, ecc.) sullo schema generale dell'uso civico, ma in proiezioni più ampie.

⁷ O. MAYER, *Der gegenwärtige Stand der Frage des öffentlichen Eigentums*, in *AOR*, 1906-1907, Bd. 21, 4502.

⁸ F. EISELE, *Ueber das Rechtsverhältnis der 'res publicae in publico usu' nach römischem Recht*, Basel, 1873.

⁹ C.F. GLUCK, *Commentario alle Pandette*, tra. italiana di Ubbelhode e Pouchain, Milano, 1905, 33.

¹⁰ M. PROUDHON, *Traité du domaine public, ou De la distinction des biens considérés principalement par rapport au domaine public*, II ed. rivista dal Dumay, Dijon, 1844.

Cfr., inoltre, R. JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1906-1907, 320 ss.; F. FLEINER, *Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, trad. francese di C. Eisenmann dell'ed. tedesca delle *Institutionen*, Tübingen, 1928, 225 ss.

¹¹ Cfr. G.C. SEAZZU, *Res communes omnium oggi*, cit., 37. In realtà, non la persona giuridica, bensì l'intera *societas* era parte del “contratto” del *populus* ciceroniano, cioè dell'insieme di tutti i cittadini.

¹² Cfr. B. BIONDI, *I beni*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da Vassalli, vol. IV, I, Roma, 1953, 170-171.

normativa in molti Stati europei –Belgio, Olanda, ecc.–¹³), il forte richiamo alla realtà, le spinte evolutive dei rapporti pubblico-privato che un secolo dopo Léon Duguit, autore della rivoluzionaria – per l’epoca – *Échelle de la domanialité*, ha costruito la base di ogni successiva classificazione dei beni pubblici, più o meno demaniali secondo la quantità di tutela garantita dallo Stato, nella tesi del fecondo giurista francese, ciò che non è sfuggito a M.S. Giannini¹⁴. Come ho considerato altrove¹⁵, la dottrina italiana e quella francese sono particolarmente ricche di tradizione in ordine alla ricerca del criterio identificatore della demanialità.

Non sembra possibile ritenere che l’odierno superamento della metodologia propria della dottrina tradizionale abbia privato di utilità la precedente, lunga elaborazione teorica.

Anzi, deve riconoscersi che, se l’adozione del criterio secondo il quale¹⁶ i beni pubblici vanno fatti oggetto d’indagine considerando «la sostanza, cioè a chi e a che servono questi beni» conduce, nell’interpretazione del diritto positivo e delle sue “ragioni”, a risultati di maggiore validità, ciò dipende in larga misura proprio dagli approfondimenti che sulla “ragione” della demanialità la dottrina ha svolto nella prospettiva delle definizioni legislative del demanio, volta a volta condividendole o criticandole.

Vale a dimostrare questa affermazione, se non andiamo errati, la circostanza che dalle dottrine meno recenti sul criterio identificatore della demanialità hanno attinto ispirazione, ed in misura non certamente trascurabile, le sistemazioni teoriche odierne, fondate più di frequente sull’analisi del contenuto del rapporto “interno” tra ente pubblico e cittadino utente.

Il riferimento è anzitutto, al significato intrinsecamente “rivoluzionario” della teoria della *échelle de la domanialité* ed inoltre a quelle tesi, particolarmente diffuse nella dottrina italiana, secondo le quali la destinazione dei beni all’uso pubblico esaurirebbe tutto il contenuto sostanziale del diritto di proprietà, restando in capo allo Stato “proprietario” la titolarità di un potere di vigilanza e conservazione.

¹³ Vanno riportate le principali norme sul demanio pubblico che Napoleone ha cura di dettare fissando rapporti nuovi tra Stato e suoi “carichi” e cittadini che ne beneficiano, ben vedendo tuttavia nell’ordinamento uno spazio innegabile per chiedere giustizia contro un mancato “carico” da parte dello Stato che abbia prodotto un danno. Art. 537, co. 2: «I beni che non appartengono ai privati sono amministrati e non possono essere alienati se non nelle forme e colle regole che loro sono proprie».

Art. 538: «Tutte le strade che sono a carico dello Stato, i fiumi, le riviere navigabili od inservienti a trasporto, le rive, i siti occupati e quindi abbandonati dal mare, i porti, i seni, le spiagge e generalmente tutte le parti del territorio dello Stato non suscettibili di privata proprietà sono considerati come pertinenze del demanio pubblico».

Art. 540: «Le porte, muri, fosse, bastioni delle piazze di guerra e delle fortezze fanno similmente parte del demanio pubblico».

Art. 541: «Lo stesso è de’ terreni, delle fortificazioni. e dei bastioni delle piazze che più non sono piazze di guerra: essi appartengono allo Stato, se non furono legittimamente alienati, o non ne fu prescritta la proprietà contro lo Stato».

Art. 542: «I beni comunali sono quelli alla proprietà od al prodotto dei quali gli abitanti di uno o più comuni hanno un diritto acquisito».

¹⁴ Nel suo prezioso volume *I beni pubblici. Dispense dalle lezioni del Corso di Diritto amministrativo nell’a.a. 1962-63*, edito nel 1963 da Bulzoni: dove si vede materialmente il rapporto tra funzione dei beni e loro appartenenza, distinguendoli agevolmente a seconda del grado di riserva demaniale, i gradi di “pubblicità” che tali beni presentavano, posti dal giurista in una *scala* di tipicità decrescente (opere destinate alla difesa nazionale: demanio privato dell’Amministrazione per Duguit; proprietà *individuale* pubblica per Giannini).

¹⁵ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell’uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979, 67.

¹⁶ Nella felice sintesi di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, 1995, 80.

5. Le formule normative dell'appartenenza cui accede il legislatore italiano del Codice civile 1865 dato a Firenze fino alla Costituzione riguardano il demanio, non la proprietà pubblica. Il demanio pubblico, dunque, c'è ancora oggi con il suo regime previsto allo scopo di garantire l'uso libero del bene; e poiché per bene demaniale dobbiamo intendere un oggetto di diritti (810) che, in prevalenza (salve le opere per la difesa nazionale, dove è vietato a pena di morte), presuppongono l'uso pubblico generale, comune, pubblico, normale, ordinario, funzionalmente legato a utilità fondamentali per chiunque si trovi sul territorio nazionale (non sono i soli, ma proprio dal punto di vista funzionale servono a tutta la società sempre, non ad alcuni componenti, magari con urgenza e per tutelare la vita: ospedali, patrimonio indisponibile come scuole, ecc.; né ad altro, come una comunità di abitanti, di lavoratori agricoli, di pastori, di antichi utenti di boschi e pascoli che, nella recente l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi hanno finalmente ricevuto idonea disciplina di riconoscimento e tutela.

