



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FOGGIA

Dipartimento delle Scienze Giuridiche Privatistiche

Dottorato in Dottrine Generali del Diritto

XXVI CICLO

TESI DI DOTTORATO

RIPENSARE LA PROPRIETÀ A PARTIRE DALL'ACCESSO

RELATORE

CANDIDATA

Prof. Francesco Astone

Dott.ssa Alessandra Quarta

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

“Dà vita a buoni esempi: non avrai bisogno di scrivere buone regole”.

Pitagora

*Alle Corsare e ai Corsari torinesi, che mi hanno insegnato
il valore profondo dell'essere parte di una comunità politica.*

INDICE

INTRODUZIONE.....	1
CAPITOLO I - RIPENSARE LA PROPRIETÀ	
SEZIONE I – IL PARADIGMA MODERNO DELLA PROPRIETÀ	
1.1 Il paradigma della proprietà in una prospettiva storica.....	11
1.2 La tradizione codicistica.....	14
1.3 La proprietà nella Costituzione italiana, la funzione sociale e gli anni più recenti.....	19
1.4 La dimensione europea.....	23
SEZIONE II - ITINERARI PER UNA DESTRUTTURAZIONE DEL PARADIGMA MODERNO	
1.5 Proprietà privata e libertà.....	39
1.6 Proprietà privata e controllo economico.....	45
1.7 Proprietà privata e beni.....	49
1.8 I beni comuni, l'opposto della proprietà.....	56
a) La prima fase: i lavori della Commissione Rodotà.....	59
b) La seconda fase: dal referendum Acqua Bene Comune alla nuova tassonomia dei beni comuni.....	63
c) Beni comuni e proprietà.....	66

CAPITOLO II – LA PROPRIETÀ CONFINATA NEL DIRITTO DI ESCLUSIONE: IL CASO DELLA DERELICTIO DELLA PROPRIETÀ IMMOBILIARE

2.1 Il diritto di non uso.....	68
2.2 Quando il non uso diventa abbandono: una tassonomia comparata della <i>derelictio</i> di beni mobili e immobili.....	73
2.3 Il fenomeno delle occupazioni abusive tra tutela penale e tutela civile della proprietà.....	89
2.4 Abbandono e responsabilità proprietaria.....	107
2.5 Conclusioni	115

CAPITOLO III – L’ACCESSO: UN CONTRIBUTO ALLA DISCUSSIONE

SEZIONE I – QUESTIONI GENERALI

3.1 Accesso e proprietà.....	118
3.2 Proprietà privata: accesso all’abitazione e attribuzione della rendita fondiaria.....	121
3.3 Proprietà pubblica: l’accesso all’acqua.....	125
3.4 Proprietà collettiva: l’accesso alla comunità.....	130

SEZIONE I – L’ACCESSO NEL DIRITTO POSITIVO

3.5.1 Proprietà e accesso nella Costituzione.....	136
3.5.2 L’accesso al fondo nel codice civile e nelle leggi speciali.....	139
3.5.3 Il diritto di accesso alla natura in Inghilterra e in Svezia.....	142
3.5.4 L’accesso ai pubblici locali.....	146
3.5.5 L’accesso al mare.....	147

3.5.6 I diritti di uso pubblico.....	150
CONCLUSIONI.....	158
BIBLIOGRAFIA.....	163

INTRODUZIONE

Cosa vuol dire “ripensare la proprietà a partire dall’accesso”? Per rispondere a questa domanda occorre, preliminarmente, analizzarne le due parole chiave (*proprietà e accesso*), per capire poi quale relazione le colleghi e in quale prospettiva essa vada studiata.

L’istituto della proprietà consente di individuare i beni di cui il proprietario può godere e disporre in modo pieno e assoluto, ricevendo quindi tutela dalle interferenze d’altri; benché l’esistenza di limiti al diritto di proprietà sia oggi indiscutibile, allo stesso modo è difficile negare – sia partendo da un punto di vista giuridico sia esprimendo una sensibilità d’altro tipo - che uno dei tratti essenziali della proprietà sia il diritto di escludere, che appare quindi la condizione necessaria e sufficiente perché la proprietà esista.

A sostegno di questa affermazione possono essere individuati almeno due argomenti differenti. La prima, di natura logica: le altre prerogative tipicamente riconducibili al diritto di proprietà (il diritto di godere e quello di disporre) possono essere aggiunte al nucleo fondamentale individuato a partire dall’esclusione, senza che sia necessario attribuire al proprietario un nuovo potere. Così, dal riconoscimento dello *ius excludendi* deriva il diritto di usare il bene, di migliorarlo, di trasferirlo *inter vivos* o *mortis causa*, benché queste prerogative mantengano comunque una propria autonomia dall’esclusione, potendo essere limitate¹. Secondo i sostenitori di tale argomento, l’ipotesi contraria non sarebbe ammissibile, per cui non si potrebbe ricavare dall’attribuzione di un diritto d’uso, il relativo *ius excludendi*, come del resto dimostra la struttura dei diritti reali

¹ T.S. MERRIL, Property and the right to exclude, in *Nebraska Law Review*, 77, 1998, pp. 741 – 745.

o dei contratti di godimento, in cui la concessione dell'uso di una determinata risorsa non implica in modo diretto e necessitato l'esistenza di un diritto di esclusione pieno e assoluto².

La seconda argomentazione ha invece natura storica: la prima prerogativa ad emergere nei sistemi proprietari primitivi è stata l'esclusione³, essendo legata all'occupazione come modo per ottenere il controllo fisico di un bene e, in forza di questo, l'acquisto della sua proprietà⁴. Tuttavia, tale conclusione – che sintetizza il passaggio senza soluzione di continuità da una dimensione comunitaria del mondo primitivo a una segnata dalla proprietà individuale – sconta una certa approssimazione, perché non colloca l'individuo all'interno del gruppo. In questo dibattito, la civilistica italiana deve molto all'opera di Paolo Grossi che, pubblicando nel 1977 *Un altro modo di possedere*, ha inaugurato un filone di ricerca storica e comparata sulle origini e le forme della proprietà, riportando alla luce la dimensione collettiva e comunitaria dell'istituto e dimostrando come la proprietà individuale non sia una dimensione naturale, ma soltanto il frutto di un percorso storico⁵. Sono così riemersi negli studi giuridici proprietari la “*Marke* tedesca, il *Mir* russo, la *Dessa* gianavese, il *Township* britannico, la *Allmend* germanico – elvetica e scandinava, la *Zadruga* degli slavi meridionali”⁶ e le forme di proprietà collettiva dell'esperienza italiana, come le Magnifiche Regole alpine, gli Usi civici, le Università agrarie.

Ciononostante, il paradigma moderno della proprietà ha messo al centro la prerogativa dell'esclusione, subendo le influenze dell'evoluzione del pensiero politico ed economico,

² Ivi, p. 744.

³ Ivi, p. 745.

⁴ Del resto, come ben spiega P. Grossi, il principio dell'occupazione ha guidato il “flusso civilizzatore” “dalla non-proprietà alla proprietà individuale”. Cfr. P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, Milano, 1977, p. 59.

⁵ Accanto al lavoro di P. Grossi, vi sono altri insegnamenti che – in materia di ripensamento della proprietà – sono stati fondamentali; tra questi, pare doveroso ricordare le lezioni su I beni pubblici tenute da Massimo Severo Giannini tra il 1962 e il 1963 il volume di Vincenzo Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi* del 1983.

⁶ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere*, p. 103.

che, nelle forme del liberalismo, ha riconosciuto un valore autonomo all'individuo (apprezzato nella sua dimensione di *Robinson Crusoe*), segnando le differenze tra pubblico e privato. Così, se è vero che la storia del pensiero giuridico non ci consegna un modello di proprietà solitaria, quest'ultima ha finito per determinare complessivamente il paradigma moderno della proprietà, il quale soltanto negli anni a noi più vicini è stato oggetto di un ripensamento, ispirato dall'idea che esso non possa rappresentare l'unico approdo necessario per tutti gli interessi a cui, comunque, si intende offrire una tutela qualificata⁷.

Tale ripensamento è stato il prodotto di un fenomeno complesso, che ha riportato al centro della riflessione giuridica i legami sociali, le esigenze e i bisogni della persona, grazie ad alcune dinamiche sociali e politiche particolarmente significative, che hanno evidenziato l'esistenza di un retroterra non proprietario a cui il mondo istituzionale non poteva più restare indifferente⁸. In altre parole, la necessità di ripensare il paradigma della proprietà si è manifestata contemporaneamente all'emersione del concetto di beni comuni e all'elaborazione delle sue implicazioni sociali e giuridiche, attraverso un proficuo confronto tra alcuni protagonisti della cultura accademica e quanti sono impegnati nelle più diverse vertenze territoriali, a difesa dell'ambiente e della cultura, del diritto alla casa e, in genere, dei diritti sociali⁹.

Questo percorso è stato inaugurato nel 2011, in occasione della campagna referendaria "Acqua bene comune", in cui il lavoro sui territori compiuto dai comitati locali e il

⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma - Bari, 2013, p. 106.

⁸ *IVI*, p. 107. L'Autore richiama in nota 8, P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona in Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5 -6, 1976-77, p. 872

⁹ La civilistica ha certamente tratto una boccata d'aria da questa interazione: era il 1975 quando Antonio Gambaro affrontava nel volume *Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà* le relazioni tra proprietà privata e uso delle aree urbane, tra appropriazione privata del valore prodotto dal suolo e pianificazione pubblica. Da allora, il diritto civile ha abdicato ad ogni riflessione in materia di regolamento della città e di politica degli alloggi in favore del diritto pubblico, ed in particolare dell'urbanistica, condividendo in questo declino le stesse sorti del dibattito attorno alla redistribuzione delle risorse, spazzato via dopo gli anni settanta dai processi di privatizzazione.

coordinamento posto in essere dal Forum Nazionale dei Movimenti per l'Acqua, da una parte, e l'impegno dei giuristi estensori dei quesiti referendari, dall'altra, hanno insieme determinato il risultato inaspettato della consultazione popolare¹⁰, il quale è stato poi consolidato attraverso lo storico *revirement* della Corte Costituzionale. Questa, nel luglio del 2012, ha riconosciuto l'esistenza di un vincolo referendario che il legislatore non può sovvertire attraverso la reintroduzione della normativa abrogata mediante la consultazione popolare¹¹. Da allora il concetto di beni comuni ha conosciuto un'ampia diffusione¹² e, allo stesso tempo, la gestione dei servizi pubblici locali è tornata ad essere oggetto di discussione e confronto, scalfendo il pensiero unico del modello privatistico¹³. I beni comuni hanno quindi consentito di "mutare lo sguardo sulla proprietà", non accettando l'appiattimento dell'istituto, imposto dalla teoria liberale, sul diritto di esclusione, al fine di recuperarne una dimensione inclusiva¹⁴.

¹⁰ Il referendum abrogativo che si è svolto il 12 e 13 giugno 2011 constava di quattro quesiti: uno relativo alla disciplina del legittimo impedimento, due concernenti la gestione del servizio idrico e uno volto ad abrogare la normativa che introduceva la possibilità di produrre energia elettrica nucleare. Per quanto riguarda i quesiti relativi al servizio idrico, invece, il primo proponeva l'abrogazione dell'art. 23 bis del cd. Decreto Ronchi, il quale obbligava gli enti locali a mettere sul mercato a scadenza fissa le gestioni del servizio idrico, con lo scopo quindi di privatizzarle; il secondo si proponeva di espungere dalle voci che compongono la tariffa idrica, la remunerazione del capitale investito, la quale consentiva al gestore di ricavare profitto. Per un approfondimento, cfr. *infra*

¹¹ Con la sentenza 17 luglio 2012, n. 199, la Corte Costituzionale ha infatti stabilito che dall'art. 75 Cost. è possibile desumere il divieto di ripristino della normativa abrogata in via referendaria, ricavando l'esistenza in capo al legislatore di un vincolo referendario derivante dall'abrogazione referendaria che "si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall'art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto".

¹² Cfr. *infra*

¹³ La trasformazione dell'Azienda Risorse Idriche Napoli S.p.A. nell'azienda speciale Acqua Bene Comune Napoli è il primo esempio del processo di ripubblicizzazione del servizio idrico integrato, in linea con lo spirito dell'esito referendario; altre città, tra cui Reggio Emilia, stanno affrontando il percorso, collocandosi sul solco dell'esperienza parigina che sul tema fa da capofila.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op. cit., p. 109. L'Autore cita un passaggio di C. B Macpherson, tratto da *Property. Mainstream and Critical Positions*, Oxford, 1978, p. 201: "la proprietà [...] non ha bisogno d'essere confinata, come ha fatto la teoria liberale, nel diritto di escludere gli altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni, ma può egualmente consistere in un diritto individuale a non essere escluso a opera di altri dall'uso o dal godimento di alcuni beni".

Ecco quindi che emerge il concetto chiave dell'accesso. I beni comuni obbligano ad interrogarsi su questa nozione, che evidentemente si colloca sul versante opposto dello *ius excludendi alios*, ridimensionandone la portata. Questa prerogativa, infatti, è semplicemente un mezzo per tutelare l'interesse all'uso di un certo bene, non il fine dell'uso stesso, né tanto meno coincide con i meccanismi di tutela *ex ante* o *ex post* che l'ordinamento descrive a tutela dei confini proprietari. La concezione liberale ed individualista della proprietà privata ha eretto l'esclusione a valore assoluto, ignorando che gli obiettivi legati all'uso di un determinato bene possono essere diversi, dipendendo anche da un'analisi dei costi, la quale, in alcuni casi, può rivelare più conveniente la condivisione delle risorse, in altri, la proprietà esclusiva¹⁵.

La rilevanza dello *ius excludendi* nella teoria della proprietà è oggetto, negli ultimi decenni, di un dibattito piuttosto vivace nei sistemi angloamericani. Questi, come noto, abbandonata la visione *blackstoniana* dell'istituto come dominio pieno ed assoluto, ricorrono all'immagine del *bundle of sticks* per descrivere il diritto di proprietà: secondo l'elaborazione di Hohfeld¹⁶, si tratta di un fascio malleabile, nella misura in cui i privati, le corti ed il legislatore possono aggiungere o rimuovere prerogative proprietarie¹⁷. Questo paradigma riflette chiaramente il contesto economico e sociale in cui viene a svilupparsi. Siamo infatti nel primo '900, nella piena esplosione del capitalismo statunitense e la diffusione della ricchezza dematerializzata, un periodo quindi che ha bisogno di istituti flessibili, come appunto diventa la proprietà intesa come fascio di prerogative. Hohfeld

¹⁵ Inoltre, vale la pena ricordare che le regole proprietarie non sono contenute soltanto nel codice civile o nelle leggi speciali, esistendo numerose prescrizioni che sono proprie di dinamiche comunitarie, familiari, di vicinato: queste, piuttosto che essere improntate a relazioni gerarchiche e competitive, si basano spesso sulla condivisione e hanno una struttura cooperativa, anche in forza della natura del bene su cui insistono.

¹⁶ W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conception as applied in judicial reasoning*, 26 *Yale L.J.*, 1917, p. 710 ss.

¹⁷ Per una accurata ricostruzione del dibattito, cfr. A. DI ROBILANT, *Property: a bundle of sticks or a tree?* In *Vanderbilt Law Review*, 66, 2013, p. 869 ss.

immaginava che ve ne fossero fondamentalmente quattro (esclusione, uso, alienazione, immunità), ma a riguardo non vi era uniformità interpretativa¹⁸.

L'immagine del *bundle of sticks* racchiude importanti intuizioni: 1) la proprietà deve essere intesa come un aggregato di diritti e non come una istituzione monolitica; 2) essa si caratterizza per un complesso di relazioni tra individui concernenti una determinata risorsa; 3) le prerogative proprietarie sono tali non in forza di una legge di natura, ma di un dispositivo normativo statale; 4) il fascio è duttile, le prerogative possono essere combinate tra loro in vari modi per raggiungere scopi diversi¹⁹. In particolare, l'enfasi sulla dimensione relazionale della proprietà – che si traduce nell'immaginare che proprietario e non proprietario siano legati da corrispondenti diritti e doveri – ha tuttavia il limite di ritenere che tutte le prerogative siano funzionali a tutelare l'uso e il godimento dell'oggetto del diritto²⁰. In altre parole, se il paradigma tipico del sistema di *civil law* considera essenziale lo *ius excludendi*, nel modello di *common law* tale si rivela l'uso della risorsa.

La particolare attenzione riservata negli ultimi anni al diritto di esclusione è, tuttavia, legata ad un orientamento dottrinale che mette in discussione la teoria del fascio di diritti, a favore di una ripresa del tema del dominio pieno ed assoluto o dell'elaborazione di nuove teorie.

In particolare, J. E. Penner ha sottolineato la natura piuttosto oscura del modello del fascio, il quale lascia a margine ogni riflessione circa le relazioni tra diritto di proprietà e beni su cui esso insiste, le quali in ogni caso possono essere riassunte al meglio attraverso il concetto di uso e di esclusione, intimamente legati dal fatto che la maggior parte dei beni

¹⁸ Cfr. A. M. HONORÉ, *Ownership* in A. G. Guest (editor), *Oxford Essays on Jurisprudence*, Oxford, 1961, p. 107 ss.

¹⁹ A. DI ROBILANT, *Property: a bundle of sticks or a tree?*, op. cit., p. 878.

²⁰ *IVI*, p. 883.

non tollera usi non rivali²¹. Per questo, sotto la bandiera dell'uso esclusivo è possibile riunificare l'istituto della proprietà, rendendolo unico e coerente nella forma di diritto ad un uso esclusivo. In questa stessa direzione, si muove H. Smith, secondo cui la teoria del fascio di prerogative non mette a sistema lo schema proprietario, ma si limita a delinearlo, offrendo una descrizione aprioristica di poteri proprietari che compongono in modo compatto il diritto di proprietà su un determinato bene – sia esso pubblico o privato – senza subire in alcun modo le influenze derivanti dalle caratteristiche delle cose stesse²², ricomprendendo tra queste sia le *res corporales* che le *res incorporales*, se queste ultime sono oggettivabili e distanziate dalla condotta del proprietario²³. Di conseguenza, il fulcro del paradigma si trova nell'individuazione delle utilità prodotte dai beni, per ricollegare ad esse la titolarità e l'esercizio dei poteri proprietari, fermo restando però che l'individuazione delle utilità è operazione politica e, in quanto tale, non è neutrale. Secondo Smith, molto più utile si rivela una teoria modulare della proprietà, in cui le prerogative e i poteri del proprietario si combinano ed interagiscono tra di loro in modo diverso a seconda della cosa oggetto di appartenenza: in questa visione, ammettendo l'esistenza di un contenuto essenziale della proprietà, i poteri del proprietario possono anche non presentarsi tutti in ciascun caso di appartenenza, essendo essi stessi relativi alla

²¹ G. ALEXANDER, H. DAGAN, *Properties of Property*, Aspen, 2012 (cfr. il capitolo *Property, State and Community*).

²² H. E. SMITH, *Property as the law of things in Harvard law review*, 125, 2011, p. 1961 ss.

²³ Tale necessità scientifica, è ben espressa da A. GAMBARO “[...] il centro del discorso proprietario rimangono le cose con le loro peculiarità ontologiche, con l'insieme delle informazioni che le riguardano, informazioni che certamente interessano gli uomini, ma che essenzialmente riguardano le cose. In effetti è stata una stranezza connessa ai percorsi caotici della storia delle idee quella per cui le metodologie che si denomina realiste abbiano finito con l'escludere dalla loro attenzione la vita delle cose, ossia con le datità che rappresentano nodi di relazione con la vita degli altri, anelli di continuità tra le generazioni, ponti che collegano storie individuali e collettive, raccordi tra civiltà umane e natura; per focalizzarsi solo sui soggetti dei diritti, così contraddicendo al postulato fondamentale di ogni visione del mondo che voglia definirsi realistica.” Relazione presentata da A. Gambaro nel corso della XXV Conferenza internazionale dell'Osservatorio “Giordano Dell'Amore” sui rapporti tra diritto ed economia, svoltasi a Milano l'8 e 9 novembre 2012, dal titolo “Fra individuo e collettività. La proprietà nel secolo XXI”.

cosa e non da considerarsi in senso assoluto²⁴. Tuttavia, secondo l'autore, poiché i costi delle strategie di *governance* non sono pari a zero, il modulo che deve considerarsi centrale nell'architettura proprietaria è rappresentato dall'esclusione²⁵, il quale però non deve essere inteso come il fine dell'istituto, ma un suo mezzo, funzionale a garantire al proprietario il pieno controllo e l'uso del bene.

La teoria modulare proposta da Smith, racchiusa nell'immagine del blocco di costruzioni Lego, è particolarmente interessante nel suo impianto teorico, ma nella sua conclusione – la centralità del modulo dell'esclusione – non presenta alcun profilo innovativo: lo *ius excludendi*, infatti, non è messo in discussione neppure quando il proprietario non faccia uso del bene, né si prova a considerarlo in funzione dei beni su cui esso insiste.

Se gli argomenti che fondano una critica allo *ius excludendi* risultano chiari, la *pars costruens* di un paradigma della proprietà fondato sull'accesso è ancora in fase di elaborazione. Si tratta infatti di intervenire sull'istituto dominicale, privandolo di una componente che, come si è visto, è comunemente ritenuta fondamentale; questa operazione – che resta comunque delicata – deve essere affrontata considerate le caratteristiche dei beni e stabilito un quadro di regolazione. Ricorrendo ad un'immagine, si può pensare al diritto di proprietà come a una costruzione composta da diversi blocchi, dalla quale il blocco dello *ius excludendi* può essere estratto, ma senza che la costruzioni crolli: bisogna dunque comprendere qual è il quadro di compatibilità in cui questo ripensamento possa avvenire, consegnando così al non proprietario il diritto di accesso a determinate risorse.

²⁴ H. E. SMITH, *Property as the law of things*, p. 1695 ss.

²⁵ Secondo T. Merrill e H. Smith, "the core of property is the simple right of an owner to exclude the world from the resource".

In questo lavoro, “il gran tema dell’opposizione esclusione/inclusione”²⁶ sarà affrontato con l’obiettivo di abbozzare una tassonomia del diritto di accesso, tracciando un itinerario in cui siano altresì valorizzati gli istituti esistenti nel nostro diritto positivo. Per raggiungere tale obiettivo, gli argomenti che sono stati sollevati in questa introduzione saranno trattati in maniera approfondita.