Direttamente derivante non abbastanza dalla pandettistica, ma in netta prevalenza dal *Code Napoléon*, è la scelta del Codice civile da parte del primo legislatore italiano, con decreto 25 giugno 1865, dato a Firenze da Vittorio Emanuele II, primo re d'Italia, dell'intitolazione del libro secondo, *Dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni*, e, più ancora, la formula del titolo primo, *Della distinzione dei beni* (capo I *immobili*, capo II *mobili*).

Inoltre, la rubrica del capo III, *Dei beni relativamente alle persone a cui appartengono*, dove si condensa nelle norme recate negli artt. 425-435 tutta la materia dell'appartenenza dei beni demaniali e patrimoniali nel loro rapporto con lo Stato o gli enti territoriali, da una parte, e la società degli *omnes* dall'altra.

È, dunque, chiara la scelta del nuovo Stato unitario di prescindere dal complesso regime della *proprietà* nel disciplinare i beni pubblici d'appartenenza dello Stato o degli enti territoriali, beni caratterizzati evidentemente da un regime giuridico generale diverso da quello della proprietà. Forse su almeno questa affermazione di diversità si potrà convenire.

Sono di notevole interesse le formule normative utilizzate nel codice "napoleonico" (che esprimono gelosia istituzionale per il pubblico demanio).

L'art. 425 prevede: «I beni sono o dello Stato, o delle province, o dei comuni, o dei pubblici istituti ed altri corpi morali, o dei privati»; l'art. 426: «I beni dello Stato [non quelli di altri soggetti pubblici] si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali».

Segue, all'art. 427, un elenco breve e tassativo di beni statali di demanio pubblico a titolo di attribuzione da parte dell'ordinamento: «le strade nazionali, il lido del mare, i porti, i seni, le spiagge, i fiumi e torrenti, le porte, le mura, le fosse, i bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze fanno parte del demanio pubblico».

L'art. 428 sancisce: «Qualsiasi altra specie di beni appartenenti allo Stato forma parte del suo patrimonio».

L'art. 429 disciplina la circolazione interna dei beni immobili del patrimonio statale: «I terreni delle fortificazioni o dei bastioni delle piazze da guerra che più non abbiano tale destinazione, e tutti gli altri beni che cessino di essere destinati all'uso pubblico ed alla difesa nazionale, passano dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato».

Ai sensi dell'art. 430, all'inalienabilità dei beni demaniali, per loro natura, fa riscontro l'alienabilità di quelli del patrimonio dello Stato che è, tuttavia, subordinata alle leggi che li riguardano.

L'art. 431 rinvia a leggi speciali per miniere e saline (la più estesa d'Europa è quella pugliese di Margherita di Savoia).

Ciò che più rileva, in quanto conseguenza della concezione monolitica dello Stato ottocentesco, restio a riconoscere autonomie locali, è che, ai sensi dell'art. 432, i beni delle province e dei comuni (dei pubblici istituti o di altri corpi morali) non sono punto definiti genericamente demaniali; bensì di uso pubblico o patrimoniali.

Aggiunge la norma: «la destinazione, il modo e le condizioni dell'uso pubblico, e le forme di amministrazione e di alienazione dei beni patrimoniali sono determinate da leggi speciali».

Dunque, soltanto i beni comunali aperti all'uso pubblico, discendenti dalle *res communes omnium*, partecipano della demanialità e del suo regime giuridico come se fossero di appartenenza statale.

In base all'art. 434 anche «i beni degli istituti ecclesiastici sono soggetti alle leggi civili e non si possono alienare senza l'autorizzazione del governo».

Il legislatore ricorre per questo motivo ad una categoria giuridica diversa dalla proprietà, l'*appartenenza*, che caratterizzerà da quel momento in poi la “proprietà pubblica” (anche nella formula discussa di cui all'art. 42 Cost., come vedremo).

Con il r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato, «I beni immobili dello Stato, tanto pubblici, quanto posseduti a titolo di privata proprietà, sono amministrati a cura del ministero delle finanze, salve le eccezioni stabilite da leggi speciali».

Non meno chiaro il regolamento attuativo della legge generale sulla contabilità pubblica approvato con r.d. 23 maggio 1924 n. 827: «I beni dello Stato si distinguono in demanio pubblico e beni patrimoniali, secondo le norme del Codice civile».

È dunque vano cercare l'intitolazione di una posizione giuridica alla proprietà statale dei beni pubblici (*a fortiori* alla proprietà pubblica)¹⁷.

Nessuna concessione al diritto soggettivo di proprietà pubblica neanche nel Codice civile del 1941-42: i beni appartengono allo Stato e agli enti pubblici territoriali e non territoriali (art. 822-831).

Persino dei beni non classificati come pubblici degli enti anche non territoriali il codice non attribuisce proprietà, bensì appartenenza privata (artt. 826, comma 1, 828, comma 1 e 830, comma 1).

Solo all'art. 42 la Costituzione repubblicana dedica un cenno alla proprietà pubblica¹⁸.

Cede, il Costituente, evidentemente, alla scelta esclusivamente nominalistica e soggettiva di una situazione giuridica, perché il contenuto della supposta proprietà pubblica generale non è mai considerato nella Costituzione, che viceversa garantisce in vario modo e profondamente – per evidente scelta politica – la tenuta della sola proprietà privata, nei due commi successivi al primo.

¹⁷ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in C. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, ediz. V, vol. II, p. 180, “La proprietà” pubblica come proprietà-dovere.

¹⁸ Art. 42: «La proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati. La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti. La proprietà privata può essere, nei casi preveduti dalla legge, e salvo indennizzo, espropriata per motivi d'interesse generale».

6. A distanza di un secolo il codice del 1865 è abrogato e sostituito da quello di cui al r.d. 16 marzo 1942 n. 262, codice vigente, che contiene un nuovo elenco di beni demaniali¹⁹, una norma idonea a consentire –con il massimo di chiarezza– il riconoscimento della proprietà privata mediante la disciplina del suo titolare.