Così, nel Capitolo I sarà descritto, anche nella sua evoluzione, il paradigma moderno della proprietà, recuperando l’istituto come categoria ordinante. Questa operazione avverrà in due fasi: nella prima, si descriverà il paradigma moderno della proprietà mediante una ricostruzione storica e critica delle fonti, nazionali e sovranazionali (Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e diritto dell’Unione Europea), mentre nella seconda si procederà al recupero della proprietà quale categoria ordinante attraverso l’emancipazione dell’istituto da alcuni tradizionali accostamenti concettuali (proprietà – libertà; proprietà – controllo economico), da una parte, e, dall’altra, inquadrando il complesso rapporto tra proprietà e beni e introducendo la categoria dei beni comuni, dalla quale come si è detto derivano gli spunti per articolare un discorso sul diritto di accesso.

Nel Capitolo II le conseguenze dell’appiattimento dell’istituto proprietario sul diritto di esclusione saranno analizzate attraverso lo studio della *derelictio* in materia di beni immobili e delle sue conseguenze anche in termini di politica del diritto. Tale argomento consentirà una riflessione più ampia a proposito della relazione tra tutela civile e tutela penale della proprietà, per sottolineare il ruolo fondamentale che l’elaborazione civilistica deve ricoprire anche per determinare al meglio l’ambito di applicazione delle fattispecie punitive, all’insegna della teoria del diritto penale minimo.

²⁶ S. RODOTÀ, Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e i beni comuni, Bologna, III ed., 2013., p. 450.

Nel Capitolo III invece il diritto di accesso sarà problematizzato in rapporto alla proprietà privata, alla proprietà pubblica e a quella collettiva, per poi descrivere le ipotesi in cui nel nostro ordinamento il diritto di accesso è riconosciuto, in modo diretto o indiretto.

Nelle Conclusioni, infine, si proverà a segnalare i tratti fondamentali del diritto di accesso e ad indicare le questioni che il suo riconoscimento comporta.

CAPITOLO I

RIPENSARE LA PROPRIETÀ

SEZIONE I

IL PARADIGMA MODERNO DELLA PROPRIETÀ

1.1 Il paradigma della proprietà in una prospettiva storica – 1.2 La tradizione codicistica - 1.3 La proprietà nella Costituzione italiana, la funzione sociale e gli anni più recenti - 1.4 La proprietà nella dimensione europea

1.1 Il paradigma della proprietà in una prospettiva storica

La nozione moderna di proprietà intesa come diritto individuale, pieno ed assoluto rappresenta un paradigma dotato di una discreta forza persuasiva. Soltanto un'indagine volta a collocare l'istituto in una prospettiva storica e geografica – al fine di afferrarne la variabilità²⁷ - consente di evidenziarne le sfumature per individuare le breccie attraverso le quali costruire un nuovo modello che sia capace di raccogliere ed affrontare i più recenti mutamenti economici e sociali. Nell'intraprendere questo percorso, si deve necessariamente sottolineare che la proprietà è *mentalità profonda*: le forme giuridiche che

²⁷ U. MATTEI, La proprietà in R. SACCO (a cura di), Trattato di diritto civile, Torino, 2001, p. 1 ss.

la regolano sono il prodotto di un dialogo complesso e devono aderire al costume, alle credenze religiose, alle certezze di una società²⁸.

Il paradigma moderno della proprietà è il prodotto dell'archetipo napoleonico pandettistico, ma la forma giuridica può essere inquadrata al meglio soltanto se la si considera un prodotto antropologico e politologico.

Infatti, dopo la Rivoluzione francese, nella proprietà sono stati sintetizzati gli elementi della dissoluzione delle strutture feudali (e con essa il rifiuto della proprietà divisa, con la scissione tra dominio eminente – a vantaggio del Signore – e dominio utile, lasciato al vassallo) con quelli adatti a consentire l'ascesa della classe borghese. Ciò emerge dagli artt. 2 e 17 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789²⁹, dal momento che la proprietà individuale è connotata di sacralità e di inviolabilità, segnando i confini di uno spazio interamente rimesso al dominio del proprietario e slegato da interferenze esterne. In questo senso, essa è un corollario della libertà individuale e costituisce una barriera contro il potere illimitato dello Stato assoluto³⁰. Il diritto di proprietà è stato quindi recepito in termini giusnaturalistici³¹, secondo una tendenza che sembra permeare il costituzionalismo di fine settecento; del resto, anche nel V

²⁸ P. GROSSI, La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico, in Quaderni fiorentini, XVII, 1988, p. 381.

²⁹ L'art. 2 della Dichiarazione prevede che “[l]e but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression” e, secondo l'art. 17, “La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité”.

³⁰ U. MATTEI, La proprietà, op. cit., p. 18.

³¹ Nel pensiero giusnaturalista, la proprietà rappresenta la garanzia dell'ordine sociale e della pace tra gli uomini che, altrimenti, sarebbero in lotta per l'appropriazione delle risorse: la moderna teoria della proprietà secondo U. Grozio ha un fondamento volontaristico e convenzionale e non basi divine. Alle stesse conclusioni arriva S. Pufendorf “Concludiamo, dunque, che la proprietà delle cose è derivata immediatamente da una convenzione tacita o espressa degli uomini. Per quanto, una volta posta l'iniziale concessione divina, l'uomo fosse libero di occupare tutti i beni di questo mondo, tuttavia ci fu bisogno di una convenzione perché l'occupazione o la prese di possesso di una cosa escludessero ogni diritto degli altri sulla cosa stessa. Il fatto che sia stata la retta ragione a consigliare l'introduzione della proprietà non toglie che essa derivi originariamente da una convenzione”. Cfr. A. MOSCARINI, Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni, Milano, 2006, p. 30, nota 6.

emendamento della Costituzione federale degli Stati Uniti, approvato il 25 settembre 1789, si coglie questa dimensione, dal momento che il diritto di proprietà è affiancato al diritto alla vita e alla libertà³².

C'è sullo sfondo una visione antropocentrica, in cui la proprietà delle cose è la manifestazione esterna di quella proprietà "intrasubiettiva" che ogni individuo ha di se stesso, comprensiva della naturale vocazione a conservarsi e irrobustirsi: "un mio che diventa inseparabile dal me e che inevitabilmente si assolutizza"³³. Per questo, l'istituto è semplificato: si rinuncia alla complessità tipica delle cose e della realtà fenomenica, per rifugiarsi nell'unicità del soggetto, cercando in quest'ultimo la sua prima identificazione³⁴.

Concretamente, ciò ha significato il superamento della pluralità delle forme proprietarie tipiche dell'età feudale³⁵ attraverso l'introduzione di una forma unica di proprietà, seguendo una parabola comune anche ad altri ordinamenti: in Gran Bretagna, infatti, la semplificazione delle situazioni di appartenenza ha coinciso con i processi di *enclosure* delle terre comuni³⁶, mentre in Italia gli usi civici sono stati emarginati ad esperienze premoderne³⁷.

³² Recita la norma "No person shall be deprived of life, liberty or property without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation".

³³ P. GROSSI, La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico, op. cit., p. 367.

³⁴ Ivi, pp. 409 – 410.

³⁵ Sono infatti abolite le appropriazioni signorili e collettive e previsti limiti contro ogni eventuale e spontanea ricostituzione, cfr. C. SALVI, Il contenuto della proprietà in P. SCHLESINGER (diretto da), Il codice civile - Commentario, Milano, 1994, p. 32. Ciò ha altresì consolidato la tradizione del numero chiuso dei diritti reali, proprio al fine di evitare che sullo stesso bene potessero insistere pesi e limiti derivanti, appunto, dalla coesistenza di più situazioni reali.

³⁶ F. VALGUARNERA, Accesso alla natura tra ideologia e diritto, Torino, 2010, p. 97.

³⁷ Negli Stati Uniti fino a metà del XIX secolo, lo *ius excludendi* aveva limiti diversamente declinati negli Stati della federazione, in forza delle esigenze economiche a cui rispondere; tra questa, particolare rilevanza era rivestita dal pascolo libero per le mandrie, perché da una chiusura dei fondi sarebbe derivato uno spreco di risorse. Questa complessa rete di appartenenza, rappresentata da un'autonoma tradizione consuetudinaria americana, è stata poi superata dall'idea che la proprietà privata fosse necessaria per addivenire ad uno sfruttamento efficiente delle risorse, così negli anni settanta e ottanta del XX secolo, lo *ius excludendi* divenne esso stesso il cuore autentico dell'istituto dominicale, come dimostrano anche alcune sentenze della corte di Giustizia USA (F. VALGUARNERA, op. cit., p. 95; cfr. Kaiser Aetna vs Usa, 1979, in cui si parla di *right to exclude* in termini di "[...] *fundamental element of the property*", "*one of the most essential sticks in the bundle of rights that are commonly characterized as property*").

1.2 La tradizione codicistica

Di questa complessa cultura, il Code Napoléon è stato “sintesi e sanzione”³⁸; la definizione della proprietà, contenuta nell’art. 544, ha cristallizzato la reazione al sistema feudale e si è posta in continuità con lo schema individualistico³⁹, disegnando un istituto astratto, in cui il contenuto del diritto in alcun modo si ripercuote sul rapporto tra individuo e cosa⁴⁰.

Non va però dimenticato che la formulazione della norma ha certamente mantenuto un contatto con la cultura dell’*ancien régime*, dal momento che in essa vi è la traccia di un tentativo – solo abbozzato – di fornire un elenco di poteri determinati del proprietario (*ius utendi* e *ius disponendi*), secondo quella stessa visione che nella proprietà medievale aveva legittimato la divisione del dominio; allo stesso tempo, il libro II è intitolato “dei beni e delle differenti modificazioni della proprietà”, intendendo quindi i diritti reali come capaci di incidere e modificare il diritto di proprietà⁴¹.

Di conseguenza, gli elementi distinti dall’assolutezza, come ad esempio la possibilità per il legislatore di proibire al proprietario determinate forme di godimento, meritano di essere valorizzati; ciononostante, la norma si è prestata ad una lettura prevalentemente svolta in chiave individualistica. Infatti, oltre alla scomparsa del gruppo a vantaggio esclusivo dell’individuo, l’unica situazione di appartenenza che prende il nome di proprietà è, a differenza del passato, quella caratterizzata da poteri tendenzialmente illimitati del suo

³⁸ Così C. SALVI, Il contenuto della proprietà, op. cit.; U. MATTEI in Controriforme, Torino, 2013 lo definisce “la costituzione economica della borghesia”.

³⁹ A. MOSCARINI, Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni, op. cit., p. 54.

⁴⁰ P. GROSSI, La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico, op. cit., p. 412.

⁴¹ Ivi, p. 418.

titolare, i quali non ammettono obblighi interni al diritto; inoltre, le attività del proprietario sono sottoponibili ad un circoscritto controllo, in forza del principio di stretta legalità⁴².

L'archetipo napoleonico è costruito, come si è detto, attorno ad una proprietà astratta e ad un individuo che è “una monade isolata che esiste soltanto nell'ambito di una radicale astrazione”⁴³. Le regole in materia sono valide per ogni tipo di bene, con una decisa indifferenza nei confronti dei modi concreti di manifestazione del diritto⁴⁴: il modello antropologico di riferimento è dunque quello dell'individualismo possessivo⁴⁵, che saldandosi con il contributo della pandettistica ottocentesca, ha costituito un “compiuto e rigoroso modello giuridico” in grado di assumere “anche la sostanza di un assetto organizzativo della vita quotidiana”⁴⁶. Infatti, il diritto di proprietà come diritto soggettivo è struttura congeniale all'*homo oeconomicus*, è una sintesi di poteri che non possono essere elencati, considerato che l'istituto può tollerare i contenuti più diversi.⁴⁷ Il diritto di proprietà diventava così il campo di esaltazione privilegiato per descrivere la figura del diritto soggettivo⁴⁸, perché in grado di esprimere al meglio la signoria del volere, in forza della pienezza del suo contenuto e del suo esercizio, e la protezione legale dell'interesse; contemporaneamente, ne dimostrava l'indispensabilità politica, grazie al legame con l'idea di libertà e di indipendenza dell'individuo⁴⁹.

⁴² S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, op. cit., p. 106.

⁴³ U. MATTEI, *Controriforme*, op. cit., p. 26.

⁴⁴ *IVI*, p. 288.

⁴⁵ Cfr. C. B. MACPHERSON, *The political theory of possessive Individualism - Hobbes to Locke*, Londra, 1962. In questo modello, la proprietà diventa l'asse portante nella società e il proprietario assume all'interno di quest'ultima una posizione di rilievo.

⁴⁶ Per le due citazioni cfr. P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, op. cit., p. 407.

⁴⁷ *IVI*, p. 420.

⁴⁸ Per una ricostruzione delle diverse concezioni del diritto soggettivo, cfr. M. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse* in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO in *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO*, Torino, 2001.

⁴⁹ A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in G. IUDICA, P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 2013, p. 368.

La crisi di questo paradigma si è aperta dopo la prima guerra mondiale, in forza di critiche in parte di origine socialista, dirette a valorizzare gli interessi di classe e in parte, radicate nel realismo giuridico e nella scoperta dello scarto esistente tra la ricostruzione normativa dell'istituto e la realtà fenomenica emergente dal sistema socio-economico⁵⁰.

La proprietà, in altre parole, è stata reimmessa nelle cose⁵¹ e si è aperta una crisi del paradigma classico – per molti versi ancora in corso – che ha inquadrato l'istituto come una fattispecie complessa in cui si intrecciano limiti, doveri e obblighi. L'attenzione riservata alla complessità e alla pluralità dell'istituto ha smontato l'idea pandettistica del diritto pieno ed esclusivo, che può tollerare i contenuti più diversi in forza della sua elasticità, senza che vi sia posto per delle eccezioni⁵².

In Italia, particolarmente significativa è stata la riflessione di Enrico Finzi, il quale, in un suo scritto del 1922⁵³, denunciava la necessità di un processo di trasformazione del diritto di proprietà per superare la lettura data dal legislatore in termini di puro individualismo e di diritto perpetuo, assoluto e dispotico. In particolare, secondo l'autore, il recupero della socialità richiedeva l'incorporazione nel contenuto del diritto del suo scopo sociale e, per questo, la proprietà doveva essere intesa come funzione sociale. In questa visione, il proprietario si trova dunque ad esercitare un potere libero e vincolato, simile a quello discrezionale della pubblica amministrazione: egli è perciò equiparato ad un soggetto incaricato di pubbliche funzioni tese alla produzione e allo sviluppo, e, pertanto, l'esercizio dei suoi poteri può essere sindacato per sviamento o eccesso di potere.

I doveri di responsabilità sociale del proprietario sono però anche condizionati dalle cose oggetto del diritto, dal momento che i beni devono essere considerati come struttura

⁵⁰ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, op. cit., p. 289.

⁵¹ P. GROSSI, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, op. cit., p. 421.

⁵² A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, op. cit., p. 369.

⁵³ E. FINZI, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in *Archivio giuridico*, LXXXIX, 1923, p. 52 ss.

fenomenica ed economica, con il proprietario che agisce in loro funzione⁵⁴: in altre parole, secondo Finzi, la responsabilità del proprietario dipende dalla quantità e dall'importanza del potere che gli è allocato, il quale a sua volta è determinato dal tipo di bene⁵⁵.

Il dibattito nella civilistica italiana è stato particolarmente fecondo tra le due guerre e la questione dell'introduzione della funzione sociale nel codice civile del 1942 è stata oggetto di discussione, benché non abbia infine incontrato il sostegno della dottrina dominante⁵⁶. La formula, del resto, non poteva risultare gradita al fascismo, dal momento che garantiva una sorta di indipendenza al proprietario, le cui attività nell'ordinamento corporativo dovevano sempre restare subordinate alla rappresentazione “della coscienza immanente della Nazione” e quindi all'autorità dello Stato, chiamato a realizzarla⁵⁷.

Ciononostante, nel codice parrebbe emergere una nozione di proprietà dinamica, “una proprietà attiva che sviluppa, aumenta e moltiplica i frutti della ricchezza”, contro una proprietà statica, in cui il titolare del diritto resta inerte⁵⁸.

Sull'istituto, che rispetto alla sua definizione nel codice del 1865 risulta significativamente ridimensionato⁵⁹, si riverberano le esigenze della produzione (che pur emergono pienamente nel quinto libro del codice, dedicato a impresa e lavoro), come risulta chiaro dall'approvazione dell'art. 838, che – come meglio si dirà – sanziona il

⁵⁴E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario*, 1936, Firenze, p. 159 ss.

⁵⁵U. MATTEI, *La proprietà*, op. cit., p. 110.

⁵⁶Cfr. F. Santoro Passerelli: “proprietà e funzione sociale sono termini contraddittori, com'è contraddittoria la nozione che abbiamo sentita autorevolmente sostenuta nel convegno della proprietà quale signoria e al tempo stesso strumento, in senso giuridico dell'interesse generale”, in *Risultati di un convegno giuridico interuniversitario sul tema della proprietà*, in *Rivista del diritto civile*, 1942, pp. 270 – 272. Lo stesso Vassalli riteneva la formula pericolosa nella sua vaghezza e, come tale, idonea a creare una sorte di cuscinetto tra legislatore e consociati; cfr. su questo punto, U. MATTEI, *La proprietà*, op. cit., p. 109; C. SALVI, *Il contenuto della proprietà*, op. cit., p. 46 e ss.

⁵⁷ Così al paragrafo n. 6 della Relazione al Re, n. 802; cfr. A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, op. cit., nota 78, p. 69.

⁵⁸ Così al paragrafo n. 25, della Relazione al Re, n. 802; cfr. IVI, nota 79, p. 69.

⁵⁹ La proprietà nel Codice del 1942 è disciplinata soltanto nel libro terzo, laddove nel primo codice unitario essa copriva ben due libri sui tre totali dell'opera; cfr. P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma, 1991, p. 8.

proprietario improduttivo o che abbandona la conservazione o la coltivazione di beni che interessano la produzione nazionale con l'espropriazione degli stessi. L'interesse collettivo emerge anche dalla disciplina sul riordino della proprietà rurale o sulla bonifica, dall'istituto delle immissioni, che apre alla teoria jehringhiana del bilanciamento degli interessi, gettando un ponte tra proprietà e obbligazioni⁶⁰ e dal divieto di atti emulativi.

Tuttavia, nonostante il codice compia lo sforzo di cogliere il nuovo assetto dei rapporti tra pubblico e privato, passato da una autotoregolamentazione del mercato all'ampio intervento dei pubblici poteri nell'economia⁶¹, il libro III "può considerarsi nato vecchio"⁶², perché nel costruire la proprietà non parte dalla realtà fenomenica delle cose, come Finzi e poi Pugliatti⁶³ sostenevano da tempo al fine di superare il modello individualista. Per questo, diventava particolarmente importante il livello extracodicistico per l'interpretazione del paradigma, e quindi la giurisprudenza e la cultura forense e notarile⁶⁴; determinante è poi risultato l'ampio rinvio alla legislazione speciale, perché presentandosi, nel sistema delle fonti, come il frutto dello scontro politico per l'allocatione delle risorse scarse e non di una tradizione giuridica che matura nel tempo, facilmente essa poteva causare eccessi di sovraprotezione o di sottoprotezione⁶⁵.

Rispetto all'archetipo napoleonico pandettistico si colgono dunque nuove sfumature; il superamento della proprietà moderna resta però incompiuto e non può ancora contare sulla costruzione di un nuovo modello giuridico.

⁶⁰ U. MATTEI, *La proprietà*, op. cit., p. 32.

⁶¹ C. SALVI, op. cit., pp. 51 – 52.

⁶² U. MATTEI, *La proprietà*, op. cit., p. 32.

⁶³ Secondo l'Autore, la formula "funzione sociale" designa "l'aspetto che assume il diritto di proprietà in quanto gravato di limitazioni aventi per contenuto un obbligo positivo, dando così alla formula stessa uno specifico significato tecnico. Soprattutto al fine di far luce sulla differenza strutturale esistente tra la proprietà (privata) *obbligata* (ai fini pubblici) e la proprietà *pubblica*, che qualificavo come proprietà funzionale"; cfr. S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in ID. *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 47.

⁶⁴ *IVI*, p. 33.

⁶⁵ *IVI*, pp. 118 – 119.

1.3 La proprietà nella Costituzione italiana, la funzione sociale e gli anni più recenti

Nella Costituzione del 1948, il diritto di proprietà regolato nell'art. 42 è concepito prima di tutto come uno strumento per garantire la partecipazione alla vita democratica del Paese e per organizzare e sviluppare la vita economica. La norma ha il merito di superare il binomio proprietà - libertà individuale, svincolando l'istituto dal modello del diritto soggettivo assoluto e rinviando al legislatore la definizione dei suoi contenuti; la proprietà, poi, non è stata inserita tra i diritti fondamentali, ma nel capo dedicato ai rapporti economici e sociali.

Questa nozione della proprietà, che ne ammette la funzione sociale, si colloca nel solco di altre tradizioni costituzionali, come ad esempio la Costituzione di Weimar del 1919 che all'art. 153 prevedeva che “la proprietà obbliga” ed “il suo uso, oltre che al privato, deve essere rivolto al bene comune”. Essa è più ampia di quella contenuta nel codice, senza però che ciò determini una frattura tra il testo del '42 e la Costituzione, considerato che l'art. 832 c.c. richiama tra le fonti dei limiti al potere del proprietario, la legge, i regolamenti e in generale l'ordinamento giuridico⁶⁶.

Il modello antropologico dell'individualismo è quindi insinuato dai limiti e dagli obblighi provenienti dalla Costituzione e, in particolare, dalla clausola della funzione sociale e dal riferimento all'accesso, rivelando una concezione dell'istituto ben diversa da una situazione solitaria⁶⁷.

⁶⁶ C. SALVI, op. cit., pp. 29 – 30.

⁶⁷ P. RESCIGNO, Introduzione al codice civile, op. cit., p. 120.

Sul significato dell'accesso nell'art. 42, si tornerà più avanti; a questo punto giova, invece, spendere alcune brevi riflessioni sulla formula della funzione sociale, senza la pretesa di offrire una trattazione esauriente del dibattito in materia⁶⁸.

Se si prova ad inquadrare il ruolo di questo concetto nel contesto intriso di retorica individualista in cui la nozione di proprietà moderna si è formata, la funzione sociale dovrebbe assolvere fundamentalmente due compiti: da una parte, ristabilire i meccanismi di solidarietà all'interno di un corpo sociale che ne registra l'indebolimento (sino alla scomparsa) in forza dell'idiosincrasia proprietaria; dall'altra, imporre limiti e doveri di solidarietà al proprietario, il quale dovrebbe esercitare i propri poteri non solo per soddisfare i propri interessi, ma anche quelli della collettività.⁶⁹

Tali assunti consentono di sostenere che ad essere funzionalizzati non sono i limiti imposti alla proprietà privata, né tanto meno i singoli beni; bisogna spostare l'attenzione sulle utilità che questi ultimi producono, in modo da arricchire di significati una nozione che, di per sé, non presenta profili di incompatibilità con il sistema capitalista⁷⁰, ma che è idonea a diventare strumento di governo del rapporto tra proprietari e spossessati⁷¹.