Infatti, l'art. 832 c.c., che porta in rubrica *Contenuto del diritto*, recita: Il proprietario ha diritto di godere (dei frutti del fondo, dei dividendi delle azioni, dei canoni di locazione, del thesaurus e più in generale dei beni esistenti nel sottosuolo, salvo le norme sull'archeologia e similari) e disporre (ad es., nella fattispecie dell'art. 1060 c.c., il nudo proprietario può, senza il consenso dell'usufruttuario, imporre sul fondo le servitù che non pregiudicano il diritto di usufrutto).

Più in generale, il proprietario è libero di alienare ad altri in qualunque momento e per qualsiasi motivo il bene di proprietà.

Non così se la proprietà privata abbia ad oggetto beni di interesse storico, artistico, archeologico o etnografico (art. 839 c.c.), beni che sono sottoposti alle disposizioni delle leggi speciali (le norme rilevanti sono nel codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, con le due successive modificazioni del 2006 e del 2008).

Un ultimo cenno alle innumerevoli *figurae* riferibili esclusivamente al proprietario privato è nella disciplina della proprietà fondiaria, con richiamo unicamente all'art. 840, Sottosuolo e spazio sovrastante al suolo, e al diritto di chiudere in qualunque tempo il fondo (art. 841), norma “antica” che esprime il massimo dell'egoismo giuridico del proprietario privato.

Com'è noto, in applicazione del criterio eminentemente privatistico del minimo onere per la proprietà privata quando si debba realizzare attraverso la sua ablazione un opus di pubblico interesse, mentre la proprietà del suolo si estende al sottosuolo, con tutto ciò che vi si contiene (art. 840, co. 1), il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sottosuolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escluderle (art. 840, co. 2); tematiche queste ultime del tutto assenti nell'appartenenza pubblica.

Del resto, sin dalla prima formulazione, come abbiamo visto, la legislazione italiana esclude dal patrimonio pubblico i beni demaniali, che infatti non possono dirsi *sic et simpliciter* in proprietà dello Stato, men che meno degli enti pubblici territoriali²⁰.

Sopravvivono, dunque, le *res communes omnium* come se una legge speciale intenda resuscitarle.

6.1. Può convenirsi che, dopo quasi un secolo di onorato servizio delle norme sul demanio, vengono individuate nel codice civile vigente, libro III, tre categorie di beni pubblici – demaniali, patrimoniali indisponibili e disponibili– così definiti per la loro appartenenza allo Stato o ad enti pubblici territoriali, come i Comuni, le Province, le Regioni, le Comunità

¹⁹ Art. 822 (Demanio pubblico): «Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parimenti parte del demanio pubblico, se appartengono allo Stato, le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico».

²⁰ Cfr. art. 826, co. 1 c.c.: «I beni appartenenti allo Stato, alle provincie e ai comuni, i quali non siano della specie di quelli indicati dagli articoli precedenti (tutti recanti norme sul pubblico demanio), costituiscono il patrimonio dello Stato o, rispettivamente, delle provincie e dei comuni».

montane, le Comunità riconosciute per legge di diritto singolare (es. la magnifica comunità cadorina) o istituti ecclesiastici, come quello per il clero; ma la pubblicità dei beni pubblici più rilevanti è ormai assorbita dalla demanialità, cioè dal fenomeno di un'appartenenza storica all'ente pubblico di categorie di cose come: beni di demanio naturale (lido del mare, arenili, rade, spiagge anche lacustri e fluviali; *aqua profluens* dei fiumi, dei torrenti, di laghi con i loro emissari ed immissari, le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia) o di demanio artificiale, riservate alle opere di difesa nazionale, porti marittimi, fluviali e lacuali, categorie tradizionalmente emerse nel XX secolo (bastioni, ecc.).

Art. 823, Condizione giuridica del demanio pubblico: «I beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano. Spetta all'autorità amministrativa la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa, sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso regolati dal presente codice».

Il regime della demanialità, senza perdere alcunché della sua specialità, viene esteso a cose artificiali attribuite da leggi apposite allo Stato ed agli enti territoriali che ne siano titolari (art. 822, comma 2).

Si tratta delle reti dei servizi pubblici di trasporto dell'energia (Enel), del gas, dell'acqua potabile e irrigua, di persone e di merci in generale (aerodromi, strade ferrate, stazioni), delle reti telefoniche e telegrafiche nazionali: tutte le reti come infrastrutture strategiche, ma forse anche le reti internet quanto all'uso che la Repubblica può consentire e garantire ai cittadini italiani; sorge, infine, il problema della compatibilità dei beni confiscati in favore dello Stato con il demanio pubblico.

Rileva osservare che, quanto agli enti territoriali, i beni di loro appartenenza soggetti al regime demaniale siano soltanto quelli indicati dal comma secondo dell'art. 822²¹.

7. Eppure con il federalismo demaniale lo Stato ha rotto gli argini che proteggevano i beni del 1° comma dell'art. 822, trasferendo con legge alle Regioni la sostanza dell'intero demanio marittimo e fluviale, esclusi i tratti di litorale direttamente utilizzati dalle Amministrazioni statali²².

Inoltre il demanio idrico, con le connesse opere idrauliche e di bonifica di cui si occupa lo Stato –fiumi e laghi di ambito sovraregionale– restano allo Stato fino all'intesa tra le Regioni interessate.

Alle Province sono riservate le miniere, con esclusione di quelle petrolifere e del gas.

²¹ Il secondo comma, norma molto rilevante perché segna ordinatamente i confini della demanialità di un'ampia serie di beni di autoevidente pubblico interesse, li considera di interesse pubblico in quanto appartenenti allo Stato: le strade, le autostrade, le strade ferrate, gli acquedotti, gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia, le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni assoggettati al regime proprio del demanio pubblico.

Ora, questi stessi beni, qualora appartengano agli enti territoriali, sono soggetti al regime del demanio pubblico. Dunque, è prevista una riserva al demanio dello Stato in quanto gli enti territoriali versano tutti nella condizione di poter garantire meglio l'uso pubblico cui i beni elencati sono soggetti, sia pure in misura peculiare quanto ad alcuni di essi: immobili di interesse archeologico che appartengono allo Stato come beni di demanio esclusivo; e, se mobili, fanno parte del suo patrimonio indisponibile.

²² La legge 5 maggio 2009 n. 42, *Delega al Governo in materia di federalismo fiscale*, in attuazione dell'articolo 119 della Costituzione, ed il d.lgs. di attuazione 28 maggio 2010, n. 85.

Restano esclusi dal fenomeno dell'attribuzione e del trasferimento di beni demaniali, oltre a quelli già segnalati, i porti e aeroporti di rilevanza economica nazionale e internazionale; gli immobili oggetto di uso da parte di Amministrazioni statali; i parchi nazionali e le riserve naturali dello Stato; le reti di interesse statale (strade, reti energetiche, *ferrate* in possesso e in proprietà dello Stato); i giacimenti petroliferi e di gas; i siti di stoccaggio del gas naturale; i beni in dotazione della Presidenza della Repubblica, del Senato, della Camera, della Corte costituzionale, nonché degli organi di rilevanza costituzionale (CSM, Corte dei conti, CNEL, ecc.).

Alle Province, oltre ai laghi chiusi con emissari di superficie che insistano sul territorio di quell'unica Provincia, anche le miniere ubicate sulla terraferma, escluse quelle petrolifere e del gas.

I beni demaniali trasferiti rimangono soggetti al regime demaniale dell'inalienabilità come previsto dall'art. 823 del Codice civile, Condizione giuridica del demanio pubblico.

Sul piano soggettivo, la legge ha escluso dal procedimento le Regioni a statuto speciale²³.

8.Una conferma della tendenza alla – del resto opportuna– restrizione della categoria dei beni demaniali rispetto alla vasta realtà giuridica dell'appartenenza e della proprietà è offerta dalla norma di cui all'art. 826, in rubrica *Patrimonio dello Stato*, delle provincie e dei comuni: «I beni appartenenti allo Stato, alle provincie e ai comuni, i quali non siano della specie di quelli indicati dagli articoli precedenti, costituiscono il patrimonio dello Stato o, rispettivamente, delle provincie e dei comuni».

Ed anche i beni immobili vacanti (*res nullius*) spettano al patrimonio dello Stato.

Si dà in tal modo seguito alla costruzione del concetto di demanio al di fuori di quello di patrimonio che, come abbiamo cennato, si deve alla scelta del codice civile del 1865, confermata dal codice vigente, evidentemente nel convincimento della necessità di pubblico

²³ Un secondo aspetto del c.d. federalismo demaniale è rappresentato dal trasferimento di beni pubblici statali ai Comuni nel cui territorio essi si trovino; la condizione è che l'ente locale si obblighi a valorizzare l'immobile già statale soprattutto mediante una variante di piano urbanistico generale che eventualmente consenta di porre sul mercato un bene di valore accresciuto rispetto alla domanda di trasferimento.

Anche i beni culturali –in particolare il c.d. DGA, demanio storico artistico– possono essere trasferiti gratuitamente ai Comuni, alle Province ed alle Regioni, ma soltanto alla condizione della sottoscrizione di un accordo tipizzato ad oggetto l'impegno ad una specifica valorizzazione e di piani strategici di sviluppo culturale quale quelli di cui all'art. 112, co. 4 del codice dei beni culturali e del paesaggio n. 42/2004 s.m.i.

Si presuppone pertanto una concertazione tra l'ente locale e le Soprintendenze competenti e con l'Agenzia del demanio.

Marginale è l'operazione successiva di attribuire all'ente che diventa proprietario del bene statale l'obbligazione di restituzione in favore dello Stato delle somme non più percepite come conseguenza del precedente uso diretto del bene.

Ma il caso di bene statale pubblico produttivo non è frequente e l'operazione fiscale-finanziaria è scarsamente rilevante.

D'interesse, invece, la triplice finalizzazione dell'attribuzione all'ente territoriale: uso diretto (come per lo Stato); uso della cittadinanza (specie se “attivamente” proprio essa si sia adoperata perché il Comune chiedesse il trasferimento del bene); destinazione alla vendita nel mercato (con preventiva valorizzazione, ritenuta congrua dall'Agenzia del demanio e dall'Agenzia del territorio, sulla convenienza sociale e su quella economica della vendita in questione).

I beni statali così idonei per il trasferimento possono essere conferiti dall'ente territoriale a fondi comuni di investimento, purché a maggioranza pubblica, anche quelli costituiti dalla Cassa depositi e prestiti.

Può dirsi che il fenomeno non ha assunto consistenza notevole.

Ad es., in Puglia 6 soli trasferimenti; le Regioni e i Comuni della dorsale tirrenica e delle regioni del nord molto più attivi di quelli della dorsale adriatica.

In totale nel 2010 sono stati offerti 11.775 beni statali per un valore inventariale di poco superiore a 2 miliardi.

interesse di tener distinte categorie tipicizzate con il massimo della pubblicità, i beni demaniali, da quelle che possono ritenersi di demanio non statale (questa è *novella* rispetto al cod. 1865) dagli enti territoriali: in entrambi i casi allontanando sempre di più il “sacro” demanio dal patrimonio dello Stato e di qualsiasi ente pubblico territoriale per evitare commistioni e svalutazioni della vera natura del demanio aperto all’uso pubblico.

Segue la “nuova” categoria dei beni del patrimonio indisponibile dello Stato: «le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il **demanio forestale** dello Stato, le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose d’interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della Corona, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra.

Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o, rispettivamente, delle provincie e dei comuni, secondo la loro appartenenza, gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio».

Nei beni patrimoniali si distinguono, secondo l’art. 828 cod. civ., due categorie: quella della patrimonialità indisponibile e disponibile.

Della prima fanno parte «i beni che costituiscono il patrimonio dello Stato, delle provincie e dei comuni», «soggetti alle regole particolari che li concernono e, in quanto non è diversamente disposto, alle regole del presente codice».

Ed ecco la specialità del regime giuridico: «I beni che fanno parte del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano» (ciò implica l’impignorabilità dei beni indisponibili secondo la previsione dell’art. 514, n. 5 del cod. proc. civ.).

Anche i beni degli enti non territoriali (Università, CNR, INPS, INAIL, ecc.) sono disciplinati dal Codice civile, salvo leggi speciali: ma se siano stati destinati al pubblico servizio, diventano indisponibili e restano disciplinati dal comma secondo dell’art. 828.