Del resto, nel periodo compreso tra la fine della seconda guerra mondiale⁷² e l'inizio degli anni '70, la crescita economica si è sviluppata seguendo la linea del compromesso

⁶⁸Per una breve ricostruzione delle origini dell'istituto, cfr. U. MATTEI, Una primavera di movimento per la funzione sociale della proprietà, in *Rivista Critica del diritto privato*, (in corso di pubblicazione), p. 31 e ss.

⁶⁹IVI, p. 34; secondo l'Autore, questi due punti emergerebbero anche dalla teoria di Léon Duguit. Per quest'ultimo la proprietà è "la fonction sociale du détenteur de la richesse", perché il proprietario svolge un ruolo specifico nella comunità cui appartiene e utilizzando il suo capitale deve contribuire ad aumentare la ricchezza generale. Cfr. F. MACARIO, Art. 832. Contenuto del diritto in A. JANNARIELLI, F. MACARIO, *Commentario del codice civile. Della proprietà*, Artt. 810 – 868, Milano, 2012, p. 337.

⁷⁰S. RODOTÀ, Note Critiche in tema di proprietà, in *Rivista Trimestrale del Diritto Civile*, n. 4, 1960, p. 1298 e ss.

⁷¹U. MATTEI, Una primavera di movimento per la funzione sociale della proprietà, op. cit., p. 42.

⁷²Nel secondo dopoguerra gli spazi per un discorso sugli assetti proprietari appaiono ridotti, nonostante sul piano politico si registrasse un bilancio inevitabilmente negativo degli strumenti di controllo pubblico dell'economia impiegati dalle esperienze di pianificazione naziste e fasciste e su un livello più tecnico, nonché la "scoperta" della dissociazione tra proprietà e controllo rendesse opportuna la riapertura di un discussione sulla proprietà che partisse dai beni e mettesse altresì in discussione la distribuzione della

mercato - democrazia: nei paesi cosiddetti sviluppati, vi era la convinzione che la prosperità economica dovesse rispecchiarsi nell'equità sociale e che, per fare questo, fosse ben utile la ricetta keynesiana della regolazione, la quale, da un lato, consentiva di evitare l'autodistruzione del capitalismo e, dall'altro, si proponeva di allontanare il fantasma della lotta di classe attraverso la creazione del *Welfare State*⁷³.

Non è stato di certo un caso che il processo di attuazione più significativo di precetti costituzionali sia avvenuto con la legislazione degli anni '70, la quale ha avviato politiche redistributive che ponevano dei limiti al diritto di proprietà per realizzare diritti sociali⁷⁴. Sono stati gli anni dello statuto dei lavoratori, della riforma agraria, della legge sulla casa e di quella sull'equo canone, della legge urbanistica⁷⁵, gli ultimi interventi legislativi in chiave redistributiva prima del riformismo degli anni '90 e dell'affermarsi del pensiero neoliberale che, criticando il modello di *welfare* keynesiano, ha trovato una base teorica nelle elaborazioni di Hayek, Friedman e Von Mises e una prassi politica nel governo Thatcher in Gran Bretagna e nel governo Reagan negli Stati Uniti⁷⁶, per orientare altresì le politiche di privatizzazione in Italia, con un significativo processo di dismissione del patrimonio pubblico e delle attività economiche pubbliche⁷⁷.

Di fronte a questi fenomeni, quanto si diceva sopra a proposito dell'interpretazione della funzione sociale risulta ancora più chiaro; infatti, non attribuendole un significato più

ricchezza. In questo periodo, la questione proprietaria è stata analizzata con due diverse chiavi di lettura, una di matrice socialista e l'altra, destinata ad affermarsi come visione predominante, ispirata a idee liberali; allo stesso tempo, non è mancata all'interno di questo dibattito un'attenzione per fenomeni nuovi capaci di veicolare interessi collettivi, quali quelli delle *public company* e dell'azionariato operaio, la cui rilevanza è stata però inevitabilmente segnata dall'esito negativo di tali esperienze

⁷³ G. RUFFOLO, *Il capitalismo ha i secoli contati*, Torino, 2008, pp. 182 – 183.

⁷⁴ M.R. MARELLA, *Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi*, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma –Bari, 2013, p. 113 e ss.

⁷⁵ U. MATTEI, *Controriforme*, op. cit., p. 12.

⁷⁶ *IVI*, p. 13.

⁷⁷ *IVI*, p. 16; in altre parole, si perde in questo periodo, una elaborazione critica in campo politico ed economico sul tema della redistribuzione delle risorse. Cfr. U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali V*, Milano, 2011, p. 1119.

ampio e la forza per rivendicare garanzie per il non proprietario, essa rischia il superamento e la cancellazione. Non è quindi casuale che nelle più recenti definizioni legislative del diritto di proprietà non compaia simile clausola, come appunto accade nell'art. 1 del Protocollo n. 1 allegato alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu) e nell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Se è vero che le regole giuridiche sono sempre il prodotto di rapporti di forza, si deve allora notare che a mancare è anche la capacità del conflitto sociale di ispirare scelte legislative⁷⁸. Anche questo elemento – sintetizzabile nella fine della tensione tra capitale e proprietà - deve essere valutato per comprendere se la clausola della funzione sociale sia davvero entrata in un cono d'ombra e si presenti pertanto “come una sorta di imbarazzante reliquia da sotterrare il più rapidamente possibile”⁷⁹.

Nonostante le tendenze che hanno segnato gli anni ottanta e novanta siano andate rafforzandosi negli anni duemila, quando, ai processi di dismissione del patrimonio pubblico e di finanziarizzazione dell'economia⁸⁰, sono sopraggiunte le politiche di *austerità* imposte dalle istituzioni europee per fronteggiare la crisi economica internazionale, vi è un dato che negli ultimi anni sta diventando via via più significativo.

Infatti, se è vero che le istituzioni statali vivono una crisi da leggere verso l'esterno, in termini di sovranità e al suo interno, in termini di rappresentanza, contemporaneamente comunità di cittadini, piccole, grandi, localizzate o diffuse rivendicano un ruolo nello

⁷⁸ M.R. MARELLA, Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi, op. cit., pp. 115 – 116.

⁷⁹ L. NIVARRA, La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica, Rivista Critica del Diritto Privato (in corso di pubblicazione).

⁸⁰ Cfr. L. PENNACCHI, Filosofia dei beni comuni. Crisi e primato della sfera pubblica, Roma, 2012, p. 44: “Alla fine del primo decennio del terzo millennio, il grado di finanziarizzazione del sistema economico mondiale è enorme, spinto dalla deregolamentazione dei mercati finanziari e creditizi: nel 2001, a fronte di un Pil mondiale superiore a 54 trilioni di dollari, la capitalizzazione delle borse mondiali si aggirava intorno ai 61 trilioni e le obbligazioni pubbliche e private superavano 60 trilioni; a metà 2008 il valore nominale delle quote di derivati trattati nelle Borse era di 80 trilioni di dollari, mentre il valore di quelli scambiati fuori mercato toccava i 684 trilioni, con un totale di 764 trilioni, 14 volte il Pil globale”.

spazio urbano e nella gestione di beni, collettiva e governata dalla logica dell'accesso, dando vita a fenomeni di "violazioni socialmente virtuose del diritto di proprietà"⁸¹, a vere e proprie manifestazioni di disobbedienza proprietaria, le quali da una parte segnano una nuova primavera della funzione sociale, dall'altra mettono in crisi ulteriormente il paradigma classico della proprietà, reintroducendo la logica del gruppo, valorizzando l'accesso alla proprietà in chiave autonoma dalla stessa funzione sociale⁸², mettendo in discussione, attraverso pratiche politiche, lo *ius excludendi* fine a se stesso. La funzione sociale dunque può beneficiare dello scioglimento del legame tra beni e utilità, giacché queste ultime sono indipendenti dal titolo di appartenenza dei primi e vanno funzionalizzate per garantire l'uguaglianza sostanziale tra proprietari e non proprietari⁸³.

1.4 La dimensione europea

In questo percorso di ricostruzione, vale la pena riprendere la dimensione del diritto di proprietà che emerge dalla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo (Cedu) e dalle fonti comunitarie, considerato l'impatto significativo che essa determina nel nostro ordinamento.

Come noto, l'art. 1 del Protocollo n. 1 addizionale alla Cedu recita "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale". In questa norma, è centrale la nozione di *beni*, sulla quale si tornerà più avanti; a livello generale, è sufficiente sottolineare, per ora, che proprio le garanzie sull'uso dei beni e l'assenza di clausole limitative del diritto di proprietà sugge-

⁸¹ M.R. MARELLA, Il principio costituzionale della funzione sociale della proprietà e le spinte antiproprietarie dell'oggi, op. cit. p. 117.

⁸² In questo senso, S. RODOTÀ, Il diritto di avere diritti, op. cit.

⁸³ U. MATTEI, Una primavera di movimento per la funzione sociale della proprietà, op. cit., p. 47.

riscono lo spostamento della concezione su un piano individualistico e, quindi, un'ispirazione liberale nella formulazione del testo⁸⁴. Scompare dunque la dimensione sopraindividuale, ciò che prevale è la tutela offerta al privato dalle interferenze esterne⁸⁵: il diritto di proprietà torna ad essere diritto fondamentale⁸⁶ e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo non fa che confermare tale scelta normativa.

La norma viene tradizionalmente scomposta in tre diversi precetti: un primo, che introduce il principio del rispetto dei beni appartenenti ad ogni persona fisica e giuridica; un secondo, che ammette le privazioni della proprietà che rispondano ad alcune condizioni di legittimità; un terzo, infine, che riconosce agli Stati membri della Convenzione il mantenimento della facoltà di disciplinare l'utilizzo dei beni – e quindi della proprietà - alla luce dell'interesse generale, senza dunque arrecare alcun pregiudizio alla normativa in vigore⁸⁷.

Le misure statali che intendano limitare il diritto di proprietà devono conformarsi al principio di legalità e quello di proporzionalità, oltre che rispondere ad interessi pubblici o generali: la verifica in ordine al rispetto di tali parametri è rimessa alla Corte dei Diritti che, come si è già detto, ha colmato gli spazi lasciati aperti da una norma che effettivamente contiene elementi non ben definiti, arrivando a creare una nozione autonoma del diritto di proprietà, con il risultato che, per via giurisprudenziale, le limitazioni del diritto dominicale - rientranti nel potere di regolazione degli Stati membri della Convenzione, ma dotati

⁸⁴ F. BILANCIA, I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU, Torino, 2002, p. 95; C. SALVI, La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale? In *Rivista Critica del diritto privato*, 2009, p. 421.

⁸⁵ A. LO VASCO, «Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis, in *Europa e diritto privato*, 3, 2008, p. 733.

⁸⁶ T. DALLA MASSARA, Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale, in *Europa*, in *Contratto e impr.* – *Europa*, 2010, p. 735 ss; A. GAMBARO, Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà, in *Rivista di diritto civile*, 2010, II, p. 115 ss., M. TRIMARCHI, La proprietà nella costituzione europea, in G. IUDICA, G. ALPA (a cura di), *Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana*, Napoli, 2006, p. 275.

⁸⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 23 settembre 1982, *Sporrong - Lönnroth c. Svezia*.

di effetti equivalenti o analoghi ad una misura espropriativa - sono stati a quest'ultima parificati.

Tale effetto va colto nella sua complessità, avendo bene in mente che il diritto di proprietà nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo è collocata tra le libertà fondamentali e i diritti inviolabili dell'individuo, secondo un'interpretazione nettamente differente da quella adottata nel nostro ordinamento. Infatti, se il formante legislativo è molto chiaro da questo punto di vista (la collocazione del diritto di proprietà in Costituzione e il contenuto stesso dell'art. 42), quello giurisprudenziale ha analogamente sottolineato tale aspetto: la Corte Costituzionale nella sentenza 11 febbraio 1971, n. 22 ha assunto chiaramente che la protezione della proprietà non assurge "a diritto presidiato come primario e fondamentale della Costituzione", posizione ribadita dalla più recente giurisprudenza civile⁸⁸.

A tal fine, molto utile è la vicenda dell'istituto dell'occupazione acquisitiva, a causa del quale l'Italia ha subito numerose condanne da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Si tratta di un istituto di origine giurisprudenziale, volto ad annullare gli effetti dell'accessione nei confronti della pubblica amministrazione nel caso di realizzazione di un'opera di pubblico interesse sul fondo di un privato e in assenza di un decreto di esproprio. La disciplina nel dettaglio ha subito numerose modifiche; al momento della sua configurazione, l'acquisto della proprietà privata del fondo da parte della pubblica amministrazione è collegata alla trasformazione radicale e irreversibile dello stesso e alla sua destinazione ad opera pubblica o uso pubblico.

⁸⁸ Cassazione Civile, Sezioni Unite, ordinanza 27 maggio 2005, n. 11225. Da questa decisione emerge che il diritto al rispetto dei propri beni nel nostro ordinamento si collochi nell'ambito dei diritti patrimoniali. Cfr. G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà: profili strutturali e funzionali nella vicenda dell'occupazione acquisitiva*, Torino, 2013, pp. 174 – 175.

In particolare, la Corte di Cassazione, Sezioni Unite, con la sentenza 26 febbraio 1983, n. 1464 ne ha enucleato le caratteristiche, valutando comunque illegittima l'occupazione attuata dalla pubblica amministrazione in assenza di un procedimento di espropriazione, ma riconoscendole gli effetti a fronte del compimento di un'opera di interesse pubblico e della trasformazione irreversibile del bene. Queste due condizioni consentivano alla pubblica amministrazione di acquistare il bene a titolo originario, considerata l'inammissibilità di avere proprietari diversi tra fondo e opera; il diritto dominicale del proprietario si estingueva, ma l'illiceità dell'atto della pubblica amministrazione consentiva il risarcimento del danno.

Questa sentenza è stata oggetto di diverse critiche, volte a sottolineare che l'acquisto della proprietà da parte del soggetto pubblico avveniva a fronte di un illecito e comunque in violazione della disciplina dei modi di acquisto della proprietà, peraltro coperta da riserva di legge, senza contare che la pubblica amministrazione avrebbe potuto raggiungere il medesimo risultato seguendo l'iter legittimo del procedimento espropriativo⁸⁹.

Ciononostante, la giurisprudenza si è uniformata all'orientamento delle Sezioni Unite, incardinando l'istituto sul presupposto della destinazione d'interesse pubblico, da concretizzare in una dichiarazione di pubblica utilità e trovandone il fondamento nella clausola della funzione sociale contenuta nell'art. 42 della Costituzione. Pochi anni dopo la sentenza della Corte di Cassazione, l'occupazione acquisitiva ha trovato una base normativa prima ristretta (per tutte quelle opere destinate all'edilizia residenziale pubblica agevolata e convenzionata⁹⁰), per poi essere riconosciuta in ogni caso⁹¹, configurando di fatto un rime-

⁸⁹ IVI, p. 42.

⁹⁰ Legge 27 ottobre 1988, n. 458, art. 3, poi abrogato dal d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327, art. 58 co. 1.

⁹¹ Legge 30 dicembre 1991, n. 413, art. 11 co. 5; altre conferme sono poi arrivate con il d. l. 27 ottobre 1995, n. 444, convertito in legge 20 dicembre 1995, n. 539 (art. 10) e con la legge 28 dicembre 1995, n. 549, art. 1 co. 65.

dio per tutte quelle ipotesi in cui la realizzazione di un'opera pubblica sul fondo privato non fosse regolarmente preceduta da un provvedimento espropriativo.

La Corte Costituzionale italiana ha infine avallato l'istituto, con due diverse sentenze⁹², ritenendolo conforme alla Costituzione in quanto concreta manifestazione della funzione sociale disciplinata nell'art. 42 Cost. e la stessa Corte dei Diritti fino al 2000 lo ha ritenuto adeguato al diritto di proprietà come inteso nella CEDU⁹³.

Le sentenze Carbonara e Ventura e Belvedere Alberghiera s.r.l. hanno invece segnato la rottura interpretativa: l'occupazione acquisitiva – che la Corte dei Diritti definisce nei suoi provvedimenti espropriazione indiretta – è idonea a violare il principio di legalità, dal momento che il privato non è posto nelle condizioni di poter prevedere i futuri sviluppi del proprio diritto, poiché l'interpretazione giurisprudenziale non è costante e apre, per questo, ad un risultato imprevedibile e arbitrario tale da compromettere il principio della sicurezza giuridica.

A fronte di tali pronunce, il legislatore è intervenuto con il d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 sostituendo all'occupazione acquisitiva la cd. acquisizione sanante (art. 43)⁹⁴, superando,

⁹² Corte Costituzionale 31 luglio 1990, n. 384 e 23 maggio 1995, n. 188.

⁹³ Cfr. Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 7 agosto 1996, Zubani c. Italia.

⁹⁴ Questo il testo della norma: “1. Valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni.

2. L'atto di acquisizione:

a) può essere emanato anche quando sia stato annullato l'atto da cui sia sorto il vincolo preordinato all'esproprio, l'atto che abbia dichiarato la pubblica utilità di un'opera o il decreto di esproprio;
b) dà atto delle circostanze che hanno condotto alla indebita utilizzazione dell'area, indicando, ove risulti, la data dalla quale essa si è verificata;
c) determina la misura del risarcimento del danno e ne dispone il pagamento, entro il termine di trenta giorni, senza pregiudizio per l'eventuale azione già proposta;
d) è notificato al proprietario nelle forme degli atti processuali civili;
e) comporta il passaggio del diritto di proprietà;
f) è trascritto senza indugio presso l'ufficio dei registri immobiliari;
g) è trasmesso all'ufficio istituito ai sensi dell'articolo 14, comma 2.

3. Qualora sia impugnato uno dei provvedimenti indicati nei commi 1 e 2 ovvero sia esercitata una azione volta alla restituzione di un bene utilizzato per scopi di interesse pubblico, l'amministrazione che ne ha interesse o chi utilizza il bene può chiedere che il giudice amministrativo, nel caso di fondatezza del ricorso o

perché insufficiente, il requisito della trasformazione irreversibile del bene oggetto dell'occupazione, e richiedendo – in caso di un utilizzo da parte della pubblica amministrazione di un bene immobile privato per scopi di pubblico interesse e di una modifica realizzata in assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o comunque dichiarativo della pubblica utilità e nel caso di perdita dell'efficacia della dichiarazione di pubblica utilità con effetto retroattivo, in conseguenza del suo annullamento o per altra causa – un atto amministrativo per l'acquisizione del bene con il quale, previa valutazione degli interessi in conflitto, determinare altresì l'indicazione del risarcimento dei danni da corrispondere al proprietario privato del bene.

Tale risarcimento veniva peraltro determinato in forza dell'art. 37 del d.p.r. n. 327/2001, il quale riproduceva l'art. 5 bis del decreto legge 11 luglio 1992, n. 33 convertito in legge 8 agosto 1992, n. 59. Esso riconosceva al proprietario espropriato di un area edificabile un indennizzo pari a circa il 40% - 50% del valore di mercato della stessa, che si riduceva al 30% con la detrazione delle spese e degli oneri legali. Tuttavia, la Corte dei Diritti – nella

della domanda, disponga la condanna al risarcimento del danno, con esclusione della restituzione del bene senza limiti di tempo.

4. Qualora il giudice amministrativo abbia escluso la restituzione del bene senza limiti di tempo ed abbia disposto la condanna al risarcimento del danno, l'autorità che ha disposto l'occupazione dell'area emana l'atto di acquisizione, dando atto dell'avvenuto risarcimento del danno. Il decreto è trascritto nei registri immobiliari, a cura e spese della medesima autorità.

5. Le disposizioni di cui ai precedenti commi si applicano, in quanto compatibili, anche quando un terreno sia stato utilizzato per finalità di edilizia residenziale pubblica, agevolata e convenzionata nonché quando sia imposta una servitù di diritto privato o di diritto pubblico ed il bene continui ad essere utilizzato dal proprietario o dal titolare di un altro diritto reale.

6. Salvi i casi in cui la legge disponga altrimenti, nei casi previsti nei precedenti commi il risarcimento del danno è determinato:

a) nella misura corrispondente al valore del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'articolo 37, commi 3, 4, 5, 6 e 7;

b) col computo degli interessi moratori, a decorrere dal giorno in cui il terreno sia stato occupato senza titolo. 6-bis. Ai sensi dell'articolo 3 della legge 1 agosto 2002, n. 166, l'autorità espropriante può procedere, ai sensi dei commi precedenti, disponendo, con oneri di esproprio a carico dei soggetti beneficiari, l'eventuale acquisizione del diritto di servitù al patrimonio di soggetti, privati o pubblici, titolari di concessioni, autorizzazioni o licenze o che svolgono, anche in base alla legge, servizi di interesse pubblico nei settori dei trasporti, telecomunicazioni, acqua, energia.”

sentenza 29 marzo 2006, Scordino c. Italia ha giudicato questo calcolo dell'indennizzo iniquo e non ragionevole, dovendo tenere in conto il valore venale del bene.

La Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 5 bis del d.l. 11 luglio 1992, n. 33, convertito con modificazione dalla l. 8 agosto 1992, n. 359 (e quindi dell'art. 37 d.p.r. n. 327/2001), nella parte in cui ricorre all'enunciato criterio della media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, con la sentenza 24 ottobre 2007, n. 349 ne ha dichiarato l'incostituzionalità, dal momento che, in forza della modifica dell'art. 117 Cost., la Convenzione Europea deve intendersi come fonte interposta, da rispettare in quanto obbligo internazionale a cui il legislatore deve conformarsi⁹⁵.

La Corte costituzionale ha dunque abbandonato quella posizione cauta che, in materia, aveva sempre assunto, animata dall'esigenza di bilanciare interesse del privato e interesse della collettività, operazione a cui era evidentemente funzionale valutare che l'indennizzo da riconoscere al primo non dovesse necessariamente corrispondere al valore venale del bene⁹⁶.

Nonostante questo nuovo orientamento, la Corte non si pronunciava nella sentenza n. 349/2007 sull'incostituzionalità dell'art. 43 del d.p.r. n. 327/2001 che pure conseguiva alla decisione adottata⁹⁷, evitando così di esprimersi sull'istituto dell'occupazione acquisitiva che, da sempre, aveva ritenuto costituzionalmente legittimo. L'elusione del problema da un punto di vista sostanziale si traduceva nella sentenza 8 ottobre 2010, n. 293, con la quale la

⁹⁵ Questa sentenza, unitamente alla n. 348/2007, ha segnato un nuovo assetto delle fonti nel nostro ordinamento, indicando tra i parametri di verifica della legittimità costituzionale di una norma interna anche la disciplina della Cedu (norma interposta), mediante appunto l'art. 117 Cost.

⁹⁶ L. NIVARRA, La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica, op. cit.

⁹⁷ Tale estensione del giudizio poteva essere effettuata in forza dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, secondo cui "La Corte costituzionale, quando accoglie una istanza o un ricorso relativo a questioni di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, dichiara, nei limiti dell'impugnazione, quali sono le disposizioni legislative illegittime. Essa dichiara altresì, quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata".

Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 43 per eccesso di delega⁹⁸ e determinato un vuoto di disciplina, colmato prima da diverse interpretazioni giurisprudenziali e poi dall'art. 34 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111 che ha introdotto nel d.p.r. n. 327/2001 l'art. 42 bis. La norma prevede ora che la pubblica amministrazione acquisisca il bene immobile occupato non retroattivamente, corrispondendo al proprietario un

⁹⁸ Si legge infatti "La norma censurata è contenuta nel testo unico, in materia di espropriazioni, redatto in attuazione della legge n. 50 del 1999, a sua volta collegata alla legge 15 marzo 1997 n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa), che aveva previsto un generale strumento permanente di semplificazione e di delegificazione. In particolare, la delega riguardava il «riordino» delle norme elencate nell'allegato I alla legge n. 59 del 1997 (nel testo risultante a seguito dell'art. 1, legge 24 novembre 2000, n. 340 – Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi – Legge di semplificazione 1999), che contemplava, quale oggetto, il «procedimento di espropriazione per causa di pubblica utilità e altre procedure connesse: legge 25 giugno 1865, n. 2359; legge 22 ottobre 1971, n. 865». Il chiaro tenore delle norme richiamate rende palese che la delega oggetto delle medesime concerneva esplicitamente il tessuto normativo costituito dalle leggi n. 2359 del 1865 e n. 865 del 1971. [...] La legge-delega aveva conferito, sul punto, al legislatore delegato il potere di provvedere soltanto ad un coordinamento «formale» relativo a disposizioni «vigenti». L'istituto previsto e disciplinato dalla norma impugnata, viceversa, è connotato da numerosi aspetti di novità, rispetto sia alla disciplina espropriativa oggetto delle disposizioni espressamente contemplate dalla legge-delega, sia agli istituti di matrice prevalentemente giurisprudenziale.

In primo luogo, non è dato ravvisare nelle leggi indicate nel citato allegato I, alla legge n. 59 del 1997, alcuna norma che potesse giustificare un intervento della pubblica amministrazione, in via di sanatoria, sulle procedure ablatorie previste. Inoltre, neppure può farsi riferimento al contesto degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, in quanto più profili della cosiddetta «acquisizione sanante», così come disciplinata dalla norma censurata, eccedono con tutta evidenza dagli istituti della occupazione appropriativa e della occupazione usurpativa, così come delineati da quegli orientamenti. Il citato art. 43, infatti, ha anzitutto assimilato le due figure, introducendo la possibilità per l'amministrazione e per chi utilizza il bene di chiedere al giudice amministrativo, in ogni caso e senza limiti di tempo, la condanna al risarcimento in luogo della restituzione. Peraltro, esso estende tale disciplina anche alle servitù, rispetto alle quali la giurisprudenza aveva escluso l'applicabilità della cosiddetta occupazione appropriativa, trattandosi di fattispecie non applicabile all'acquisto di un diritto reale in re aliena, in quanto difetta la non emendabile trasformazione del suolo in una componente essenziale dell'opera pubblica. Infine, la norma censurata differisce il prodursi dell'effetto traslativo al momento dell'atto di acquisizione. Si tratta di elementi di sicuro rilievo e qualificanti, i quali dimostrano che la norma in esame non solo è marcatamente innovativa rispetto al contesto normativo positivo di cui era consentito un mero riordino, ma neppure è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi. Siffatto carattere della norma impugnata trova conferma significativa nella circostanza che, secondo la giurisprudenza di legittimità, in materia di occupazione di urgenza, la sopravvenienza di un provvedimento amministrativo non poteva avere un'efficacia sanante retroattiva, determinata da scelte discrezionali dell'ente pubblico o dai suoi poteri autoritativi. Nel regime risultante dalla norma impugnata, invece, si prevede un generalizzato potere di sanatoria, attribuito alla stessa amministrazione che ha commesso l'illecito, a dispetto di un giudicato che dispone il ristoro in forma specifica del diritto di proprietà violato. Il legislatore delegato, in definitiva, non poteva innovare del tutto ed al di fuori di ogni vincolo alla propria discrezionalità esplicitamente individuato dalla legge-delega. Questa Corte ha in proposito affermato, infatti, che, per quanta ampiezza possa riconoscersi al potere di riempimento del legislatore delegato, «il libero apprezzamento» del medesimo «non può mai assurgere a principio od a criterio direttivo, in quanto agli antipodi di una legislazione vincolata, quale è, per definizione, la legislazione su delega» (sentenze n. 340 del 2007 e n. 68 del 1991)."

indennizzo “per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest’ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene”.

Il provvedimento amministrativo liquida l’indennizzo e deve altresì contenere l’esposizione delle “attuali ed eccezionali ragioni di interesse pubblico che ne giustificano l’emanazione, valutate comparativamente con i contrapposti interessi privati ed evidenziando l’assenza di ragionevoli alternative alla sua adozione”; la sua notifica al proprietario comporta il passaggio del diritto di proprietà sotto condizione sospensiva del pagamento delle somme che indennizzano il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale subito dal proprietario.

L’intervento normativo ha determinato significative novità. Prima di tutto, la fattispecie dell’occupazione acquisitiva, nella sua attuale configurazione, non costituisce più un illecito, ma è un atto lecito, come dimostra la corresponsione al proprietario di un indennizzo per la perdita della proprietà invece che un risarcimento del danno. Quest’ultimo è riconosciuto – nella misura del cinque per cento del valore venale del bene - soltanto per il periodo di occupazione senza titolo e qualora “dagli atti del procedimento non risult[i] la prova di una diversa entità del danno”. L’ispirazione di fondo dell’art. 42 bis in punto concezione della proprietà privata emerge tuttavia dal pagamento del pregiudizio non patrimoniale derivante dall’utilizzazione del bene senza titolo, in pieno contrasto con la regola giurisprudenziale secondo la quale il danno non patrimoniale vada risarcito a fronte della lesione di interessi “non genericamente rilevanti per l’ordinamento, ma di rango costituzionale attecendo a posizioni inviolabili della persona umana”⁹⁹, tra le quali, secondo una consolidata

⁹⁹ Il riferimento è alle cd. sentenze di San Martino che hanno offerto una nuova sistematizzazione alla responsabilità aquiliana: Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 26975.

opinione, non rientra il diritto di proprietà¹⁰⁰. Tuttavia, è chiaro che tale posizione risulta oggi rimeditata e, in questo, il peso dell'attività interpretativa della Corte Europea dei Diritti dell'uomo è stato certamente significativo e capace di orientare il legislatore nazionale.

In questo senso, del resto, si colloca pure la vicenda del compendio immobiliare di notevoli dimensioni costruito sulla costa barese Punta Perotti, destinato ad essere adibito a complesso turistico alberghiero e frazionato in singole unità immobiliari vendute a privati, realizzato in spregio alla disciplina urbanistica vigente al punto da integrare il reato di lottizzazione abusiva, accertato con sentenza definitiva, al termine di vicenda giudiziaria complessa.

Sulla base di tale provvedimento, il Comune di Bari procedeva alla confisca dell'opera abusivamente costruita e dei terreni abusivamente lottizzati ex art. 44 co. 2 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, acquisendo i terreni di diritto e gratuitamente nel proprio patrimonio e applicando la misura in esame anche nei confronti dei soggetti estranei alla commissione del reato che avevano acquistato in buona fede il possesso di un'unità immobiliare¹⁰¹.

La Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi proprio sull'applicazione di questa sanzione¹⁰², ha evidenziato l'esistenza di problemi interpretativi e dubbi di legittimità costituzionale: infatti, "ai sensi dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU (a mente del quale) la compressione del diritto di proprietà deve essere caratterizzata, secondo l'interpretazione data alla norma dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, dal rispetto del principio di proporzionalità; principio da ritenersi violato, nell'ipotesi di misure ablatorie

¹⁰⁰ Cfr. in questo senso C. SALVI, La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?, op. cit., p. 412: «Il principio costituzionale della funzione sociale è sempre stato inteso come incompatibile con l'inquadramento della proprietà (e degli altri diritti patrimoniali) nella categoria dei diritti umani fondamentali, parametrata sui diritti di libertà (di cui all'art. 2 e negli artt. 13 ss.)».

¹⁰¹ Per una ricostruzione della disciplina dell'istituto della confisca e della giurisprudenza in materia, cfr. G. TUCCI, Confisca "urbanistica" e circolazione dei beni dopo la Sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'uomo, in *Rivista di diritto privato*, 2009, n. 1, p. 150 e ss.

¹⁰² Cass. pen., Sez. III, 24 ottobre – 17 novembre 2008, n. 42741, in *Cass. pen.* 2009, p. 2553 ss.

della proprietà per ragioni di pubblico interesse cui non corrisponda alcuna forma di indennizzo¹⁰³. L'interpretazione costituzionalmente compatibile dell'art. 44, co. 2°, D.P.R. n. 380/2001 induce, pertanto, necessariamente ad escludere dall'ambito di operatività della norma la possibilità di confiscare beni appartenenti a soggetti estranei alla commissione del reato e dei quali sia stata accertata la buona fede”.

Da parte sua, la Corte dei Diritti, pronunciandosi sulla questione, ha condannato l'Italia nella sentenza pronunciata il 20 gennaio 2009 (Sud Fondi e altri c. Italia) per la violazione - oltre che dell'art. 7 della Cedu - dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione, proprio per mancato rispetto del principio di legalità, contestando l'arbitrarietà della confisca nei confronti di soggetti in buona fede ed estranei al reato, e la mancanza di proporzionalità, dal momento che la privazione della proprietà era avvenuta senza il riconoscimento di un indennizzo.

Le tensioni tra la nozione del diritto di proprietà elaborata dalla Corte di Strasburgo e la disciplina del nostro ordinamento hanno dunque prodotto ricadute non solo in ambito giurisprudenziale, ma anche condizionato i più recenti interventi normativi. Questo dato è ulteriormente arricchito dall'influenza che l'attività interpretativa della Corte dei Diritti ha esercitato sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, oltre che dal contenuto del recente art. 6 del Trattato di Lisbona, con il quale è autorizzata l'adesione

¹⁰³ La decisione rappresenta un *revirement* rispetto all'orientamento che, fino ad allora, la Cassazione aveva seguito in materia di reati urbanistici. L'argomentazione tuttavia non si è consolidata, tanto è vero che con la sentenza 29 aprile 2009, n. 17865, (pubblicata in Riv. dir. priv., 2009, p. 133 ss.), la Suprema Corte ha rimarcato il precedente orientamento, secondo cui “la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite sugli stessi deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potranno far valere i propri diritti in sede civile.” Va detto che della questione è stata altresì investita la Corte Costituzionale che però ha dichiarato inammissibile il ricorso mancando il tentativo da parte del giudice a quo di una interpretazione conforme della norma impugnata. (Corte Costituzionale, 24 luglio 2009, n. 230).

dell'Unione Europea alla Cedu e che comporta l'assunzione tra i principi generali del diritto dell'UE dei diritti fondamentali garantiti nella Convenzione del Consiglio d'Europa¹⁰⁴.

Del resto, la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – la cd. Carta di Nizza – trova nella Cedu il riferimento più fecondo per la definizione del catalogo di principi e libertà fondamentali¹⁰⁵, il quale oggi è definitivamente parte del diritto comunitario grazie all'approvazione del Trattato di Lisbona: la Carta dunque ha lo stesso valore dei trattati.

Per quel che riguarda la definizione del diritto di proprietà, preliminarmente va notato che questo costituisce uno dei pilastri della Costituzione economica europea e conosce dei limiti dettati dai processi di integrazione economica e dall'obiettivo di consolidare un mercato interno comune.

In effetti, l'art. 345 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 295 TCE) stabilisce il cd. principio di neutralità, secondo il quale l'Unione Europea è indifferente rispetto al regime proprietario adottato negli Stati membri, fermo restando il necessario bilanciamento di questo principio con quello di non discriminazione, libera circolazione

¹⁰⁴ Recita la norma: “1.L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”. La Convenzione dunque può considerarsi alla stessa stregua delle fonti comunitarie; in questo senso, F. MANGANARO, La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà, in *Diritto Amministrativo*, 2008, p. 432, secondo cui con la ratifica Trattato di Lisbona, “la Convenzione, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo, diventerà acquis comunitario con efficacia diretta nel nostro ordinamento interno e non più norma di rinvio mobile di un parametro interposto previsto in costituzione”.

¹⁰⁵ L'altro riferimento è certamente rappresentato dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri; tuttavia, la Carte fornisce una elaborazione che presenta una propria autonomia rispetto ai dati di ispirazione di partenza. Cfr. in questo senso, A. SORRENTINO, I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari), in *Corriere Giuridico*, 2010, p. 148.

e concorrenza. Tale approccio è stato adottato al fine di non impedire agli Stati membri la nazionalizzazione delle imprese e la titolarità di *golden shares* all'interno di società per azioni, risultanti da processi di privatizzazione.

La norma rivela che non si può immaginare di disciplinare *ex novo* il diritto di proprietà o comunque in modo unitario a livello europeo senza tenere in conto il ruolo assolutamente centrale che tale istituto ha svolto nelle diverse tradizioni civilistiche¹⁰⁶; contemporaneamente, il principio di neutralità – benché ritagliato sui casi di nazionalizzazione - è stato determinante nella definizione dell'assetto pubblico - privato, come ad esempio è accaduto in materia di affidamenti dei servizi pubblici locali: ad esempio, con la sentenza n. 24 del 2011, la Corte Costituzionale ha evidenziato come l'art. 23 bis del Decreto Ronchi, il quale imponeva la privatizzazione dei servizi pubblici locali a data certa in forza di un asserito adeguamento alla disciplina comunitaria, non fosse in alcun modo necessitato da imposizioni a livello europeo, essendo appunto vigente il citato principio di neutralità.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dagli anni '70, ha tuttavia collocato il diritto di proprietà tra i diritti fondamentali, rientranti tra i principi generali dell'ordinamento comunitario¹⁰⁷ e ne ha ammesso la limitazione soltanto per la salvaguardia della sicurezza, dell'ambiente, della salute e della concorrenza¹⁰⁸.

Una disciplina esplicita del diritto di proprietà si ha però soltanto nella Carta di Nizza, dove essa è collocata nel capo I, rubricato "Libertà", inserendo la norma (l'art. 17¹⁰⁹) in

¹⁰⁶ M. TRIMARCHI, I beni e le proprietà, in A. TIZZANO (a cura di), Il diritto privato dell'Unione Europea, I, in Trattato di diritto privato diretto da M BESSONE, XXVI, Torino, 2000, p. 175.

¹⁰⁷ G. RAMACCIONI, La tutela multilivello del diritto di proprietà, op. cit., p. 127.

¹⁰⁸ Ivi, pp. 128 – 133; in questo modo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha ammesso restrizioni al diritto di proprietà in relazione a politiche di contrasto del fenomeno terroristico, a misure di riparazione ambientale, all'abbattimento di animali per esigenze di salute pubblica ed, infine, a pratiche di natura anticoncorrenziale.

¹⁰⁹ Art. 17, Carta Europea dei Diritti Fondamentali: «1. Ogni individuo ha diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pa-

una “trama individualistica e precostituzionale (nel senso del costituzionalismo del secondo dopoguerra)”¹¹⁰.

In questo testo, il diritto di proprietà sembrerebbe impermeabile ai doveri di solidarietà e, pertanto, incompatibile con il concetto funzione sociale, che infatti non è ripreso. Luca Nivarra, nel descrivere la disciplina contenuta nell’art. 17 della Carta, evidenzia almeno cinque profili di discrepanza tra la norma di matrice europea e l’art. 42 della Costituzione: “i) attenzione dettagliata per le facoltà del soggetto – proprietario, piuttosto che per le restrizioni che esse possono sopportare; ii) sostituzione della causa di pubblico interesse ai motivi di interesse generale; iii) legittimità dell’espropriazione non più legata ad un indennizzo senz’altra specificazione, quanto, piuttosto, ad una giusta indennità, da corrispondere in tempo utile; iv) previsione, come contenuto della proprietà, del diritto di lasciare i beni in eredità, a differenza dell’art. 42, co. 4 Cost. che si ispira invece alla logica novecentesca della funzione redistributiva del diritto successorio; v) tutela della proprietà intellettuale”¹¹¹.

Non bastano a diminuire la distanza tra la disciplina europea e quella nazionale gli artt. 52 e 53 della Carta, con il primo che recupera dalla tradizione ottocentesca il limite esterno

gamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L’uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall’interesse generale. 2. La proprietà intellettuale è protetta.»

¹¹⁰ L. NIVARRA, La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”, disponibile su <http://principi-ue.unipg.it/Documenti/Bibliografia/Nivarra.pdf>, p. 11. In questo senso, anche P. Grossi, secondo cui l’intera Carta “pecca di individualismo, lasciando un minimo spazio all’io sociale e all’io collettivo del cittadino europeo. La Carta nasce vecchia e non si separa da una tradizione risalente alle dichiarazioni settecentesche dei diritti, certamente pietre rilevanti nella edificazione della modernità politica e giuridica e notevoli passi avanti rispetto al chiuso e iniquo orizzonte cetuale dell’antico regime, ma espressioni di una civiltà borghese che tendeva a risolvere (o, per meglio dire, ridurre) il sociale nel mero rapporto tra individui singoli e Stato, fra individui singoli fra di loro ciascuno dei quali preso nella sua irriducibile individualità”, in *Rivista Italiana del diritto del lavoro*, 28, I, 2009, p. 5.

¹¹¹ L. NIVARRA, La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”, op. cit.

al diritto o alla libertà ed il secondo che, nei fatti, limita le interpretazioni di bilanciamento di interessi ispirate da logiche provenienti da “un orizzonte più ampio e movimentato”¹¹².

È chiaro che la diversa disciplina della proprietà a livello europeo e nella nostra tradizione non possa essere soltanto ridotta ad un problema tecnico giuridico, essendo strettamente connessa con il modo in cui si vogliono intendere i rapporti economici e sociali. In questo senso, il tema da affrontare è probabilmente quello dell’individuazione di un nucleo di norme e principi rappresentativi dell’identità costituzionale, capaci di resistere anche alle conformazioni del diritto sovranazionale. Il riferimento è alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht* tedesco del 30 giugno 2009 che ha fissato dei limiti al primato del diritto dell’Unione Europea sul diritto nazionale attraverso il riconoscimento di uno “zoccolo duro” di valori costituzionali che costituiscono i tratti essenziali della cultura giuridico politica dello Stato, rappresentandone l’identità (art. 1 dignità della persona, art. 20 diritto di resistenza, art. 79 modifiche della Costituzione).

La funzione sociale della proprietà – si pensi che Massimo Severo Giannini la definiva nel 1971 “una delle poche cose originali della nostra Costituzione” - ed in generale i principi che nella Costituzione italiana costruiscono le basi per tracciare un governo pubblico dell’economia e, pertanto, si configurano come elementi caratteristici della tradizione giuridica e politica italiana, anche considerato che essi derivano da un compromesso raggiunto in Assemblea costituente da forze politiche tra loro molto diverse.

Per questo, si potrebbe pensare che l’idea di proprietà funzionalizzata e le logiche di eguaglianza tra proprietari e non proprietari ad essa sottese rappresentino parte di quella identità costituzionale che resiste anche alla cessione di sovranità.

¹¹² IVI, p. 13.

Sezione II

ITINERARI PER UNA DESTRUTTURAZIONE DEL PARADIGMA MODERNO

1.5 Proprietà privata e libertà – 1.6 Proprietà privata e controllo economico – 1.7 Proprietà e beni – 1.8 I beni comuni, l'opposto della proprietà.

1.5 Proprietà privata e libertà

Se si immagina la proprietà come un complesso di regole che governa l'accesso e l'esclusione, il trasferimento e la distribuzione delle risorse e che non consente al proprietario di scaricare sulla collettività i costi delle proprie scelte¹¹³, è evidente la centralità che questo istituto assume all'interno di un qualsiasi assetto sociale; per questo, da un punto di vista teorico, essa va recuperata come categoria ordinante, superando alcune rappresentazioni concettuali costantemente riprodotte nel discorso proprietario e chiarendo altre relazioni.

Preliminarmente, sulla scorta dell'analisi dell'archetipo napoleonico pandettistico, deve essere affrontato il legame tra l'istituto della proprietà e la libertà individuale. Questa è tradizionalmente intesa come positiva (libertà di) e negativa (libertà da), accezioni intimamente legate tra loro, dal momento che la riduzione della seconda produce i suoi effetti anche sull'estensione della prima. Tuttavia, nella tradizione liberale, la libertà negativa è assenza di limiti all'acquisto e all'accumulazione proprietaria: l'accesso alla proprietà non si atteggia a preoccupazione politica che ispira gli strumenti di tutela, ma è

¹¹³ U. MATTEI, La proprietà, op. cit., p. 51.

descritto in chiave negativa come quella prerogativa del proprietario di escludere, che non conosce eccezioni.

Questa visione portata all'estremo delle sue conseguenze, consente ai teorici del neoliberalismo di sostenere che non possa esistere libertà in assenza di proprietà privata dal momento che, intendendo la prima come assenza di forme di coercizione, la diffusione della seconda permette che il potere economico resti separato da quello politico, evitandone la compressione¹¹⁴. Secondo M. Friedman, ad esempio, la dispersione del potere attraverso la diffusione della proprietà privata determina una diminuzione dei centri di coercizione e dei dispositivi di controllo, consentendo all'individuo maggiore libertà personale¹¹⁵.

Le falle di questo ragionamento sono, a dire il vero, macroscopiche, oltre ad essere state in molti punti contraddette dalla storia: in primo luogo, perché la diffusione della proprietà privata non ha impedito l'accumulazione dispotica di potere politico, come ha dimostrato l'affermazione del Nazismo e del Fascismo in paesi europei in cui la proprietà privata era senza dubbio radicata¹¹⁶; in secondo perché - come oggi appare ben chiaro - forme di potere coercitivo possono altresì concentrarsi in soggetti aventi natura esclusivamente economica, determinando l'effetto opposto a quello temuto da Friedman, ma non per questo meno pericoloso, ossia il controllo del potere politico da parte di quello economico.

Il discorso di Friedman si pone evidentemente come critica indiretta ai sistemi socialisti e alla centralizzazione a livello statale della proprietà; tuttavia, optando per uno sfrenato *laissez faire*, non lascia alcuno spazio per considerare l'opportunità che, all'interno di

¹¹⁴ M. FRIEDMAN, *Capitalism and freedom*, University of Chicago Presse, 1962, p. 9 e ss.