I beni degli enti ecclesiastici «sono soggetti alle norme del presente codice, in quanto non è diversamente disposto dalle leggi speciali che li riguardano».

I cimiteri civili ed i mercati comunali –ivi compresi i mattatoi– sono soggetti al regime demaniale (demanio specifico).

Infine, il regime di tutela del culto cattolico da parte dello Stato, che è disegnato nel comma secondo, esclude ogni rilevanza all’appartenenza del bene a privati: se c’è apertura al culto, i beni «non possono essere sottratti alla loro destinazione neppure per effetto di alienazione» (art. 831).

In questi dieci articoli è condensato tuttora il regime codicistico dei beni pubblici.

II PROPRIETÀ-DOVERE E DIRITTI DI USO PUBBLICO

1. La prima *quaestio* che una ricerca ricostruttiva sui beni pubblici incontra è quella della diversità di espressione tra la norma codicistica che si ferma alla attribuzione dell’appartenenza allo Stato dei beni che, enumerati per categoria, “fanno parte del demanio pubblico” (art. 822 cod. civ.) e quella costituzionale che, entrata in vigore circa sette anni dopo (libro terzo: 28 ottobre 1941 - 1 gennaio 1948), “promuove”, invece e per la prima volta nel diritto positivo, la categoria giuridica della proprietà pubblica.

Tuttavia, procedendo nell'ordine dell'art. 42, co. primo, la proprietà pubblica sembrerebbe composta, secondo il Costituente, di "beni economici" esattamente come accade per la proprietà privata: e nonostante le differenze assai accentuate tra i due "tipi" di proprietà fondamentali (ammesso per un attimo che di tipo di proprietà pubblica si possa parlare).

I beni economici, infatti, possono appartenere a soggetti pubblici ("allo Stato, ad enti") e, indifferentemente, a "privati" (co. secondo).

Dunque l'appartenenza nella definizione costituzionale più non distingue in termini di maggior modestia dei poteri di godere e disporre della proprietà-non proprietà dei beni demaniali dello Stato e degli enti territoriali da quella privata; al contrario, proprio l'appartenenza scioglie ormai nella categoria più generale e meno dommaticamente elaborata del rapporto del titolare di un interesse con la *res* mediante la quale quell'interesse dovrebbe trovare soddisfazione i nodi problematici tipici della situazione giuridica di pubblicità dei beni pubblici e, ad un tempo, della privatezza dei poteri del proprietario privato.

Per meglio illustrare il concetto si osservi che la prima mal sopporta la figura ed il concetto stesso di proprietà, ma – come vedremo – può convivere con quello di appartenenza; la seconda può qualificarsi come proprietà, ma, per quanto privata, essa deve rispondere alla funzione sociale sopportando in varia misura, a seconda dei tipi di beni che in essa rientrano e delle evoluzioni dell'ordinamento giuridico generale, limitazioni, vincoli ed espropriazioni²⁴.

Come può vedersi, la Costituzione, oltre al contributo costituito dalla sottolineatura del concetto di appartenenza, ha disegnato comunque una differenza concettuale netta tra la proprietà pubblica e quella privata: la prima è funzione, è missione, interamente votata allo scopo d'interesse generale in forza del quale essa viene riconosciuta in posizione speciale all'interno dell'ordinamento generale.

La proprietà pubblica non è proprietà-diritto, né potere, è semplicemente proprietà-dovere. La proprietà privata può/deve svolgere anch'essa una funzione -che è "sociale", non "pubblica" (cioè non intestata ad un ente pubblico)- ma, nel progetto tracciato dalla carta repubblicana, deve essere permanentemente "riconosciuta" dalla legge ordinaria e, in quanto sia stata riconosciuta, è anche "garantita" da questa sì che il riconoscimento sia in concreto foriero di effetti giuridici stabilizzanti -nella misura che il legislatore nelle sue evoluzioni potrà fissare- la relazione tra soggetto e bene in sua proprietà. Riconoscimento e garanzie che non sono apparse meritevoli di attribuzione alla proprietà pubblica, assai probabilmente allo scopo di dare maggior valore all'offerta di protezione da parte dell'ordinamento generale in favore di qualsiasi proprietario privato.

²⁴ Sia consentito rinviare a V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà privata (disciplina amministrativa)*, voce del *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 111. Ivi si tratta della nozione costituzionale unitaria di proprietà privata, di proprietà come insieme dei diritti patrimoniali e proprietà in funzione aliena come diritto, nonché dei doveri-obblighi del proprietario privato. Si affronta in sintesi l'immenso tema della funzione sociale nella proprietà privata; il contenuto minimo dell'istituto della proprietà; la sua disciplina amministrativa; le servitù pubbliche; le conformazioni originarie (espropriazioni anomale); le soggezioni a potestà pubbliche per la tutela di interessi pubblici; le zone delimitate a tutela delle bellezze naturali; l. 1939, n. 1497; il regime della licenza; i vincoli paesistici di piano territoriale; le zone vincolate in via generale; i decreti e la "legge Galasso"; gli elenchi delle bellezze naturali e d'insieme; la dichiarazione di notevole interesse e la disciplina amministrativa della proprietà edilizia; le regole sull'uso dei suoli; la disciplina della proprietà edilizia mediante *standard* edilizi ed urbanistici; vincolo di PRG e diritto urbanistico della Corte costituzionale; altri vincoli amministrativi sulla proprietà edilizia; proprietà privata e tutela della salute; beni immobili e disciplina amministrativa dell'igiene pubblica; disciplina antiinquinamento dell'atmosfera e delle acque; tutela dall'inquinamento acustico e disciplina della proprietà; tutela ambientale e proprietà.