¹¹⁵ Ivi, p. 15. Secondo l'autore citato, il diritto di proprietà rappresenta "the most basic of human rights and an essential foundation for other human rights", così in R. D. FRIEDMAN, M. FRIEDMAN, *Two Lucky People: Memoirs*, University of Chicago Press, 1998, p. 605

¹¹⁶ Così A. RYAN, *Property*, University of Minnesota Press, 1987, pp. 87 – 88.

sistemi in cui il diritto di proprietà svolge un ruolo centrale, le “interferenze” del pubblico svolgono una funzione redistributiva.

Una simile descrizione del legame tra proprietà e libertà descrive una società ancora più individualista di quella borghese in cui esso si è formato, dal momento che nel binomio libertà - uguaglianza, vi è un’evidente sproporzione a vantaggio della prima, con il risultato che l’uomo risulta chiuso nel suo mondo privato, ignorando l’idea di interesse collettivo e la compatibilità tra diritti e doveri.

La relazione del diritto di proprietà con la libertà positiva e negativa risulta problematica nel momento in cui non viene intesa come mera espressione di una *potestas agendi*, in termine quindi di facoltà, cioè, il cui esercizio consiste in atti precettivi che producono effetti nella sfera giuridica di chi li compie e in quella dell’altro e che trovano regole per le loro forme e il loro contenuto¹¹⁷. Il pensiero liberale ha invece eluso la questione della soggezione dell’esercizio degli atti di autonomia e libertà a limiti e vincoli formali e sostanziali e tale lettura si rivela oggi particolarmente riduttiva se si considera il carattere globale dei poteri economici e finanziari, a fronte di un diritto e di una politica che hanno carattere locale. Infatti, come meglio si dirà, il privato a cui si applicano le regole proprietarie non è soltanto il singolo cittadino, ma è anche la grande *corporation*: riconoscerle un diritto di proprietà e quindi un’autonomia ed una libertà senza limiti avalla l’impotenza della politica nei confronti dei mercati, le cui leggi appaiono *naturali*, laddove gli interventi dello Stato volti a limitare gli operatori economici sono intesi come irrealistici e perfino illegittimi, anche quando sono volti a tutelare i diritti sociali e i diritti del lavoro¹¹⁸.

¹¹⁷ L. FERRAJOLI, Libertà e Proprietà, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà, Roma –Bari, 2013, p. 100.

¹¹⁸ Ivi, p. 102.

A livello individuale, invece, la proprietà privata diventa un rifugio per la persona che con essa può separarsi dall'altro e così il legame che si determina tra proprietà e libertà è rappresentato da una sorta di via di fuga dalla socialità¹¹⁹, con il paradossale risultato che la perfetta autonomia finisce per coincidere con il pieno isolamento. Una concezione di questo tipo, ulteriormente portata all'estremo, concepisce la comunità come una vera e propria minaccia per la libertà individuale e ritiene l'una compatibile con l'altra a patto che l'individuo sia sempre libero di abbandonare la comunità di appartenenza. E' chiaro che, lungo questo sviluppo del ragionamento, la forma più pericolosa di comunità è proprio lo Stato, dal momento che l'individuo ne fa parte dalla nascita, non può sceglierla e il suo abbandono può presentare costi elevati. Ma se l'individuo può essere titolare di un diritto di proprietà che lo pone al riparo anche dalle interferenze esterne, ivi comprese quelle della pubblica autorità, l'isolamento è realizzato senza neanche il bisogno di abbandonare lo Stato.

Ecco allora che, secondo questo ragionamento, proprietà non potrebbe essere sinonimo di libertà se fosse priva dello *ius excludendi*, della prerogativa proprietaria essenziale per la difesa del proprio *dominium*, che diventa esso stesso *imperium* nel momento essa consente al proprietario il diritto di imporre il proprio potere nei confronti di un altro individuo, al quale detta i termini dell'accesso e può eventualmente imporre la scelta (potenzialmente dannosa) del non uso di un bene.

Ma è davvero possibile ammettere che l'individuo si ritagli uno spazio di totale isolamento dalle interferenze esterne e che questo sia garantito dall'istituto della proprietà privata?

¹¹⁹ E. PEÑALVER, Property as Entrance, 91 VA. L. REV. 1889, 2005, p. 3 (disponibile on line: www.ssrn.com).

Immaginare l'individuo come un soggetto isolato contrasta con la realtà: l'uomo fin dalla nascita fa parte di comunità, la famiglia è certamente la formazione sociale minima a cui egli appartiene e anche nell'angusto rifugio della proprietà individuale non potrà esimersi da un confronto con le esigenze della comunità familiare. Allo stesso tempo, è innegabile che l'individuo senta il bisogno di far parte di una comunità e tale appartenenza contribuisca allo sviluppo della sua persona, tanto è vero che ogni ordinamento contempla regole che generano solidarietà sociale e creano rapporti reciproci di mutualismo, le quali convivono, spesso in maniera stridente, con l'idea che ogni proprietario è completamente libero di usare, abbandonare, disporre del proprio bene.

Per questi motivi, la visione secondo cui la proprietà privata rappresenta uno strumento per uscire dalla società, intesa come fonte di limiti, ed un meccanismo per la realizzazione della libertà, intesa come assenza di interferenze e coercizioni, appare poco plausibile¹²⁰. Il legame tra proprietà e libertà merita dunque di essere inquadrato in una prospettiva differente, che sappia cogliere la naturale socialità e capacità relazionale dell'individuo; a tal proposito, E. Penalver parla di "*property as entrance*", definendo l'istituto in contrasto con la visione libertaria ed individualista brevemente descritta, sottolineandone la capacità di tenere insieme gli individui in formazioni sociali piuttosto che isolarli dalla comunità cui appartengono¹²¹.

Condividendo le premesse di questo ragionamento¹²², la libertà individuale allora non può essere semplicemente intesa come l'assenza di obblighi esterni, ma deve

¹²⁰ IVI, op. cit., p. 38.

¹²¹ IVI, p. 46: "This conception, which I call property as entrance, views ownership not primarily as a means of separating individuals off from each other, but of tying them together into social group."

¹²² Ma non le conclusioni; Peñalver infatti ritiene che la libertà individuale vada intesa come la libertà di scegliere tra diverse comunità valutate come ben funzionanti.

necessariamente inserirsi nella dimensione della comunità¹²³ per essere intesa in termini di accesso ed effettiva partecipazione.

Pertanto, la realizzazione della persona – e quindi la sua libertà - passa attraverso l'accesso a determinati beni essenziali, laddove tale “essenzialità” ha esteso la propria copertura in forza dell'evoluzione tecnologica e delle esigenze fondamentali di partecipazione dell'individuo alla vita della comunità¹²⁴, chiedendo a tal fine che si torni a discutere di distribuzione delle risorse¹²⁵.

Nella Costituzione del 1948 le basi per fondare tale ragionamento non mancano: la già evidenziata collocazione sistematica del diritto di proprietà, la sua differenziazione

¹²³ Questa costituisce un modello antropologico nettamente differente da un semplice aggregato di individui: al suo interno, infatti, le relazioni interpersonali si caratterizzano per essere dirette e immediate. La possibilità di conoscersi e di verificare gli autori di determinati comportamenti ha indirettamente capacità normativa, dal momento che può stimolare ad una maggiore eticità dei comportamenti ed influire sulla determinazione dell'agire umano. Cfr. A. DANI, *Le risorse naturali come beni comuni*, Arcidosso, 2013, p. 37.

¹²⁴ Si pensi al diritto di accesso a Internet, che secondo alcuni è una libertà fondamentale, il cui esercizio è anche strumentale a quello di altri diritti e libertà costituzionali: “non solo la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost., ma anche il diritto al *pieno sviluppo della persona umana* e all'*effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese* di cui all'art. 3 Cost., o piuttosto la libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost. Oggi, nella società dell'informazione o, se si preferisce, nell'era dell'accesso, non avere accesso a Internet, significa vedersi precluso l'esercizio della più parte dei diritti di cittadinanza. Significativo quanto è avvenuto in Finlandia, dove è stata approvata una legge, entrata in vigore dal 1° luglio 2010, che definisce un *diritto legale* l'accesso a Internet per tutti gli oltre cinque milioni di cittadini del Paese. Il Ministero per le Comunicazioni finlandese, infatti, ha affermato che «una connessione a banda larga di alta qualità a un prezzo ragionevole è un diritto elementare»; pertanto, tutti i 26 operatori presenti nel Paese, definiti come *fornitori di un servizio universale*, dovranno essere in grado di servire ogni abitazione residenziale permanente o ufficio con una velocità di download dei dati di almeno un megabit al secondo. In tal senso, si stanno muovendo anche la Svizzera e la Spagna, nel garantire l'accesso a Internet come diritto di ogni cittadino, presupposto affinché altri diritti possano essere esercitati.” Così, T. E. FROSINI, *Il diritto costituzionale di accesso a Internet*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1, 2011, pp. 9 – 10. Disponibile on line, all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it (ultimo accesso 24 dicembre 2013); cfr. anche R. PISA, *L'accesso a Internet: un nuovo diritto fondamentale?*, pubblicato il 7 gennaio 2010 sul sito www.treccani.it (ultimo accesso 24 dicembre 2013). In questo senso, va ricordata la proposta avanzata da Stefano Rodotà di inserire il diritto ad Internet in Costituzione, attraverso l'aggiunta dell'art. 21 bis. Per un approfondimento, cfr. S. RODOTÀ, *Un articolo 21 bis per Internet*, disponibile al seguente indirizzo: <http://archivi.articolo21.org/2183/notizia/un-articolo21bis-per-internet-.html> (ultimo accesso 24 dicembre 2013).

¹²⁵ In questo percorso è ovviamente necessario un ripensamento della sfera pubblica, anche per prevenire i rischi insiti all'idea di *big society*, con la sostituzione del terzo settore allo Stato nel conseguimento dell'interesse pubblico, per disinnescare, quindi, gli effetti discutibili che possono generarsi da alcune pratiche ispirate al principio della sussidiarietà orizzontale. Cfr. C. IAIONE, *Sussidiarietà e big society*. Luci, ombre e nuove sfide per stato e società civile, pubblicato in www.labsus.org.

dall'iniziativa individuale, la bipolarità pubblico - privato, la funzione sociale¹²⁶: la Carta, tutelando il lavoro, il diritto a una equa retribuzione, l'accesso alla proprietà, il risparmio, individua un minimo comun denominatore di vita sociale idoneo a garantire le condizioni economiche per la convivenza civile¹²⁷. Allo stesso modo, le pratiche suggeriscono nuovi modi di interpretare le relazioni dominicali basate sull'idea della «condivisione»: le esperienze di *cohousing*, *carsharing*, il modello del *coworking*, la condivisione di *files* tramite la rete Internet, la diffusione delle licenze *creative commons* e delle soluzioni *wiki*, l'organizzazione di gruppi d'acquisto collettivo evidenziano alternative al modello dell'individualismo economico e recuperano nel discorso proprietario l'idea di cooperazione e solidarietà rappresentando un istituto con capacità generative.

1.6 Proprietà privata e controllo economico.

Già Filippo Vassalli e Salvatore Pugliatti sottolineavano l'inadeguatezza del termine proprietà nel rappresentare le diverse sfumature che l'istituto assume in forza del suo oggetto e che, pertanto, soltanto formalmente può essere descritto come un istituto compatto¹²⁸. È il celebre discorso su *la proprietà e le proprietà* e, in particolare, sull'esistenza di statuti diversi che descrivono una materia da ordinare, invece, secondo un profilo soggettivo ed uno oggettivo. Dal primo punto di vista, rileva un aspetto quantitativo per ciò che concerne la proprietà comune ed un aspetto qualitativo, derivante dalla natura pubblica o privata del titolare.

¹²⁶ F. LUCARELLI, *Politica della casa e legislazione urbanistica*, Napoli, 1979, p. 19.

¹²⁷ *IVI*, p. 33.

¹²⁸ Una delle conseguenze della relativizzazione del concetto di proprietà e del riconoscimento di statuti plurali è stata la smorzatura dell'enfasi "dell'individualismo possessivo". Cfr. P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, I, pp. 246 e ss.

Sotto il profilo oggettivo, invece, rileva la struttura del diritto di proprietà – e quindi la distinzione tra proprietà formale e proprietà sostanziale – e l’oggetto con le sue peculiarità. Come ben spiega Rescigno, il discorso su *le proprietà* induce a ravvisare i segni della dissoluzione del sistema, laddove la politica delle cose ribalta i termini della questione, rendendo centrali i beni, il loro uso e la loro organizzazione, in forza dei quali è il soggetto che dovrebbe subire una definizione delle sue prerogative proprietarie in funzione dei beni¹²⁹.

A tal proposito, prima di tutto, è da notarsi che nel parlare di rilevanza dei beni, devono essere altresì considerate le utilità che da essi derivano, rispetto alle quali è necessario porsi da un differente punto di vista. L’analisi, infatti, non dovrebbe avere lo scopo di rispondere al quesito “*chi è il proprietario?*”, quando è evidente che più soggetti possono condividere le utilità prodotte da uno stesso bene, soprattutto quando la loro fruizione è legata all’effettivo godimento di diritti fondamentali. Di conseguenza, lo studio del profilo oggettivo dell’istituto proprietario deve comprendere, oltre ad una valutazione legata alla natura delle cose, anche la dimensione relazionale e dinamica dei rapporti sociali che intorno alle utilità si generano, considerata la scissione tra titolarità dei beni e relative utilità.

Semplificando questo ragionamento in una domanda, vale la pena chiedersi, ad esempio, se sia davvero utile individuare il proprietario del bene *acqua*, distribuita quotidianamente attraverso la rete idrica, quando la concreta fruizione delle utilità derivanti da quel bene dipende, di fatto, dal soggetto gestore del servizio idrico che ne consente l’erogazione, il quale – molto spesso – non coincide con il proprietario.

¹²⁹ P. RESCIGNO, Introduzione al codice civile, op. cit., p. 107 e ss.

Il fenomeno a cui si fa riferimento è quello della separazione tra proprietà, gestione e controllo, ben descritto già nel 1932 da Berle e Means¹³⁰ e successivamente esaminato da J.K. Galbraith¹³¹. L'indagine parte dal considerare l'evoluzione dei mezzi di organizzazione della vita economica – dalla piccola società per azioni alla *corporation* via via sempre più grande – per riscontrare come il controllo delle risorse sia ormai scisso dalla titolarità del diritto di proprietà¹³², con la conseguente separazione delle prerogative di disposizione e di godimento. L'organo di amministrazione di questi soggetti controlla gli strumenti di produzione e rende passivo l'esercizio del diritto di proprietà, il quale, ragionando secondo gli schemi tradizionali, non rappresenta più l'estensione della personalità del proprietario, laddove il valore dei beni dipende esclusivamente da forze esterne e da lui indipendenti¹³³.

Questo meccanismo è però semplificato nel discorso proprietario attraverso l'individuazione del soggetto titolare nell'impresa: infatti, essa è soltanto una forma di organizzazione economica, il cui scopo è il ricavo di utili e che, aumentando di dimensione, si struttura in una società per azioni ed emette titoli che vende sul mercato degli strumenti finanziari, che – una volta acquistati – garantiscono all'azionista il diritto a percepire dividendi e partecipare alle assemblee. Tuttavia, nei fatti, l'esercizio delle prerogative proprietarie che si traduce nel governo dell'impresa è delegato dagli azionisti al *manager*, secondo una relazione di *agency*, che spiega altresì tutte le misure volte ad

¹³⁰ “Il titolare della proprietà che investe in una moderna corporation cede la sua ricchezza a coloro che controllano la corporation nella misura in cui ha scambiato la posizione di proprietario indipendente per quella di uno che può diventare un mero percettore della remunerazione del capitale”. A. BERLE, G.C. MEANS, Società per azioni e proprietà privata, Torino, 1966, p. 3.

¹³¹ J. K. GALBRAITH, Il nuovo stato industriale, Torino, 1968, pag. 45: “Negli ultimi trent'anni si è avuta una continua accumulazione di prove dello spostamento di potere dai proprietari ai dirigenti, all'interno delle grandi società per azioni. Il potere degli azionisti...è apparso sempre più tenue. [...] il gruppo di dirigenti che gestisce l'impresa, sebbene la partecipazione azionaria dei suoi membri sia di solito trascurabile, detiene saldamente il controllo dell'impresa. Secondo ogni evidenza, sono i dirigenti ad avere il potere”.

¹³² A. BERLE, G.C. MEANS, Società per azioni e proprietà privata, op. cit., p. 8.

¹³³ Ivi, pp. 67 – 68.

incentivare quest'ultimo a gestire nell'interesse dei primi azionisti proprietari (*stock options, bonus*). Dominante è quindi un rapporto di tipo contrattuale, cosicché l'impiego del paradigma proprietario risulta poco adatto per definire i rapporti interni¹³⁴.

Le *corporation* rappresentano quindi una evoluzione del soggetto proprietario andata di pari passo con quella del capitalismo: a partire dalla commercializzazione del diritto civile, si è infatti passati dal proprietario fondiario al commerciante, e quindi all'imprenditore, seguito – con l'avvento del capitalismo finanziario – dal banchiere, dai *broker*, dai fondi pensione e, appunto, dalla *corporation*¹³⁵. Essa accumula in modo tendenzialmente eterno il capitale, non muore necessariamente, non è sottoposta al trasferimento intergenerazionale della ricchezza, è protagonista di una crescita continua ed illimitata, può scegliere a quale sistema giuridico sottoporsi praticando il *forum shopping*, agisce priva di limitazioni etiche ed è socialmente deresponsabilizzata¹³⁶.

Inoltre, analizzando le *corporation* alla luce della classica dicotomia proprietà – sovranità, a meno ovviamente di quegli altri elementi che definiscono lo Stato (territorio e popolo), esse sono molto di più di un semplice prodotto dei cambiamenti del mercato, dal momento che, attraverso trasferimenti finanziari e tecnologici, le *corporation* non solo redistribuiscono lavoro e ricchezza, ma producono norme, sovente ricorrendo a grosse *law firms*, i “professionisti della tecnica giuridica”, acquistabili sul mercato senza che intervenga una mediazione da parte delle istituzioni politiche¹³⁷.

In questo modo, contribuiscono a determinare un sistema pluralistico di esercizio del potere che si traduce in un nuovo ordine costituzionale, dove una moltitudine di parziali ordini legali territoriali e funzionali coabitano, a volte cooperando, altre entrando in

¹³⁴ P. ROBÉ, A qui appartiennent les entreprises?, 155, Le Débat, 2009, p. 32.

¹³⁵ L. NIVARRA, La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica, op. cit.

¹³⁶ U. MATTEI, Proprietà (nuove forme di), op. cit., pp. 1120 -1121.

¹³⁷ S. RODOTÀ, Il diritto di avere diritti, op. cit., p. 67.

competizione. Grazie al riconoscimento dell'autonomia contrattuale e dell'allocazione di diritti proprietari, disciplinati dal medesimo sistema di regole valido per gli individui, le *corporation* lanciano la sfida al monopolio statale esistente in materia di produzione normativa: la decentralizzazione delle decisioni espressa da un potere deterritorializzato consente la concentrazione straordinaria e potenzialmente eterna di capitale, riducendo ulteriormente il ruolo dello Stato¹³⁸ e della sfera pubblica, anche a causa di fenomeni di cattura delle sue istituzioni.

Si determinano così fenomeni proprietari, potenzialmente pericolosi anche in termini di democrazia ed equità, che, spesso, il pubblico non è in grado di disciplinare¹³⁹.

1.7 Proprietà privata e beni.

A livello qualitativo, il termine proprietà è spesso seguito da attributi variabili (funzionale, risolvibile, formale, fiduciaria...) che segnano la geometria di un istituto unico ma con diverse sfaccettature, rispetto alle quali il sostantivo tradizionale fa da ombrello ad istituti autonomi legati da elementi di affinità¹⁴⁰.

Nell'epoca della proprietà finanziaria e delle *new properties*, l'analisi di Pugliatti mantiene la sua centralità, benché probabilmente meriti di essere discussa dal punto di vista degli effetti. Essa voleva dimostrare che la parola proprietà avesse un significato non

¹³⁸ Contemporaneamente, non si può ignorare che gli Stati subiscono questa nuova regolazione di stampo privatistico, perché devono anche essi realizzarsi sul mercato, alla cui "volontà" soggiacciono nella forma del giudizio di *rating*.

¹³⁹ Si pensi al fenomeno del *landgrabbling*; cfr. L.A. WILY, The global land grab: the new enclosures, in D. BOLLIER, S. HELFRICH (editors), *The wealth of the commons: a world beyond Market & State*, 2011 "Hundreds of rural communities in Africa – as well as parts of Asia and Latin America – are physically confronted with eviction or displacement or simply truncation of their livelihoods and lands they customarily presume to be their own. These lands are willfully reallocated by their governments to mainly foreign investors to the tune of an estimated 220 million hectares since mainly 2007, and still rising Two thirds of the lands being sold or mainly leased are in poverty-stricken and investment-hungry Africa. Large-scale deals for hundreds of thousands of hectares dominate, although deals for smaller areas acquired by domestic investors run apace (World Bank 2010)."

¹⁴⁰ Ivi, p. 298.

univoco e che l'istituto così definito non rispecchiasse solidità e compattezza, ma l'argomento ha finito per provare troppo, a fronte di una vera e propria eterogenesi dei fini. Infatti, lungi dal disgregare la categoria, essa ne ha invece dilatato i confini, estendendo la trama dei poteri proprietari tradizionalmente individuati a difesa delle utilità economiche prodotte dai beni, ampliando a dismisura lo schema proprietario¹⁴¹. In altre parole, da questa operazione di scomposizione del paradigma sono scaturite delle figure (*le proprietà*) in cui, però, la logica proprietaria sottesa alla relazione bene – persona non è stata intaccata.

Infatti, l'istituto ha finito per comprendere tutti i beni di cui l'uomo possa godere, essendo le cose rivestite dalla medesima forma, identificabile in forza di caratteri ben definiti: e così la proprietà si è allargata a macchia d'olio (Pugliatti parla di una estensione praticamente illimitata) e con essa l'esercizio del diritto di escludere da determinate risorse.

Alle nuove proprietà sono stati quindi ricondotti non soltanto gli strumenti finanziari e la ricchezza dematerializzata¹⁴², ma anche il DNA o le parti del corpo, semplicemente perché questi hanno un valore di mercato e servono alla tecnologia¹⁴³. Prevalgono così logiche patrimonialistiche anche rispetto a beni per cui sarebbe necessario orientare il ragionamento proprietario alla luce di una dimensione etica prima e costituzionale poi, se si vuole evitare di innescare processi di commodificazione e mercificazione delle cose¹⁴⁴.

¹⁴¹ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, op. cit., p. 53.

¹⁴² A. PRETTO, *Strumenti finanziari. La nuova proprietà* in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2000, p. 669 ss.

¹⁴³ U. MATTEI, *La proprietà*, op. cit., p. 14.

¹⁴⁴ *IVI*, p. 45.

Ciò detto, è però la stessa descrizione del diritto di proprietà ad aver consentito tale estensione, in forza di una tutela idiosincratica capace di coprire sia le condotte valutabili come ragionevoli agli occhi dei più, ma anche quelle devianti¹⁴⁵.

Per questo, sarebbe opportuno definire l'estensione dell'istituto partendo dai beni che possono essere oggetto di proprietà, superando la concezione classica secondo cui i beni "non possono aspirare a un ruolo maggiore di quello che il piedistallo ha per una statua" e sono "realtà senza qualità"¹⁴⁶. In altre parole, essi rilevano soltanto nella dinamica dell'appartenenza, diventando ombra dell'individuo proprietario.

Il codice del 1942, per molti aspetti assai distante dalla precedente codificazione, offre una definizione dei beni decisamente deludente: "sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti"¹⁴⁷. La nozione di bene a cui fa riferimento ha una connotazione decisamente economica, dal momento che le cose che possono formare oggetto di diritti sono quelle suscettibili di entrare a far parte del patrimonio individuale o collettivo: quest'ultimo, quindi, *de facto* è formato da beni, ma *de jure* comprende altresì diritti su questi ultimi, il che valorizza l'idea di appropriazione e, con essa, quella di scambio¹⁴⁸.

Questa interpretazione consente una facile apertura alla dematerializzazione della proprietà, teoricamente ammessa a partire dalle contaminazioni della tradizione di *common law*, che vede la proprietà come un fascio di prerogative, e praticamente realizzatasi mediante la sistemazione giuridica dei prodotti dell'evoluzione tecnica degli ultimi decenni (codici digitali, impulsi elettronici ecc.) e l'espansione della proprietà finanziaria con i

¹⁴⁵ A. GAMBARO, Dalla *new property* alle *new properties* (Itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali), in V. SCALISI (a cura di) *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia: convegno di studio in onore del prof. Angelo Falzea*, Messina 4-7 giugno 2002, Milano, 2004, p. 682.

¹⁴⁶ P. GROSSI, I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 4, 2012, p. 1059 e ss.

¹⁴⁷ Interpretazione confermata dall'articolo 811 c.c., poi soppresso nel 1944 per i riferimenti all'ordinamento corporativo, il quale faceva espresso riferimento alla funzione economica dei beni.

¹⁴⁸ A. GAMBARO, I beni, in *Trattato di diritto civile e commerciale / già diretto da A. CICU, F. MESSINEO; continuato da L. MENGONI; [poi] già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI; continuato da P. SCHLESINGER*, Milano, 2012, p. 11.

relativi strumenti, documenti rappresentativi di valori sostituiti – dematerializzati per l'appunto - mediante un sistema di iscrizioni realizzato attraverso meccanismi informatici.

Il concetto di bene è diventato sempre più astratto e simbolico, rilevando per il suo valore di scambio, per la sua idoneità a produrre ricchezza e per divenire oggetto di diritti assoluti o relativi. Così, esso è sostituito dal ricorso al termine *new properties*, un concetto che in Italia è spesso usato per indicare nuove forme di appartenenza che frantumano e riassegnano i classici attributi dominicali, come ad esempio accade negli istituti della proprietà per conto altrui o, specialmente, in quello del *trust*¹⁴⁹.

Contemporaneamente, l'espressione riprende una endiadi che, al plurale, richiama un concetto espresso da Charles Reich che, in un suo articolo degli anni '60, criticava una diffusa prassi forense e giurisprudenziale nell'esperienza americana di chiamare *proprietà*¹⁵⁰ qualsiasi nuovo interesse che richiedesse tutela giuridica, anche attraverso la protezione costituzionale, ai sensi del XIV emendamento, di quei diritti sociali non menzionati nella Costituzione federale. Il passaggio dalla locuzione di *new property* a quella di *new properties* è segnato proprio dal primo dei due punti e cioè dal riferimento dell'esistenza di insiemi di utilità, non appartenenti ai tradizionali *jura in re*, suscettibili di titolarità esclusiva e di costituire oggetto di un contratto di scambio e di godimento esclusivo, molto spesso solo per proteggere degli investimenti pregressi, che, a ben vedere, potevano trovare adeguata protezione anche mediante il ricorso ad istituti diversi¹⁵¹.

Una analoga questione parrebbe emergere dall'analisi dell'attività interpretativa della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo circa la nozione di bene di cui all'art. 1 del Protocollo

¹⁴⁹ A. GAMBARO, Dalla *new property* alle *new properties*, op. cit., p. 687.

¹⁵⁰ In questa identificazione, *property* è contrapposto al *public good*, ossia a quel bene le cui utilità non possono essere oggetto di appropriazione individuale. In questo contesto, le utilità dei beni si manifestano come il prodotto dell'esclusione nella naturale convinzione che la proprietà debba prima di tutto recare benefici al suo titolare, dotati di valore di scambio o capaci di consentire l'accumulazione di rendita.

¹⁵¹ IBIDEM.

n. 1, allegato alla Convenzione CEDU del 1950 in un momento successivo rispetto all'approvazione di quest'ultima¹⁵², proprio perché l'accordo tra diverse forze politiche in ordine allo statuto della proprietà non era stato facilmente raggiunto¹⁵³.

La disposizione recita, in una delle sue versioni originali, «[t]oute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaire pour régler l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autre contributions ou des amendes»¹⁵⁴; essa dunque non si occupa di definire il diritto, ma concentra la propria attenzione sulla nozione di bene, limitandosi a statuire che “[o]gni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni”¹⁵⁵, aprendo così la ricerca di quali beni debbano essere ricondotti alla fattispecie legale e assegnando, di fatto, un ruolo

¹⁵² Il testo della Convenzione è stato firmato il 4 novembre 1950 e nulla dice a proposito del diritto di proprietà; il primo protocollo è stato invece sottoscritto a Parigi il 20 marzo 1952 ed è entrato in vigore il 18 maggio 1984 e ratificato da 45 Stati appartenenti al Consiglio d'Europa.

¹⁵³ Infatti “Da una parte, i membri conservatori sostenevano l'esigenza di includere una specifica protezione per il diritto di proprietà, argomentando trattarsi di un diritto naturale, estensione della libertà personale; dall'altra, i membri socialisti riferendosi al diritto alla proprietà, ne sottolineavano il carattere sociale ed economico, valevole l'esclusione da uno strumento volto alla protezione dei diritti fondamentali.” Cfr. S. PRADUROUX, La proprietà privata nel sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, in *Rivista giuridica dell'ISAIDAT*, Vol. 1, Fascicolo 1, 2010, p. 1, nella versione on line www.isaidatlawreview.org. Nello stesso senso Cfr. F. BUONOMO, La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, Milano, 2005, p. 53; C. ZANGHÌ, La proprietà e i diritti umani in *Dir. dell'uomo, cronache e battaglie*, n. 2, 1999, p. 42 – 43.

¹⁵⁴ Nella traduzione non ufficiale italiana della norma: Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende».

¹⁵⁵ Nella versione originale in inglese della norma si legge “every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possession”, mentre nel testo francese compare il termine “biens”, sostituito più avanti nell'articolo con quello di “propriété”. Le ambiguità testuali delle due versioni originali sono state risolte con la sentenza *Marckx c. Belgio* del 13 giugno 1979, con la quale la Corte ha stabilito che “riconoscendo a ciascuno il diritto al rispetto dei suoi beni, l'art. 1 garantisce in sostanza il diritto di proprietà”. Cfr. S. PRADUROUX, La proprietà privata nel sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, op. cit., p. 4.

centrale al formante giurisprudenziale nella definizione dei contorni del diritto di proprietà. È appena il caso di notare che, in questo modo, tanto più ampia sarà la nozione di bene, tanto più estese saranno la garanzia e la tutela della proprietà privata, dal momento che neppure in questa norma i beni conformano l'istituto.

La Corte di Strasburgo ha notevolmente dilatato nel corso del tempo la nozione di bene, riconducendovi beni materiali, immateriali, crediti successori, l'avviamento commerciale¹⁵⁶, la conservazione della clientela¹⁵⁷, e persino la speranza legittima di godere di *social benefits*¹⁵⁸. La tutela tipica del diritto di proprietà è stata pertanto accordata a qualsiasi interesse avente natura patrimoniale, anche non coincidente con una situazione giuridica soggettiva inquadrata nel diritto di proprietà dall'ordinamento nazionale: esso pertanto presenta una marcata caratterizzazione economica ed è identificato in un insieme di diritti patrimoniali che possono essere imputati ad un soggetto privato¹⁵⁹.

Va detto che l'accento posto sul contenuto economico del diritto, in realtà, non è un elemento di novità: la stessa Corte Costituzionale, infatti, ha tutelato in diverse sentenze la proprietà, a fronte della sua privazione, in termini di valore economico. Nel farlo, tuttavia, l'interesse del proprietario è sempre stato bilanciato con gli interessi della collettività, grazie alla clausola della funzione sociale¹⁶⁰; diversamente, la Corte dei Diritti verifica la misura statale alla luce del principio di legalità, della proporzionalità dell'intervento e della sua corrispondenza ad interessi pubblici o generali¹⁶¹.

¹⁵⁶ G. RAMACCIONI, La tutela multilivello del diritto di proprietà, op. cit., pp. 102 – 103.

¹⁵⁷ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 26 giugno 1986, Van Merle et autres v. Olanda.

¹⁵⁸ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 9 dicembre 1994, Raffinerie greche Stram e altri c. Grecia; sentenza 20 novembre 1995, Pressos Compania Naviera c. Belgio; sentenza 25 aprile 1986 Gustavsson c. Svezia.

¹⁵⁹ G. RAMACCIONI, La tutela multilivello del diritto di proprietà, op. cit., p. 105.

¹⁶⁰ Cfr. Corte Costituzionale 20 gennaio 1966, n. 6; 29 maggio 1968, nn. 55 e 56.

¹⁶¹ A. MOSCARINI, Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni, op. cit., p. 259.

Quello che invece è particolarmente singolare nell'attività della Corte di Strasburgo è la creazione di una nozione autonoma del diritto di proprietà, che ricomprende i beni così come le prerogative che su di esso possono essere esercitate¹⁶²: l'estensione del diritto di proprietà di cui si parlava all'inizio parrebbe quindi aver raggiunto notevole ampiezza, attraverso l'interpretazione del concetto di bene, troppo indefinito per diventare centrale nella formulazione di nuove basi per il discorso proprietario, in cui invece esso dovrebbe collocarsi in una prospettiva ontologica, considerando i beni nella loro datità e per le utilità che essi producono. Da una parte infatti, il bene deve poter esistere indipendentemente dalla persona che ne è titolare, così come le sue caratteristiche, prescindendo in questa operazione dall'appiattimento sulla sequenza soggetto – bene determinata dalla categoria del diritto soggettivo¹⁶³; dall'altra, la dimensione ontologica dei beni consente di individuare posizioni giuridiche soggettive plurali, cosicché le forme di appartenenza che ne derivano sono anche condizionate dalla natura della risorsa. In altre parole, “ciò significa che non vi è un modo univoco e sempiterno di collegare i beni alle specifiche forme soggettive dell'appartenenza. Il diritto dei beni serve infatti a demarcare quelle utilità che sono suscettibili di una qualsiasi forma di appartenenza: individuale collettiva o pubblica, rispetto ad altre utilità di cui pure abbiamo bisogno, ma che ci provengono da prestazioni di altri e che quindi non possono essere oggetto di assegnazione in appartenenza”¹⁶⁴.

¹⁶² La nozione pertanto si avvicina meglio ai *property rights* della tradizione anglo-americana. In questo senso, S. FERRERI, *Il diritto di proprietà sui beni culturali al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, in Europa e diritto privato*, 2011, p. 183.

¹⁶³ A. GAMBARO, *I beni*, op. cit., p. 79 e ss.

¹⁶⁴ *IVI*, p. 98.

1.8 I beni comuni, l'opposto della proprietà

Le *res communes omnium* non sono certo una novità: note alla tradizione romanistica, restano spesso nascoste dalla categoria delle *res nullius*, come emerge anche dal pensiero di Gaio che, parlando di quelle, afferma “Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum sunt” (Ist. 2, 11), evidenziando come non esiste un terzo genere tra privato e pubblico, con quest'ultimo che indica l'appartenenza alla collettività¹⁶⁵. Del resto, un'analisi approfondita delle fonti romane, evidenzia come “non ci sono beni del *populus*, dei *Municipia* o delle *Coloniae*, ma ci sono anche i beni dell'intera comunità degli uomini. Sono beni comuni di tutti: l'aria, l'acqua corrente, il mare, il lido del mare, nonché, [...], la selvaggina ed i pesci”¹⁶⁶.

Nonostante il pensiero di Gaio, la differenza tra *res communes omnium* e *res nullius* era ben chiara dal punto di vista della circolazione, dal momento che le prime erano delle *res extra commercium*, mentre le seconde potevano essere acquistate mediante occupazione¹⁶⁷.

Riflessioni su questa nozione pervadono anche il pensiero cristiano e, nell'epoca medievale, la dimensione della proprietà collettiva e la diffusione degli usi civici¹⁶⁸ consentono di domandarsi se il regime giuridico più appropriato per determinate risorse sia quello dell'appartenenza a qualche soggetto (pubblico o privato, individuale o collettivo),

¹⁶⁵ P. MADDALENA, I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana, pubblicato in *Federalismi.it*, p. 3.

¹⁶⁶ *IVI*, p. 7. Nelle pagine precedenti, l'Autore illustra il contenuto di diverse fonti romane, che consentono dunque l'affermazione ivi citata.

¹⁶⁷ A. CIERVO, *I beni comuni*, Roma, 2012, p. 46.

¹⁶⁸ Per una ricostruzione sintetica, cfr. A. CIERVO, *op. cit.*, pp. 46 – 62.

oppure della non appartenenza, con la creazione di una comunione tra tutti i membri della collettività¹⁶⁹.

Si è già detto di come questa pluralità di situazioni di appartenenza sia stata spazzata via, da un punto di vista di un suo inquadramento giuridico, dalla definizione del concetto di proprietà privata adottata nei codici civili dell'Ottocento; va detto, tuttavia, che nell'art. 542 del Code Napoleon, sono definiti i beni comuni come “ceux à la propriété ou au produit desquelles habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit acquis”, mentre l'art. 714 riconosce che “il est de choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir”. Questa norma vuole portare all'interno della disciplina codicistica della proprietà, una fotografia dell'economia nazionale francese, evidentemente ancora basata sulla produzione agricola, senza però in alcun modo rappresentare un'alternativa feconda della dicotomia pubblico – privato, inaugurata dall'art. 544 dello stesso testo legislativo. Inoltre, il testo dell'art. 714 richiede l'individuazione dei beni e la definizione delle loro caratteristiche, attività a cui la dottrina coeva alla promulgazione del Code Napoléon non ha dato seguito – fedele come era ad un modello di proprietà individuale e solitaria – e che, ad oggi, potrebbe seguire a qualche timida apertura fatta da alcuni autori, secondo i quali l'art. 714 svolge una funzione fondamentale¹⁷⁰.

Nel nostro codice, il legislatore ha optato per un regime di appartenenza in cui la proprietà demaniale appartiene formalmente allo Stato – persona, ma sostanzialmente allo

¹⁶⁹ A. GAMBARO, La proprietà, op. cit., p. 5.

¹⁷⁰ Per un esame di questa disposizione, cfr. M. GRANDI, Le choses communes e l'art. 714 Code Napoléon, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2, 2013, p. 217 e ss e, in particolare, p. 223 e ss.

Stato – comunità, e quindi all’intera collettività¹⁷¹, benché poi i processi di privatizzazione avviati a partire dagli anni novanta abbiano di fatto svuotato il senso di questa visione normativa.

Questa, però, non è completamente andata persa, tanto è vero che in questo campo si collocano due recenti sentenze delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, nel febbraio 2011, hanno stabilito in materia di beni pubblici che “più che allo Stato - apparato, quale persona giuridica pubblica individualmente intesa, debba farsi riferimento allo Stato - collettività, quale ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi; in tal modo disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali) - privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati. Ne deriva quindi che, là dove un bene immobile, indipendentemente dalla titolarità, risulti per le sue intrinseche connotazioni, in particolar modo quelle di tipo ambientale e paesaggistico, destinato alla realizzazione dello Stato sociale come sopra delineato, detto bene è da ritenersi, al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica, «comune» vale a dire, prescindendo dal titolo di proprietà, strumentalmente collegato alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini”¹⁷².

¹⁷¹ P. MADDALENA, *Danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990, p. 134; nello stesso senso, G. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, vol. VII, Torino, 1982, p. 152.

¹⁷² Corte di Cassazione, sez. unite, 14 febbraio 2011, n. 3665; Corte di Cassazione, sez. unite, 16 febbraio 2011, n. 3813.

Nel 2011, è dunque emersa a livello giurisprudenziale la nozione di “comune”¹⁷³: tale scelta interpretativa è tuttavia frutto di un dibattito giuridico contemporaneo che, negli ultimi anni, ha ampiamente riflettuto sulla categoria dei beni comuni, consentendo anche un ragionamento più ampio sull’istituto della proprietà privata, grazie all’elemento dell’inclusione e dell’accesso, considerato i beni comuni, per certe loro caratteristiche, si collocano all’opposto della proprietà.

È particolarmente interessante notare che questo dibattito non è stato mai separato dal mondo delle scienze sociali, dal pensiero politico e dalle vertenze che sui territori si sono via via riconosciute nel linguaggio dei beni comuni. In effetti, la categoria dei beni comuni è stata elaborata in due fasi: la prima, che corrisponde ai lavori della cd. Commissione Rodotà, in cui, a fronte di una delega legislativa che consentiva di tradurre in dispositivo giuridico i lavori svolti a partire dal 2005 presso l’Accademia dei Lincei¹⁷⁴, si tentava un risposta normativa all’urgenza di “mettere in sicurezza” determinati beni, perlopiù risorse naturali e patrimonio artistico e culturale; una seconda, che si apriva, invece, all’indomani del referendum del 13 giugno 2011 per l’abrogazione dell’art. 23 bis del c.d. Decreto Ronchi – che imponeva la privatizzazione del servizio idrico - e ha registrato l’incontro dei primi contributi teorici con vertenze territoriali di natura diversa.

a) La prima fase: i lavori della Commissione Rodotà

Nel giugno del 2007, con Decreto del Ministro della Giustizia, veniva istituita una Commissione sui Beni Pubblici con il compito di redigere uno schema di legge delega per

¹⁷³ La Corte Costituzionale ha utilizzato la locuzione beni comuni in diverse sue decisioni, ma attribuendole di volta in volta un significato diverso i comunque in maniera a sistematica. Cfr. A. CIERVO, I beni comuni, op. cit., p. 128 e ss.

¹⁷⁴ I lavori sono raccolti in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di) I beni pubblici. Dal governo democratico dell’economia alla riforma del codice civile, Accademia dei Lincei, Roma, 2010.

la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici (artt. 822 – 830 c.c.); a presiedere la commissione, Stefano Rodotà, e accanto a lui, giuristi di provenienza molto diversa. L'obiettivo era quello di introdurre una disciplina dei beni che sostituisse un quadro normativo inadeguato ed obsoleto che aveva consentito, a partire dal 1991 e con il fine di ridurre il debito pubblico, la dismissione di beni pubblici per un valore pari a 150 miliardi di euro, biasimata dalla stessa Corte dei Conti nel 2010¹⁷⁵.

Il codice civile adotta una tassonomia oggettivistica dei beni pubblici, distinguendo tra beni demaniali, beni del patrimonio indisponibile e beni del patrimonio disponibile. Individuando così aree disciplinari diversi, per i primi entro il perimetro del diritto pubblico, per i secondi in quello del diritto privato; tuttavia, i beni del patrimonio disponibile sono sì proprietà pubblica ma, necessitando di una gestione imprenditoriale, sono disciplinati dal diritto privato ed in particolare dalle regole relative a proprietà e diritti reali¹⁷⁶. È evidente che l'approccio del codice civile, che impiega l'ontologia dei beni per individuare il loro statuto disciplinante, è fortemente fiscalista, non riservando giusta attenzione agli "interessi collettivi i quali ovviamente si combinano direttamente con le risorse che i beni possono generare e quindi si concretizzano in certi usi dei beni"¹⁷⁷. Contemporaneamente, il ricorso all'elencazione dei beni tradisce l'assenza di una riflessione economica e politica complessa sulla tassonomia sul settore pubblico, dando ancora una volta dimostrazione del ritardo politico e sociale del libro III¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Relazione del 12 febbraio 2010 della Corte dei Conti, Risultati e obiettivi delle operazioni di privatizzazione di partecipazioni pubblici, delibera n. 3/2010. Cfr. U. MATTEI, I beni pubblici: un dialogo tra diritto e politica, in G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà, op. cit., p. 125, nota 17.

¹⁷⁶ A. GAMBARO, I beni, op. cit., p. 302.

¹⁷⁷ IBIDEM, p. 303.

¹⁷⁸ U. MATTEI, I beni pubblici: un dialogo tra diritto e politica, op. cit., p. 122.

La facilità di procedere alla dismissione del patrimonio pubblico, da una parte, e dall'altra la consapevolezza dell'incapacità di valorizzare i beni pubblici senza far venir meno il collegamento con l'interesse della collettività, hanno condotto la Commissione Rodotà ad immaginare, nei lavori per la redazione dello schema di legge delega, una nuova tassonomia dei beni pubblici, che conferisse una tutela rafforzata a determinate risorse, nella convinzione che un uso collettivo delle stesse consenta una loro migliore fruizione rispetto ad un uso individuale¹⁷⁹.

Accanto ai beni pubblici¹⁸⁰ e ai beni privati ad appartenenza pubblica¹⁸¹, viene quindi enucleata la categoria dei beni comuni. Si tratta perlopiù di beni facenti parte del patrimonio naturale e culturale (ne fanno parte i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi; le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate)¹⁸², che possono essere utilizzati in modo non rivale, considerato che le utilità prodotte da questi beni sono funzionali a garantire l'esercizio dei diritti fondamentali e il libero

¹⁷⁹ A. GAMBARO, I beni, op. cit., p. 338.

¹⁸⁰ Questa categoria va a sostituire quella della demanialità e della patrimonialità; essa ricomprende al proprio interno due articolazioni che sono i *beni ad appartenenza pubblica necessaria* (tra questi troviamo le strade e gli acquedotti; essi soddisfano interessi generali fondamentali, la loro cura spetta allo Stato e agli enti pubblici territoriali; non sono alienabili né usucapibili) e i *beni pubblici sociali* (tra questi: gli edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; essi soddisfano bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona, e la loro circolazione è ammessa a patto che venga conservato il vincolo di destinazione, il quale può venire meno solo se viene garantito il mantenimento o il miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati).