2. Sin dall'entrata in vigore della Costituzione la grande dottrina civilistica segue l'evolversi del concetto di proprietà e Pugliatti, riflettendo sull'evoluzione provocata proprio dalla costituzionalizzazione del principio, rileva a metà del secolo scorso: «... la proprietà (se già non è tuttavia) si avvia ad essere (strumento di realizzazione di una complessa e poliedrica) funzione sociale, e ... l'impulso a tale radicale trasformazione della sua struttura e della sua natura opera già nel cuore del nostro ordinamento giuridico e come forza giuridica in atto»²⁵. I compiti che l'ordinamento assegna all'ente proprietario di bene pubblico aperto all'uso pubblico implicano la sua "amministrazione" cioè le opere ed i servizi immanenti di manutenzione, di difesa della sua integrità, della sua apertura alla fruizione generale, sostanzialmente libera, paritaria e gratuita; si tratta, a ben vedere, di compiti che in particolari situazioni si presentano –oltre il dovere– come vere e proprie obbligazioni. Si pensi ai frontisti aventi diritto al mantenimento della quota stradale che consente agevole accesso alle loro proprietà private; o al caso delle insidie e trabocchetti, che sottende l'obbligo comunale dell'eliminazione di ogni insidia lungo le carreggiate o i marciapiedi di "proprietà" dell'ente territoriale, sotto pena di risarcimento del danno per equivalente patrimoniale se essa non sia stata controllata ed eliminata, o almeno evidenziata con modalità idonee; al gestore dell'autostrada in concessione che risponde dell'incidente automobilistico causato da inadeguata manutenzione del bene demaniale concesso in gestione per garantirne l'uso più ampio; dunque compiti di costruzione/apertura, manutenzione e regolazione dell'uso del bene destinato alla fruizione generale, di garanzia per la sicurezza degli utenti, traducibili quotidianamente in una serie di doveri pubblici cui non può che corrispondere un legittimo interesse dei fruitori del bene aperto all'uso comune.

La proprietà pubblica delle cose realizzate nell' (o aperte all') interesse degli utenti non presenta altro che la *facies* del dovere giuridico di prestazione posto a carico dell'ente ed in parte della comunità.

Come proprietà-dovere la proprietà dei beni aperti alla fruizione generale si connota, dunque, per le situazioni giuridiche della appartenenza pubblica *quoad usum* piuttosto che *quoad proprietatem*.

Riguardando il problema dal lato dell'utente, è da ritenere, infatti, che se c'è un proprietario (nel senso di *owner*) dei beni pubblici aperti alla fruizione generale (uso pubblico, uso paritario, gratuito, comune, collettivo) esso è il cittadino utente, per l'utilità del quale si muove la struttura amministrativa della manutenzione e -allo stesso titolo- della costruzione (musei, strade, ecc.) a carico (come dice il *Code Napoléon*) dello Stato e degli enti territoriali. Anzi, è la giustificazione della pubblicità del bene pubblico, del suo regime giuridico speciale rispetto al bene in privata proprietà a potersi cogliere appieno soltanto se si prescinde dall'aspetto statico del rapporto dominicale e piuttosto si guardi alla disciplina dinamica della fruizione degli usi previsti.

In realtà, dunque, può ritenersi che i beni demaniali aperti all'uso pubblico sono in appartenenza *quoad usum*, non *quoad proprietatem* al loro titolare pubblico formale.

Ricercando all'interno del rapporto giuridico di appartenenza si può soltanto rilevare che i beni pubblici aperti alla fruizione generale godono di una tutela giuridica massima e possono essere oggetto di circolazione soltanto in casi determinati dalla legge.

²⁵ Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, ristampa.

Tuttavia, la dottrina non si è arrestata a questa constatazione, sostanzialmente poco illuminante in quanto anche beni in privato dominio potrebbero essere investiti da un regime pubblicistico analogo a quello considerato poco sopra (immobili oggetto di dichiarazione di pubblica utilità in un procedimento ablatorio, poteri della riforma fondiaria, alloggi di edilizia economica e popolare realizzati dagli istituti competenti, soprattutto beni culturali in proprietà privata riconosciuti di interesse particolarmente importante, stazioni e treni non più demaniali a seguito di evoluzioni normative nel regime dei trasporti su ferro, proprietà temporanea della rete del gas naturale in capo all'appaltatore affidatario del servizio di distribuzione, con passaggio della stessa proprietà, attraverso il comune, al vincitore della nuova gara, ecc.).

L'analisi si è spinta infatti sino alla considerazione dell'incidenza della proprietà dei pubblici poteri sugli equilibri sociali e sull'assetto territoriale di una comunità in pieno processo di sviluppo industriale.

In questa prospettiva la dottrina ha agevolmente disancorato la sistematica dei beni di c.d. proprietà pubblica dalla tripartizione codicistica tra demanio, patrimonio indisponibile e patrimonio disponibile; anzi essa l'ha rifondata analizzando nel suo interno il rapporto tra utente e bene, dunque ponendo correttamente soltanto in secondo piano il profilo dominicale.

Sono emersi, allora, gli interessi generali espressi dalla comunità più indeterminata, realmente miranti ad un godimento dei beni aperti alla fruizione collettiva organizzato secondo schemi razionali: ciò con riferimento a grandi complessi immobiliari, come i litorali marini, le autostrade, le strade, i castelli, i palazzi d'epoca qualificati come beni immobili culturali di particolare interesse pubblico, di talune tra le fonti di energia e dell'ambiente e delle strutture realizzate per il trasporto dell'energia elettrica (tralicci, centrali di trasformazione e di distribuzione), del gas (tubazioni interrate), dell'eolico (aerogeneratori compatibili con il paesaggio e amovibili dopo il periodo (in generale trentennale) autorizzato); del fotovoltaico (pannelli solari accedenti al suolo, al tetto di abitazione o di strutture aziendali), ecc.

E nello stesso solco sono entrati nella materia interessi scientifici, anch'essi orientati verso la teoria dell'uso e del godimento dei beni pubblici, lo studio delle forme codificate e di quelle latenti di proprietà collettiva e verso la determinazione dei presupposti teorici dello studio dell'ambiente.

È opinione comune ormai che studio territoriale ambientale, ecologico e delle discipline consimili (protezione del suolo, ecc.), si identifichino sempre più chiaramente come ripartizioni a rilevanza esclusivamente "culturale" di un'unica tematica, quella, immensa, della disciplina giuridica dell'uso -di qualsiasi forma di uso- del territorio nazionale esteso al fondo del mare territoriale, alle navi, agli aeromobili in navigazione (non diverso è il caso del trasporto ferroviario internazionale) ed alle sedi di ambasciate italiane, che, sparse nel mondo, integrano il territorio nazionale.

E la c.d. proprietà pubblica più non costituisce soltanto un mezzo dell'attività amministrativa, ma un complesso di beni appartenenti agli enti pubblici territoriali, "i più grandi proprietari del nostro tempo", secondo Giannini, in quanto destinati direttamente o indirettamente all'uso della generalità: realtà materiali, dunque, sulle quali si riflettono interessi generali della comunità più ampia, fondamentali ed irrinunciabili e per questo motivo affidati alla mano pubblica come compito di costruzione, quando è necessario, e di amministrazione anche straordinaria, che è sempre necessario svolgere.

4. Le linee di ricerca che precedono possono indurre a ritenere che il godimento delle utilità offerte dalla *res* fino al basso evo medio costituente titolo di una sua appartenenza riservata ad una collettività individuata (vicinie, comunanze, contadini, comunisti, boscaioli o allevatori, o pescatori, ripagnoli, casalini, titolari di usi civici come il legnatico, il ghiandatico, l'erbatico, di *ius agendi, eundi*, di *iter, aquam ducendi*, di *aquae haustus*, e così via) si colleghi oggi all'emersione degli enti territoriali che si definiscono esponenziali delle rispettive comunità e che senza forzature si vedono attribuire l'appartenenza, cioè la titolarità formale dei beni aperti all'uso generale.

Si dispone su questi temi di un intervento legislativo molto opportuno, la l. 20 novembre 2017, n. 168 in materia di domini collettivi, che li riconosce come ordinamenti giuridici primari delle comunità originarie.

Anzi deve osservarsi che nell'evoluzione del rapporto giuridico di proprietà va annoverato il progressivo affermarsi del profilo fondamentale dell'utilizzazione in concreto del bene oggetto degli interessi riconosciuti meritevoli di tutela nello speciale rapporto, al fine stesso della qualificazione del diritto e della costruzione della fattispecie legale che lo concerne.

Ne deriva che la problematica della proprietà pubblica -impostata in termini nuovi nello Stato contemporaneo sfidato, ormai in tutta la sua struttura, dalla c.d. globalizzazione dell'economia ed evidentemente in successione storica rispetto all'elaborazione degli istituti originariamente tipici della proprietà comunitaria o collettiva pubblica- si incentra ancora oggi sui due termini principali, che vengono considerati assai spesso come antinomici, quello della titolarità e quello dell'utilizzazione.

Al proposito si è cercato in dottrina di avvicinare la teoria del bene in senso giuridico a quella del diritto soggettivo, del resto percorrendo la traccia segnata dal diritto positivo all'art. 810 cod. civ., sicché si è determinato uno di quei fenomeni di trasposizione pressoché meccanica di schemi concettuali e soprattutto di scelte metodologiche da uno ad un altro campo del diritto, con conseguenze non certo positive.

Così il concetto di interesse, che nell'analisi del diritto soggettivo ha costituito e rappresenta ancora un cardine essenziale per la comprensione del fenomeno, trasferito a qualificare il bene giuridico (l'oggetto della tutela giuridica sarebbero non i beni in sé ma gli interessi umani in quanto ad essi si riferiscono) potrebbe indurre a confondere la causa della tutela con il suo oggetto.

Ciò che si vuol mettere in rilievo con tali considerazioni è che la nozione di interesse, come d'altra parte quella di utilità conseguita dal soggetto nell'ambito del rapporto, e la stessa nozione di idoneità della cosa ad adempiere ad una data funzione economico-sociale o ad essere il punto di riferimento di rapporti giuridici, rilevano tutte in un ambito esterno alla qualificazione giuridica del bene e sono volta a volta richiamate per lumeggiarne la *ratio*, non per identificarne la qualificazione in sé.

5. Può dunque dirsi che le situazioni soggettive degli utenti dei beni in proprietà pubblica si affermano nel mondo del diritto a seconda che i loro contenuti, gli interessi, anzitutto, che li sostanziano, rientrino nella previsione originaria in base alla quale i beni furono legati alla loro destinazione pubblicistica.

È la destinazione a rendere ragione sufficiente, tanto dello speciale regime di tutela che circonda le singole categorie di cose, quanto delle garanzie che l'ordinamento appresta in

favore dei componenti della collettività per l'esercizio in concreto, mediante l'uso dei beni appositamente individuati, di alcuni diritti fondamentali²⁶.

La Corte costituzionale in alcune delle sue prime pronunce ha sottolineato la relazione sussistente tra libertà costituzionale di circolazione –art. 16 Cost.– ed uso delle strade pubbliche; talaltra ha affermato che la disciplina dei beni demaniali destinati ad uso pubblico generale (nella specie le acque interne) «rientra nell'ambito della previsione fatta dall'art. 41, 2° co., Cost.» e che dei beni destinati all'uso pubblico generale «i privati possono usufruire liberamente nei limiti che **solo la legge** può stabilire».

Si osservi, tuttavia, che già in sede di lavori preparatori al Codice civile del 1942 –come ho avuto modo di considerare²⁷– sia stato rilevato che il regime giuridico della demanialità non può dirsi adeguatamente determinato dal Codice civile, dove il demanio sarebbe incluso unicamente per i suoi riflessi «privatistici e negativi» e non «per tutto quanto possa riguardare la condizione giuridica della proprietà pubblica»²⁸.

L'A. accoglie l'opinione di Santi Romano²⁹ e conclude che la lacunosità della disciplina del codice sui beni demaniali è particolarmente avvertita proprio in tema di uso pubblico: «nulla si dice della utilizzazione dei beni stessi, degli usi generali e degli usi da parte di cittadini e della tutela degli usi sopra citati».

Sembra, dunque, che in materia di uso dei beni pubblici, dato lo stato della legislazione, della dottrina e della giurisprudenza, sia necessaria una ricerca delle premesse sistematiche di un complesso di principi, di norme codificate e di altri momenti espressivi dell'esperienza giuridica che confluiscono tuttora disorganicamente nell'alveo comune di una disciplina (caratterizzante la loro funzione) dai contorni incerti e dal contenuto spesso contraddittorio. Va tuttavia considerato che a lungo la teoria dominante ha identificato l'essenza della demanialità nella destinazione del bene all'uso pubblico.

Ma, nonostante la sua larga diffusione, soprattutto in giurisprudenza, la teoria non superò le osservazioni critiche di Santi Romano, favorevole all'adozione del diverso criterio della destinazione del bene ad una funzione amministrativa³⁰ che si poneva come ulteriore specificazione –senza contraddittorio punto– dell'originaria teoria formulata dal Romano stesso: la cosa pubblica-demaniale è quella che «forma immediatamente oggetto di pubblica amministrazione».