¹⁸¹ Essi sono gestiti da persone pubbliche con strumenti di diritto privato, ma possono essere alienati qualora venga meno la necessità dell'utilizzo pubblico e si verifichi l'impossibilità di continuare il godimento in proprietà con criteri economici.

¹⁸² art. 1, comma 3, lett. c) del disegno di legge delega.

sviluppo della persona umana, anche in un'ottica intergenerazionale, considerata la natura esauribile o comunque deteriorabile degli stessi¹⁸³.

Sono beni a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati, rilevando esclusivamente la concreta possibilità di una loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissate dalla legge. Quando i beni comuni appartengono allo Stato sono posti *extra commercium* e, come tali, non possono essere alienati: la concessione ai privati è limitata ai soli casi previsti dalla legge e comunque per una durata limitata¹⁸⁴, e il suo rinnovo è subordinato ad una verifica dell'impatto sociale ed ambientale dell'utilizzazione. Inoltre, è assegnata al titolare pubblico un'azione per le reversione dei profitti, un efficace rimedio *ex post* all'estrazione di ingiuste rendite che devono, invece, tornare alla collettività di riferimento. Infine, per quel che riguarda gli strumenti di tutela dei beni comuni, la Commissione prevedeva, oltre all'azione di riversione dei profitti e quella di danni, l'estensione della tutela inibitoria a chiunque abbia interesse alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni, superando, quindi, il criterio della cittadinanza e dando concretezza all'idea di titolarità diffusa¹⁸⁵.

Le sorti del Disegno di Legge hanno seguito quelle del Governo Prodi, alla caduta del quale il testo di riforma ha cessato il proprio *iter* di discussione; nel 2009, a seguito di una proposta di legge delega formulata ai sensi dell'articolo 121, comma 2 della Costituzione dal Consiglio Regionale del Piemonte, il testo della proposta Rodotà è stato recuperato integralmente e ha ripreso l'iter parlamentare presso la Commissione Giustizia, dove ha

¹⁸³ M. RENNA, Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici, in G. COLOMBINI (a cura di), I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale, Napoli, 2009, p. 23.

¹⁸⁴ M. D'ALBERTI, Il nuovo diritto dei beni pubblici tra valori della persona ed esigenze economiche, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di) I beni pubblici, op. cit. p. 81.

¹⁸⁵ Cfr. S. RODOTÀ, Conclusioni, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di) I beni pubblici, op. cit., 2010, p. 134: "il cittadino di Trento che si alza una mattina e vuole salvaguardare l'ambiente di Lampedusa [...] è un signore che parla per le generazioni future".

incassato una bocciatura della Commissione Difesa (a causa di dubbi relativi al demanio militare) e un parere favorevole dall'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia.

b) La seconda fase: dal referendum Acqua Bene Comune alla nuova tassonomia dei beni comuni.

Molti dei giuristi che avevano fatto parte della Commissione Rodotà sono stati, nel 2011, tra i redattori di due dei quattro quesiti referendari andati al voto il 12 e il 13 giugno dello stesso anno; questi avevano ad oggetto il primo, l'abrogazione dell'art. 23 bis del Decreto Ronchi, il quale imponeva la privatizzazione dei servizi pubblici locali, stabilendo scadenze fisse per la messa a gara delle società – prevalentemente pubbliche – che si occupavano la gestione; il secondo, l'eliminazione della remunerazione del capitale investito dalle voci di calcolo della tariffa del servizio idrico integrato; il terzo, l'abrogazione della legge che ristabiliva un programma per lo sviluppo dell'energia nucleare.

Il “rapporto simbiotico tra cultura accademica militante e prassi di movimento”¹⁸⁶, rappresentato dal Forum Nazionale dei Movimenti per l'acqua, che ha coordinato la campagna referendaria attraverso comitati locali che già da diverso tempo erano impegnati in campagne per l'acqua pubblica, ha delineato una relazione particolarmente proficua, come lo stesso successo della campagna referendaria, dal nome appunto di Acqua Bene Comune, ha dimostrato.

Il grande successo della consultazione (superamento del quorum strutturale, con ventisette milioni di elettori e prevalenza dei “sì” pari al 57% degli aventi diritto al voto) ha inaugurato la grande diffusione del concetto di beni comuni, impiegato in moltissime

¹⁸⁶ U. MATTEI, Beni Comuni. Un Manifesto, Roma – Bari, 2011, p. 85.

vertenze aventi ad oggetto la difesa di risorse ambientali¹⁸⁷ o dei beni culturali¹⁸⁸, contro la loro privatizzazione o il loro abbandono da parte del proprietario pubblico¹⁸⁹, o del lavoro¹⁹⁰.

Maria Rosaria Marella, cogliendo queste declinazioni, ha offerto una semplice tassonomia che mette a sistema gli elementi comuni di questi usi eterogenei, individuando beni comuni materiali (acqua, risorse naturali collegate all'ambiente e al patrimonio storico e artistico-culturale del Paese), e immateriali (creazioni intellettuali, saperi e tradizioni popolari, in uno schema difficile da cristallizzare perché in continua evoluzione); istituzioni erogatrici di servizi che sono oggetto di diritti sociali (sanità e università) e lo spazio urbano, intendendo non soltanto il territorio urbano da tutelare rispetto ai processi di cementificazione ma anche le specificità culturali dei quartieri, messe a rischio dalla strategia di *gentrification* e contro le riduzioni degli spazi della democrazia; da ultimo, sono ricondotte nel campo dei beni comuni l'idea di "lavoro", "informazione" e

¹⁸⁷ Ad esempio, il movimento No Tav, che da anni si oppone alla realizzazione della linea ferroviaria ad alta velocità in Val di Susa, si riconosce dopo l'esperienza della Libera Repubblica della Maddalena nell'idea di difesa del territorio come bene comune.

¹⁸⁸ In particolare, il 14 giugno 2011, un gruppo di lavoratori precari dello spettacolo occupava il Teatro Valle di Roma, istituzione storica della città, svuotata della propria programmazione artistica a fronte dei tagli alla cultura e prossima alla vendita. I lavoratori reclamavano il diritto ad accedere al bene e a poterlo gestire autonomamente; a questa occupazione ne seguivano altre: a Venezia era occupato il Teatro Marinoni, a Catania il Teatro Coppola, a Napoli l'Asilo della creatività, a Palermo il Teatro Garibaldi e altre vertenze esplodevano a Pisa e a Messina. Cfr. U. MATTEI, *Protecting the Commons: Water, Culture and Nature: the commons movement in the Italian struggle against neoliberal governance*, in *The South Atlantic Quarterly*, 2013, p. 373.

¹⁸⁹ I movimenti che hanno agito per difendere o rivendicare un bene comune hanno spesso utilizzato pratiche ritenute illegali nel nostro ordinamento, quale ad esempio quella dell'occupazione che, come abbiamo visto, è una azione capace di mettere in crisi l'assetto attuale delle relazioni proprietarie. In questo senso l'occupazione di immobili rappresenta una forma di disobbedienza proprietaria che è in grado di sfidare le rigidità e le cristallizzazioni del sistema: spazi abbandonati e rappresentativi del solo esercizio (abusivo) della prerogativa dello *ius excludendi* sono riaperti alla collettività e valorizzati, il che porta a chiederci se un'azione illegale quale quella dell'occupazione possa ritenersi legittima quando si muova in un quadro di compatibilità con i valori costituzionali. Cfr. S. BAILEY, U. MATTEI, *Social movements as constituent power: the Italian struggle for the commons*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 20, Issue 2, 2013, p. 965 ss.

¹⁹⁰ Il lavoro è un bene comune è stato uno slogan utilizzato dalla Federazione Impiegati Operai Metallurgici (Fiom – Cgil) nel corso di una manifestazione che si è svolta nell'ottobre del 2011 a Roma.

“democrazia”, con un richiamo a relazioni politiche e a rapporti economici che, essendo dotati di dignità costituzionale, determinano di fatto l’ordine sociale e politico¹⁹¹.

La nozione di beni comuni è dunque emersa non solo come concetto giuridico, avallato non molto tempo dopo dal già ricordato intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite¹⁹², ma anche nel suo significato politico, al punto da diventare protagonista di una vera inflazione nell’uso del termine, spesso impiegato anche in contesti non collegati ai discorsi intorno ai beni comuni¹⁹³. In ogni caso, la natura relazione e collettiva mantiene un forte radicamento con alcuni precetti costituzionali e tanto dovrebbe essere sufficiente per superare l’assenza di una definizione onnicomprensiva e confinata in rigidi confini¹⁹⁴.

Rispetto alla definizione offerta dalla Commissione Rodotà dunque, l’elaborazione sui beni comuni ha conosciuto un significativo ampliamento, senza che ciò abbia minato le basi teoriche del concetto: infatti, la Commissione era chiamata ad elaborare una categoria di beni che potesse trovare spazio nella tassonomia del codice civile, rispettando altresì le indicazioni ministeriali e giungendo ad una definizione capace di soddisfare tutti i giuristi – di diversa provenienza che la componevano.

Da quella definizione però le prassi politiche degli ultimi anni hanno saputo cogliere i tratti potenzialmente capaci di trasformare alcuni rapporti di forza: l’ancoraggio ai diritti fondamentali e ai bisogni della persona, l’idea dell’uguaglianza e della partecipazione, l’inclusione e l’accesso, la dimensione relazionale nell’uso, da interpretarsi in modo

¹⁹¹ M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, Verona, 2012.

¹⁹² Corte di Cassazione – Sezioni Unite civili, Sentenza 14 febbraio 2011, n. 1465.

¹⁹³ Il riferimento è alla coalizione Italia Bene Comune guidata dal Partito Democratico e presentata alle elezioni politiche del 2013. Cfr. U. MATTEI, *I beni pubblici: un dialogo tra diritto e politica*, op. cit., p. 130. Tale ultima associazione, che potrebbe apparire come la più difficile da accettare per il giurista positivista, indica come l’espressione beni comuni sia oggi impiegata non soltanto per individuare determinati beni, ma anche relazioni che emergono da prassi di conflitto; cfr. U. MATTEI, *Beni Comuni. Un manifesto*, op. cit. p. 54.

¹⁹⁴ U. MATTEI, *I beni pubblici: un dialogo tra diritto e politica*, op. cit., p. 133.

ecologico e qualitativamente responsabile¹⁹⁵ sono tutti grimaldelli efficaci per forzare le strutture proprietaria, mettendone in evidenza le contraddizioni e le alternative¹⁹⁶.

c) Beni comuni e proprietà.

La nozione di beni comuni, pur sfuggendo come si è detto ad una precisa definizione, può essere analizzata in rapporto al concetto di bene e a quello di proprietà. Circa il primo profilo, è evidente che essa impone una revisione dell'attuale sistemazione della materia dei beni che investa non soltanto la tassonomia dei beni pubblici, ma anche lo stesso art. 810 c.c., come del resto la stessa proposta della Commissione Rodotà suggeriva.

Tale norma infatti tradisce non soltanto un'impostazione eccessivamente fiscalista, ma finisce per attorcigliarsi attorno a concetti che non definiscono nulla e che anzi, essi stessi, avrebbero bisogno di essere chiariti. Secondo la norma, infatti, si qualifica bene qualunque cosa che può formare oggetto di diritti, ma nulla è detto sul concetto di cosa – recepito in una chiave quasi naturalistica, di preesistenza alle categorie del giuridico – e su quello di oggetto di diritti. In realtà, tale termine parrebbe chiarirsi guardando alla collocazione dell'art. 810 c.c. che essendo inserito nel titolo dedicato ai diritti reali, è intimamente connesso dal legislatore con il diritto di proprietà e le situazioni giuridiche ad essa assimilabili, con il risultato di racchiudere il bene nella categoria dell'attribuzione

¹⁹⁵ U. MATTEI, Beni comuni. Un manifesto, op. cit. p. 83.

¹⁹⁶ Questi temi sono oggetto di un percorso di analisi e di studio portato avanti dalla cd. Costituente dei beni comuni, un'assemblea autoconvocata che, a partire dai lavori della Commissione Rodotà, di cui coinvolge molti membri, si propone di redigere un articolato in materia di beni comuni. Le sessioni della Costituente si svolgono in forma assembleare e sono pubbliche; la commissione redigente dei giuristi raccoglie materiali e spunti per la propria elaborazione sui territori, con una modalità di lavoro che è quindi itinerante. Fino ad ora, si è svolta un'assemblea il 13 aprile 2013 presso il Teatro Valle di Roma, a cui sono seguiti gli incontri di L'Aquila, Pisa, Roma (presso il Cinema Palazzo), Padova, ognuno dei quali ha avuto ad oggetto argomenti diversi. La commissione redigente fino ad ora si è riunita due volte, discutendo la struttura generale dell'articolato e una prima stesura di una sua parte.

esclusiva. Se questo è, il testo dell'art. 810 c.c. si pone in contraddizione con l'idea di beni comuni, i quali non traducono il rapporto tra individuo e realtà circostante in chiave di dominio e di relazione appropriativa delle utilità suscettibili di una valutazione economica, ma anzi rivelano un'assoluta indifferenza rispetto alla dimensione dell'appartenenza¹⁹⁷.

Da qui, il rapporto tra beni comuni e proprietà. Si è detto che essi si collocano all'opposto della proprietà perché non possono essere oggetto di un'appropriazione individuale, essendo autonomi ed alternativi sia rispetto alla proprietà privata che alla proprietà pubblica¹⁹⁸.

Nella categoria dei beni comuni il concetto di proprietà diventa quindi un involucro formale che coincide soltanto con l'idea di titolarità¹⁹⁹: infatti, tali risorse possono appartenere tanto a soggetti pubblici che privati, i quali però non possono goderne in modo assoluto ed esclusivo, considerato che i loro comportamenti devono necessariamente rispondere alle istanze di socialità tradotte dalla portata sovraindividuale dei beni comuni. In altre parole, il titolare di un bene comune non può esercitare il diritto di esclusione e di conseguenza il concetto di proprietà si trasforma da diritto esclusivo a garanzia di accesso al bene per tutti. Considerato che i beni comuni “appartengono a tutti e a nessuno: tutti possono accedervi, nessuno può vantare diritti esclusivi”²⁰⁰, è subito evidente la centralità dell'accesso, senza il quale non si potrebbe in alcun modo collegare il diritto al bene, da regolare in relazione alle caratteristiche ontologiche di quest'ultimo.

¹⁹⁷ A. IULIANI, Prime riflessioni in tema di beni comuni, in *Europa e diritto privato*, n. 2, 2012, p. 617 e ss.

¹⁹⁸ U. MATTEI, Beni comuni. Un Manifesto, op. cit. p. 7.

¹⁹⁹ A. IULIANI, Prime riflessioni in tema di beni comuni, op. cit.

²⁰⁰ S. RODOTÀ, Beni comuni: una strategia contro lo *human divide*, in M.R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato*, op. cit., p. 329.

CAPITOLO II

LA PROPRIETÀ CONFINATA NEL DIRITTO DI ESCLUDERE: IL CASO DELLA DERELICTIO DELLA PROPRIETÀ IMMOBILIARE

2.1. Il diritto di non uso – 2.2. Quando il non uso diventa abbandono: una tassonomia comparata della derelictio di beni mobili e di beni immobili – 2.3. Il fenomeno delle occupazioni abusive tra tutela penale e tutela civile della proprietà – 2.4. Abbandono e responsabilità proprietaria – 2.5. Conclusioni

2.1. Il diritto di non uso

L'autonomia che l'ordinamento riconosce al proprietario si traduce nell'astratta indipendenza del potere di escludere gli altri dalla facoltà di utilizzare o non utilizzare il bene oggetto del diritto. In altre parole, il proprietario ha diritto di esercitare lo *ius excludendi* anche nelle ipotesi in cui non faccia uso della sua proprietà: si ritiene, infatti, che anche la scelta di non esercitare poteri e facoltà dominicali rientri nella sfera di autonomia del proprietario, con la logica conseguenza che il diritto di proprietà è imprescrittibile, non potendosi estinguere per non uso. Questo attributo è solitamente collegato – oltre che alla sovranità che il diritto di proprietà garantisce all'individuo – ad un altro carattere fondamentale dell'istituto, ossia la sua perpetuità, da intendere come il

diritto di alienare il proprio bene infinite volte²⁰¹, in un modello teorico pensato per il bene terra²⁰².

Questa costruzione teorica non è scalfita dall'esistenza nel nostro ordinamento dell'istituto dell'usucapione, che, pur rappresentando una vicenda estintiva ed acquisitiva del diritto di proprietà legata al decorso del tempo, non inquadra il mancato esercizio di atti di godimento, bensì il mancato esercizio dei rimedi posti a tutela del medesimo diritto.

Il non uso del diritto di proprietà è tuttavia preso in considerazione nel nostro ordinamento tanto nel codice quanto nella legislazione speciale, a dimostrazione che, sebbene l'acquisto e la conservazione della proprietà prescindano da un giudizio di meritevolezza sull'interesse perseguito, il legislatore non possa garantire il potere di usare le risorse in modo irresponsabile, dovendo ammettere che, in determinati casi, la condotta materiale del proprietario sia giudicata alla luce di una valutazione collettiva²⁰³.

Così l'art. 838 c.c. prevede che “salve le disposizioni delle leggi penali e di polizia, nonché [le norme dell'ordinamento corporativo e] le disposizioni particolari concernenti beni determinati, quando il proprietario abbandona la conservazione, la coltivazione o l'esercizio di beni che interessano la produzione nazionale, in modo da nuocere gravemente alle esigenze della produzione stessa, può farsi luogo all'espropriazione dei beni da parte dell'autorità amministrativa, premesso il pagamento di una giusta indennità. La stessa disposizione si applica se il deperimento dei beni ha per effetto di nuocere gravemente al decoro delle città o alle ragioni dell'arte, della storia o della sanità pubblica”²⁰⁴.

²⁰¹ Per tale ricostruzione, cfr. A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1990, p.101 e ss.

²⁰² Peraltro, va ricordato che lo stesso dogma della perpetuità è messo in crisi dall'istituto della proprietà temporanea.

²⁰³ A. GAMBARO, *La proprietà. Beni, proprietà, comunione*, op. cit., pp. 97 – 98.

²⁰⁴ La disciplina è completata dall'art. 56 disp. Att. c.c.: “Il provvedimento dell'autorità amministrativa con il quale si dispone che si proceda all'espropriazione a norma dell'art. 838 del codice è dato con decreto motivato del ministro competente. Il decreto deve contenere la designazione precisa del bene soggetto a

La norma, definita “un’arma ben più sicura e potente di quanto non sia tutta la legislazione sulla concessione delle terre incolte ai contadini”²⁰⁵, richiama in maniera indefinita il concetto di abbandono della conservazione, della coltivazione o dell’esercizio di beni, richiedendo un preciso comportamento del proprietario: sanziona dunque con la misura più grave, la perdita della proprietà, il comportamento assenteista, imponendogli un comportamento attivo da tenere non soltanto nell’interesse della produzione nazionale, ma altresì di interessi, quali il decoro, l’arte e la storia che di per sé non sono suscettibili di una valutazione economica. Peraltro, proprio questi elementi - e quindi la valorizzazione del secondo comma della norma - consentirebbero di emanciparla da quella interpretazione che intende questa previsione come un inutile retaggio della disciplina corporativa, come del resto la stessa rubrica della norma parrebbe indicare, benché sia noto che le norme del codice si interpretano a prescindere dalla loro rubrica. In altre parole, sarebbe opportuno dare dell’art. 838 c.c. un’interpretazione costituzionalmente orientata, in armonia con la funzione sociale della proprietà prevista dall’art. 42 della Costituzione.

Si è detto che anche nella legislazione speciale non manca una certa sensibilità ad intervenire nei confronti del proprietario terriero inerte. Esemplare in questo senso è la disciplina contenuta nella legge 4 agosto 1978, n. 440, con la quale il legislatore da una parte, cercava di superare i latifondi e dall’altra, approntava uno strumento per affrontare la disoccupazione giovanile attraverso la riduzione del fenomeno dell’abbandono delle campagne e della estensione delle terre incolte. La disciplina sostituisce la normativa che tra il 1944 e il 1950 aveva regolato la materia della concessione a contadini delle terre non

espropriazione e deve essere notificato all’interessato, il quale può impugnarlo con ricorso al consiglio di Stato. Si osservano nell’espropriazione, in quanto applicabili, le norme della legge generale sull’espropriazione per pubblica utilità”.

²⁰⁵ M. LONGO, Contro chi si dovrebbe applicare l’art. 838 del codice civile in *Il Foro It.*, vol. 73, IV, p. 13 e ss.

coltivate o insufficientemente coltivate: il riferimento è al d.l. Lgt. 19 ottobre 1944, n. 279 (Concessione ai contadini delle terre incolte) e successive modifiche²⁰⁶, il quale è stato altresì oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale (sentenza 10 ottobre 1983, n. 301) per un presunto contrasto, tra gli altri, con l'art. 42 della Cost., dal momento che "l'art. 42, secondo comma, della Costituzione, nel prescrivere la funzione sociale della proprietà, ha inteso fissare un dovere di esercizio in senso rispondente alle finalità dell'ordinamento, la cui osservanza od inosservanza ha carattere volontario. Ancora il mancato rispetto della funzione sociale non può far carico al titolare del diritto se quest'ultimo - per circostanze estranee alla sua concreta disponibilità - si sia trovato in condizione di non poter attuare quel dovere e non abbia avuto modo di esercitare concretamente il godimento effettivo del bene produttivo". La Corte respingeva questa censura sottolineando che i provvedimenti di concessione delle terre incolte previsti dal legislatore non avevano carattere sanzionatorio o punitivo nei confronti dei proprietari, intervenendo a fronte di un "dato di fatto obiettivo", ossia della non coltivazione o della insufficiente coltivazione dei terreni agricoli²⁰⁷.

Tornando alla legge n. 440/1978, resta immutato il presupposto della disciplina, ossia l'esistenza di terre incolte, abbandonate, insufficientemente coltivate e comunque non destinate all'utilizzazione agraria da almeno due annate agricole. Chiunque sia interessato a recuperare la produzione sul terreno può depositare una domanda presso la Regione competente per localizzazione dello stesso (la quale censisce i campi che possono essere oggetto della procedura), che poi provvede a notificarla al proprietario e ad altri eventuali

²⁰⁶ Il decreto è stato integrato e modificato dal d.l. Lgt. 26 aprile 1946, n. 597, dai d.l. C.p.S. 6 settembre 1946, n. 89 e 27 dicembre 1947, n. 1710, dalla legge 18 aprile 1950, n. 199 e dall'art. 27 della legge 11 febbraio 1971, n.11, e degli artt. 1 e 2 della legge 18 aprile 1950, n. 199 (Norme modificative delle disposizioni vigenti in materia di concessione di terreni incolti ai contadini).