Ha precisato il Maestro che la sua teoria serve ad «evitare teorie aventi altri fini»: *res publica* equivale sono a *res publici juris*³¹.

²⁶ Cfr. su ciò S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962; M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963; W. WEBER, *Die öffentliche Sache*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlino, 1964, 145 ss.; e soprattutto FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Monaco-Berlino, 1996, tradotto da M. FROMONT, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, 1969, 561 ss., con l'estesissima bibliografia della dottrina tedesca in materia di beni pubblici e su tema specifico della loro utilizzazione citata alle p. 541-543 e 574-575 dell'edizione belga; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1967; G. PALMA, *Beni d'interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971; M. COSTANTINO, *Sfruttamento delle acque e tutela giuridica*, Napoli, 1975; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.

²⁷ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, cit., 4.

²⁸ R. RESTA, *Beni pubblici* (rielabor. e aggiorn. a cura di Jaricci), in *Commentario al codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1976, 107. Cfr., altresì, E. GUICCIARDI, *Il concetto di demanio pubblico secondo il nuovo codice civile*, in *Stato e diritto*, 1943, IV, 97, nonché in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, Milano, 1954, 503.

²⁹ SANTI ROMANO, *Atti della commissione delle assemblee legislative. Libro delle cose e dei diritti reali*, Roma, 1940, 46.

³⁰ Cfr. SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1932, 172.

³¹ Cfr. SANTI ROMANO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1901, 383-385.

Tutte le precedenti teorie sono a loro volta sottoposte al rigoroso vaglio critico del Guicciardi³², il quale definisce demaniale ogni «oggetto di proprietà pubblica, ogni bene immobile appartenente ad un ente pubblico territoriale e necessario ad una funzione esclusiva dell'ente stesso, che ad essa lo abbia destinato», influenzando, con l'introduzione del requisito specifico della esclusività nella funzione accanto a quello generico della necessità del bene, tutta la dottrina successiva.

Si deve al Del Prete³³ un contributo fondamentale per il mutamento di prospettiva nello studio della demanialità.

Assegnata a quest'ultima il ruolo di designare «l'aspetto esteriore» del demanio e di esprimere «soltanto una particolare disciplina giuridica, la quale può esser estesa anche ai beni per cui è peculiare questo modo di essere»³⁴ nella valutazione di opportunità sociale volta a volta compiuta dall'ordinamento, il Del Prete distingue il regime giuridico della demanialità, applicabile, per scelta politica, ad alcuni beni, dal bene demaniale in senso tecnico-giuridico, caratterizzato da due elementi: la sua insostituibilità, che è verificabile sul piano obiettivo, per l'assolvimento delle funzioni fondamentali dello Stato e l'inserimento del bene in un «sistema complesso» in cui ogni bene demaniale è posto rispetto ad altro bene della stessa specie.

Tradotta in termini oggi più consueti alla dottrina italiana, la prospettazione del Maestro significa che l'area della pubblicità del bene è più estesa di quella del demanio in senso stretto; e significa, altresì, che il regime giuridico dei beni pubblici non può esaurirsi in una regolamentazione concernente l'appartenenza all'ente titolare, poiché, qualora mancasse il «sistema complesso» e continuo, e l'organizzazione funzionale in cui il bene deve restare inserito perché ne sia garantita la fruibilità in concreto, sarebbe negata la stessa *ratio* della pubblicità-demanialità.

Resta perciò da ricercare sulle nozioni di uso pubblico generale, di uso pubblico particolare, autorizzato e concesso e di uso diretto, aggiornando i titoli delle singole fattispecie da ricostruire e perfezionare in una corretta interpretazione del diritto vivente quanto al rapporto oggi evidente tra compiti e funzioni dello Stato e degli enti territoriali cui appartiene il sistema demaniale ed i diritti sempre più emergenti, anche per la loro valorizzazione da parte delle norme sulla tutela dell'ambiente, dei cittadini e dei semplici utenti dei beni aperti all'uso pubblico.

Ma valenti studiosi hanno dedicato gran parte delle loro ricerche su questi temi: cito soltanto, per tutti, Vincenzo Cerulli Irelli, che studia –quasi in solitario– anche le tematiche della proprietà dei beni collettivi di cui alla l. 168/2017; Mauro Renna, che –tra l'altro– ha vissuto l'esperienza della Commissione governativa Rodotà sui beni comuni, *figura juris* che ormai da tempo è oggetto di studi, senza però ottenere ancora riconoscimento da parte del legislatore che, in realtà, mentre potrebbe agevolmente riordinare tutta la materia nel rispetto di nuovi valori ed interessi protetti emersi nel tempo, non è pronto (per buona ventura) a riformulare la disciplina di base degli attuali beni definiti pubblici perché «del popolo» (*publicus-populicus*); e Francesco Manganaro, che ridisegna con cura la materia, esprimendo sintesi di pregio.

³² E. GUICCIARDI, Il demanio, Padova, 1934, spec. 1-75; ID., *Il concetto di demanio pubblico secondo il nuovo codice civile*, in *Stato e diritto*, IV, 1943.

³³ Cfr. P. DEL PRETE, *Natura giuridica dei cimiteri e diritti del concessionario di posti*, in *Giur. it.*, 1939, III, 1 ss.; ID., *Lezioni di diritto amministrativo. Anno acad. 1943-44. Teoria della proprietà pubblica*, Bari, 1944, ciclostil., spec. 62; ID., *Il regime giuridico dell'autostrada*, in *Studi in onore di Giannini A.D.*, Milano, 1961, 451 ss.

³⁴ Cfr. P. DEL PRETE, *Lezioni di diritto amministrativo*, cit., 73.

* * *

Temi di grande interesse concernenti aspetti rilevanti del regime della demanialità sono quelli che vengono trattati oggi da Colleghi veri e propri specialisti della materia, considerata in quattro diverse realtà sociali che si realizzano intorno al concetto di bene pubblico: *La risorsa mare nel demanio marittimo* (Marco Calabrò); *I beni culturali* (Nicola Aicardi); *Le reti e le infrastrutture strategiche* (Lorenzo Saltari); *Confisca di prevenzione e destinazione dei beni* (Stefano Villamena).