²⁰⁷ La sentenza è pubblicata sul sito Internet della Corte Costituzionale: <http://www.cortecostituzionale.it>

aventi diritto, i quali, entro quarantacinque giorni dal ricevimento della comunicazione, possono essi stessi chiedere di coltivare il terreno direttamente, allegando un piano di sviluppo aziendale da redigere secondo criteri dettati dalla legge e in accordo con le Regioni. Qualora tale richiesta sia accolta, ma il proprietario non realizzi il piano concordato, i terreni vengono assegnati a chi ne abbia fatto richiesta, senza che il proprietario possa inoltrare un'ulteriore richiesta di coltivazione diretta, sino alla scadenza dell'assegnazione.

La procedura disciplinata dalla legge n. 440/1978 per selezionare le manifestazioni di interessi prevede la partecipazione nella fase decisionale di tutti i soggetti coinvolti: all'art. 3 è infatti descritta una commissione composta da rappresentanti istituzionali, due rappresentanti dei proprietari non coltivatori e due tra i coltivatori diretti; due rappresentanti espressione del mondo della cooperazione agricola (da individuare mediante il coinvolgimento delle relative associazioni sindacali), due rappresentanti dei lavoratori agricoli e, infine, quattro rappresentanti dei comuni o delle comunità montane designati dall'ANCI e gli enti montani della regione interessata²⁰⁸. Vale la pena di ricordare che si tratta di normativa vigente nel nostro ordinamento che quindi sottrae l'uso della risorsa al proprietario inerte, consegnandolo a chi invece intenda coltivare la terra, attraverso una separazione legale tra dominio eminente e dominio utile.

Queste fattispecie evidenziano quanto sia problematico sindacare la scelta compiuta dal proprietario in ordine alla destinazione del bene e al momento del suo utilizzo: sebbene il proprietario possa quindi differire nel tempo l'uso dei propri beni, sarebbe opportuno

²⁰⁸ S. CASSESE, *Dalla proprietà all'impresa: i beni destinati dallo Stato alla produzione in Politica del diritto*, 1975, p. 609 e ss.; Cfr. G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2001.

che egli non scarichi i costi di tale scelta sovrana sulla collettività, da intendere in termini di esternalità negative e di equità.

I termini della questione appaiono più chiari in materia di proprietà di beni immobili, la cui vacanza contrasta attualmente in modo stridente con la diffusa crisi economica e sociale. Se è vero che le regole proprietarie offrono criteri per orientare la condotta del proprietario e per conseguire un risultato socialmente apprezzabile²⁰⁹, allora è doveroso interpretare il diritto esistente e individuare strumenti normativi per evitare che la tutela proprietaria possa avere la stessa intensità anche nei confronti del proprietario – pubblico o privato – assenteista, valutando le ipotesi in cui la sua inerzia e il non uso del bene siano dannosi e produttivi di esternalità negative.

2.2 Quando il non uso diventa abbandono: una tassonomia comparata della *derelictio* di beni mobili e beni immobili.

Il concetto di abbandono ha carattere anfibologico. Infatti, attribuendogli un senso esclusivamente fisico – un abbandono quindi *de facto* – esso non determina il venir meno della responsabilità per il proprietario del bene derelitto. Se Tizio dovesse abbandonare la propria abitazione, tale comportamento non estinguerebbe, ad esempio, i suoi obblighi contributivi derivanti dalla titolarità dell’immobile. Un’interessante classificazione delle manifestazioni di questo comportamento è offerta nel report “RiutilizziAmo l’Italia” del 2013 redatto dal WWF, in cui vengono individuati – tipi diversi di abbandono: l’abbandono di attesa speculativa, in cui il proprietario “punta alla sostituzione di una funzione obsoleta con funzioni più redditizie, al fine di incrementare il valore di aree o

²⁰⁹ A. GAMBARO, La proprietà, op. cit., p. 107.

edifici in vista di una sua alienazione, oppure nella prospettiva di investirvi capitali per operazioni immobiliari”; quello per disinteresse vigile, “una patologia che riguarda soprattutto i patrimoni pubblici a vario titolo; ex aree militari, ex ferrovie, ex attrezzature pubbliche quali scuole, ospedali, mattatoi, mercati”, in cui il proprietario non usa il bene o lo usa in modo marginale “ ma nel contempo non intende in alcun modo cederlo - i costi di gestione del bene sono infatti coperti da risorse pubbliche; tipico esempio le aree militari - neppure per soddisfare una eventuale domanda di natura sociale. Si punta in sostanza al *congelamento*, anche se non si può del tutto escludere una non dichiarata aspettativa di realizzi economici, alimentata dalle periodiche campagne di alienazione dei patrimoni pubblici (che come noto hanno ottenuto il solo risultato di aver venduto a basso prezzo *gioielli di famiglia*)”; l’abbandono per incapacità gestionale, associata o meno alla carenza di risorse, a cui corrisponde “un sostanziale disinteresse per la cosa pubblica di amministrazioni ai diversi livelli, che spesso nascondono le proprie responsabilità lamentando la carente disponibilità di risorse; l’abbandono che cela investimenti pubblici errati; l’abbandono per convenienza, che “interessa tipicamente aree ed edifici oggetto di attività industriali che – in assenza o in violazione di normative – hanno generato un inquinamento dei suoli (e delle acque) intenso e persistente”; l’abbandono per mancanza di convenienza economica al riutilizzo, che conduce al deterioramento “beni storico-architettonici, porzioni di centri storici, edifici di archeologia industriale, edifici recenti con prestazioni energetiche o funzionali insufficienti, oppure con collocazioni palesemente errate”²¹⁰.

Allo stesso tempo, vi è un significato giuridico dell’abbandono, il quale – con tale connotazione – determina l’estinzione delle relative responsabilità, perché comprende in sé

²¹⁰ Report “RiutilizziAmo l’Italia” 2013, WWF Italia, pubblicato nel sito dell’organizzazione www.wwf.it, pp. 23 – 28.

la volontà di interrompere la relazione dominicale con un certo bene. Con questo significato, l'abbandono *de jure* è un atto con cui un soggetto pone termine ad un rapporto o ad una situazione giuridica, determinando l'estinzione di posizioni giuridiche soggettive di vantaggio. Tale definizione parrebbe quindi coincidere con la descrizione che può darsi dell'istituto della rinuncia, privo di una norma di carattere generale, nonostante siano numerose le disposizioni che, nel codice civile, fanno ad esso riferimento²¹¹.

In materia di proprietà, si parla più correttamente di derelizione (*derelictio*) e il corrispondente atto è compiuto dal proprietario che si spoglia di un proprio bene con l'animo di rinunciare al dominio su di esso. La derelizione (che, intesa nei termini generali come rinuncia, è una facoltà di disposizione)²¹², insieme alla distruzione, rappresenta un potere “potenzialmente idiosincratico idoneo a caratterizzare la sovranità dominicale”²¹³, il quale si atteggia in modo diverso a seconda del bene su cui viene esercitato, fermo restando che essendo il regime della proprietà complessivamente soggetto alla funzione sociale, come stabilito dall'art. 42 Cost., anche l'abbandono dovrebbe essere in qualche modo letto alla luce di questa clausola generale.

Nel nostro ordinamento, un bene mobile che non appartenga ad alcuno o la cui titolarità non sia sicuramente dimostrabile (a seguito, ad esempio, di una *vacatio domini* di lungo periodo) è una *res nullius* e di conseguenza può essere acquistato per occupazione, ex art. 923 c.c. e ss.; ai sensi di questa disciplina si acquistano altresì le *res derelictae*, quei beni cioè abbandonati dal loro proprietario. La *derelictio* può essere intesa come un trasferimento unilaterale, espressione ossimorica che mette in rilievo come l'abbandono,

²¹¹ L. BOZZI, La negoziabilità degli atti di rinuncia, Milano, 2008, pp. 1 – 2. L'Autrice infatti definisce la rinuncia come “un atto con il quale il titolare di una posizione attiva, di un potere, se ne spoglia volontariamente”, p. 3.

²¹² *IVI*, p. 9.

²¹³ U. MATTEI, La proprietà, op. cit., p. 259.

consistendo in una spogliazione di una posizione giuridica soggettiva di vantaggio, non coinvolga terzi né sia effettuato per soddisfare, in modo diretto o indiretto, bisogni o interessi altrui²¹⁴. Esso evita al proprietario i costi di transazione che deriverebbero da un trasferimento a titolo oneroso del bene stesso (individuazione controparte, trattative, trasferimento ...), e che non sono assenti neppure nel caso di trasferimenti a titolo gratuito. La dottrina di stampo romanistico sottolinea come, affinché l'atto del proprietario possa ben qualificarsi come abbandono, sia necessaria la volontà di abdicare il diritto: l'analisi dell'*animus derelinquendi*, tuttavia, è quanto mai difficoltosa e per questo sostituita dall'applicazione di indici basati su consuetudini sociali²¹⁵. Quando manca l'elemento volitivo, pertanto, non si tratterà di derelizione del bene, ma di suo smarrimento: così, un oggetto di valore è stato probabilmente smarrito e non abbandonato dal suo proprietario. All'occupante, invece, non è richiesta la consapevolezza dell'effettività dell'abbandono, potendo dunque ignorare - in buona fede e non per sua colpa grave - di ledere un altrui diritto, il che lo esonera dal dover ricercare il proprietario del bene.

Quindi, riassumendo i presupposti richiesti dal codice civile per l'occupazione dei beni mobili, questi ultimi devono avere la natura di *res nullius* o *derelictae*; devono poter costituire oggetto di proprietà privata (da cui, non si può occupare una *res extra commercium*)²¹⁶; chi le abbandona deve avere l'intenzione di spogliarsi del bene e l'occupante la volontà di acquistarle²¹⁷. La norma riflette le origini di questo modo di acquisto della proprietà e rispecchia una società le cui prevalenti attività economiche erano la raccolta, l'allevamento del bestiame e la caccia²¹⁸; ciò spiega il motivo per cui l'istituto

²¹⁴ G. DEJANA, voce Abbandono (Derelictio), in Enciclopedia del Diritto, I, Milano, 1958, p. 9 ss.

²¹⁵ A. GAMBARO, La proprietà, op. cit., p. 363.

²¹⁶ U. MATTEI, La proprietà, p. 180.

²¹⁷ R. SACCO, L'occupazione, atto di autonomia, in Rivista del Diritto Civile, 1994, I, p. 344 e ss.

²¹⁸ U. MATTEI, La proprietà, op. cit., p. 180.

abbia progressivamente perso la propria centralità, come del resto l'evoluzione dell'inquadramento normativo degli animali selvatici dimostra. Infatti, essi per lungo tempo sono stati considerati *res nullius*, poi con la legge 27 dicembre 1977, n. 968 sono stati ricondotti al patrimonio indisponibile dello Stato, non potendo dunque essere più acquistati mediante occupazione. Nell'impianto codicistico, l'istituto mantiene la propria applicabilità per gli animali appartenenti a specie per cui sia ammessa la caccia stagionale e per i pesci che, allo stato di libertà naturale, sono considerati beni fuggitivi, quindi *res nullius* acquistabili mediante occupazione²¹⁹. Per quanto concerne invece i rapporti tra occupazione e raccolta, si tratterebbe più precisamente di un'occupazione di *res alicuius*: i fiori, i funghi e i tartufi che crescono sul fondo altrui possono essere acquistati da terzi mediante occupazione soltanto con il consenso del proprietario, che – tacitamente o espressamente – rende lecito un fatto altrimenti sanzionabile con il delitto di furto²²⁰. In alcuni casi, l'istituto della *derelictio* non opera perché l'abbandono di determinati beni incontra una rigida disciplina pubblicistica, come accade in materia di rifiuti solidi urbani che, come si dirà più avanti, rappresentano un'ipotesi di proprietà negativa, e in materia di beni culturali, i quali sono soggetti ad un penetrante controllo da parte della pubblica amministrazione²²¹. Per altri tipi di beni invece, l'abbandono non è configurabile, come ad esempio accade nella ricchezza dematerializzata o nelle nuove proprietà per le quali, in generale, molte delle prerogative proprietarie subiscono una compressione²²².

L'abbandono di beni mobili può essere analizzato a seconda che esso interessi una proprietà negativa, che non ha cioè alcun valore né per il proprietario che la abbandona né tanto meno per chiunque altro, e una proprietà positiva, in cui la *res* abbandonata ha ancora

²¹⁹ IVI, p. 181.

²²⁰ F. GALGANO, Istituzioni diritto privato, Padova, 2010, p. 436.

²²¹ U. MATTEI, La proprietà, op. cit., p. 260.

²²² IBIDEM, l'Autore si interroga, ad esempio, sullo statuto degli ovuli fecondati.

un valore sul mercato. Per molti beni, in realtà, il confine tra proprietà negativa e proprietà positiva risulta sbiadito, grazie a tutte quelle buone pratiche di riciclo e di riuso delle cose, che consegnano a queste ultime una nuova stagione, lottando contro lo spreco, certamente una delle cifre più indicative della società dei consumi, in cui lo stesso concetto di proprietà negativa è messo in discussione. Comunque, a prescindere da questa valutazione, i rifiuti rientrano in questa categoria ed infatti il loro abbandono su aree pubbliche e private soggette ad uso pubblico è severamente vietato e specificamente regolato a seconda del tipo di rifiuto (ad es. particolari regole sono previste per la produzione di scorie, per i rifiuti ingombranti, per la carta e la plastica che in alcuni comuni devono essere obbligatoriamente oggetto di raccolta differenziata). Lo scopo di questa normativa sullo smaltimento consiste nell'evitare che l'abbandono produca costi esterni che gravano sulla collettività, procurando dei danni di carattere estetico e anche pericoli per la salute²²³. In questo caso, il dispositivo normativo rimedia alle esternalità, stabilendo che le attività pericolose poste in essere dal proprietario non possano godere dell'immunità tipica dell'idea di proprietà piena ed assoluta, richiedendo invece l'applicazione delle regole in materia di responsabilità civile (art. 2051 c.c.), indipendentemente dal compimento di un'ulteriore attività dannosa²²⁴. Se tale assunto è certamente condivisibile, vale la pena chiedersi se soltanto quelle situazioni che rendono la proprietà un'istituzione distruttiva meritino di essere regolate da un regime di responsabilità proprietaria, oppure se non sia

²²³ Chi produce un rifiuto, ne diventa proprietario ai sensi dell'art. 940 c.c. Tuttavia, il diritto di proprietà di questo soggetto non è pieno, dal momento che, in forza delle regole sullo smaltimento, "non può imprimere al rifiuto una qualsiasi vicenda circolatoria, o abdicativa" a sua scelta: così, A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale / già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI*, Milano, 1995, p. 866. La violazione delle regole sullo smaltimento dei rifiuti è una attività illecita penalmente sanzionata.

²²⁴ *IBIDEM.*

opportuno anticipare la tutela anche a quei casi in cui il proprietario debba mantenere l'oggetto della sua proprietà per evitare o minimizzare i rischi di danno per i consociati²²⁵. Circa la proprietà positiva, è invece doveroso accennare a due casi che conoscono una certa diffusione e che condividono una buona dose di originalità.

Il primo viene dagli Stati Uniti, ed è il caso del fuori campo delle palline da baseball che, dopo una battuta, finiscono sugli spalti, e vengono raccolte da un fortunato tifoso che si ritrova così in possesso di un bene che, di per sé, avrebbe un valore economico molto basso, ma per tutta una serie di circostanze esterne (la pallina è stata lanciata da una star del baseball, nel corso di un campionato o di una partita particolarmente importante ecc.) diventa assai prezioso. Si pensi alla pallina da baseball lanciata da Barry Bonds nel corso di una partita della *Major League*, venduta per 450,000 dollari, oggetto del famoso caso *Popov v. Hayashi*²²⁶.

Per la prima volta, in questo caso, la palla – ritenuta di proprietà della *Major League* al momento del lancio da parte del giocatore – è stata qualificata dopo la battuta come un bene abbandonato, idonea quindi a diventare di proprietà del fortunato tifoso che l'abbia raccolta. Dato il valore del bene in oggetto, ci si potrebbe chiedere perché la *Major League* non si sia attivata per recuperarlo; tuttavia, secondo alcuni, questa stessa inerzia consente al proprietario originario di massimizzare i propri profitti, perché i fan del baseball

²²⁵ A. GAMBARO, *La proprietà*, op. cit., pp. 108 – 109.

²²⁶ Il caso è assai noto: Alex Popov aveva raccolto la palla da baseball lanciata fuori campo da Barry Bonds nel corso di una partita della Major League; immediatamente, era stato travolto da un gruppo di tifosi, la palla era caduta per terra e recuperata da Patrick Hayashi. Popov aveva quindi citato in giudizio Hayashi rivendicando la titolarità della palla in forza dell'aver acquistato per primo il possesso della stessa. La Suprema Corte della California risolveva il caso ritenendo entrambi titolari di diritti sulla palla e, pertanto, ne imponeva la vendita e la divisione del ricavato.

avrebbero un incentivo in più a seguire la partita dal vivo proprio per la possibilità di appropriarsi della pallina lanciata fuori campo²²⁷.

L'altro caso, questa volta nostrano, cui si può accennare è quello delle monetine lanciate dai turisti a scopo propiziatorio nelle vasche delle fontane, basti pensare a quanto accade presso Fontana di Trevi a Roma²²⁸. La singola monetina ha un valore unitario ridotto, ma l'ammontare di tutte le monetine nella vasca, una volta raccolte, è molto significativo²²⁹; per questo, si è posto il problema di inquadrare la natura delle monete, per comprendere se siano *res derelictae* e quindi suscettibili di occupazione oppure siano, come sostiene taluno, oggetto di un atto di liberalità²³⁰. Inoltre, optando per la prima soluzione, altro quesito che emerge è se esse possano venire acquistate mediante occupazione da chiunque in base al brocardo *prior in tempore, potior in iure*, non esistendo una sorta di prelazione per l'ente comunale che gestisce la fontana.

Ora, mi pare davvero poco sostenibile l'idea che il lancio delle monetine nella Fontana di Trevi possa costituire un atto di liberalità, una donazione cioè priva di formalità e di formalismi. Infatti, se è vero che la condotta del turista risponde ad un'usanza sociale, ad una tradizione, è forse eccessivo pensare che egli intenda beneficiare, per effetto del proprio comportamento, il popolo romano nella persona dell'ente esponenziale che lo rappresenta (il Comune, appunto), perché lo percepisce come il vero proprietario della

²²⁷ L.J. STRAHILEVITZ, The Right to abandon, John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 455, Public Law and Legal Theory Working paper n. 260, disponibile on line: www.law.uchicago.edu.

²²⁸ La tradizione vuole la monetina legghi il turista alla città di Roma che, con il lancio propiziatorio, "paga" il destino per tornare a Roma se non vi risiede.

²²⁹ Quasi stupefacente: "Nel 2010 l'incasso complessivo è stato di 838 mila euro, cifra che nell'anno successivo è cresciuta di oltre centomila euro, attestandosi, a fine 2011, sui 951 mila euro. Effetto, per l'appunto, della delibera capitolina che dall'aprile scorso punisce i ladri di monetine con l'arresto. Diminuendo i furti, quindi, cresce l'incasso. Nei sei mesi del 2012 (da gennaio a giugno) la cifra raccolta è stata di 540 mila euro, dato in crescita rispetto al totale degli anni precedenti", tratto dall'articolo comparso sulla Repubblica di Roma (<http://roma.repubblica.it>), del 23 luglio 2012, "Monetine nella Fontana di Trevi, è boom di incassi nel 2012".

²³⁰ S. RUSSO, Le monetine lanciate nella fontana di Trevi: liberalità e non abbandono, in TAR, II, 2002, p. 403 e ss.

Fontana, compiendo un gesto che non è soltanto di buon auspicio per sé, ma anche di ringraziamento alla città. In realtà, il turista nulla sa della destinazione delle monetine contenute nella vasca della Fontana, che in effetti, una volta raccolte, non restano nella disponibilità del Comune, ma sono destinate alla Caritas. Più facile pensare che il turista abbandoni la monetina, rinunci ad una posizione giuridica di vantaggio senza interrogarsi sul destinatario della stessa, anche perché per lui si tratta di un bene di scarso valore²³¹. L'*animus* con cui il soggetto agisce non manifesta quindi l'intenzione di trasferire il bene, atto che richiederebbe l'individuazione di un destinatario, ma di abbandonarlo, senza riflettere sugli esiti della propria condotta.

Accertato che si tratti di derelizione e che quindi il bene può essere acquistato a titolo originario, bisogna chiarire se tale acquisto si perfezioni con il solo lancio nella fontana²³² oppure con la raccolta delle monete, in forza di una *adprehensio* che rende proprietario chi per primo la compia. Se così fosse, le monete sarebbero *res nullius* fino alla raccolta e quindi non sussisterebbe il requisito dell'altruità richiesto dall'art. 624 c.p. per condannare per furto quel soggetto che si ingegni nel loro recupero²³³. Tuttavia, è evidente che la volontà del Comune di acquistare la proprietà delle monete emerga dagli atti di manutenzione e di sorveglianza della vasca della Fontana di Trevi²³⁴ ed emerga altresì dalla delibera adottata dall'ente che destina il raccolto alla Caritas: se la proprietà delle monete non si acquistasse con il solo lancio, evidentemente il Comune disporrebbe di cose che non rientrano nel suo patrimonio.

²³¹ Ma *contra*, S. RUSSO, Le monetine lanciate nella fontana di Trevi: liberalità e non abbandono, op. cit., p. 410, secondo cui la moneta lanciata non è considerato come "un fattore indifferenziato e a costo zero (*res nullius*), bensì come un bene determinato.

²³² L. COSTANZO, voce Occupazione, in Enc. Giur. Treccani, XXI, Roma, 1990; L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, M. BUSNELLI, U. NATOLI, Diritto Civile II (i diritti reali), Torino, 1989, p. 129, nota 281. In giurisprudenza, Tribunale di Roma, 19 settembre 1956.

²³³ così, Pretore di Roma, 27 ottobre 1994.

²³⁴ S. RUSSO, Le monetine lanciate nella fontana di Trevi: liberalità e non abbandono, op. cit.; in giurisprudenza, Tribunale di Genova, 16 novembre 1956.

Passando ora all'analisi dell'abbandono in materia di beni immobili, va preliminarmente sottolineato che nel nostro ordinamento, non possono esserci immobili senza proprietari, motivo per cui secondo l'art. 827 c.c. gli immobili vacanti appartengono allo Stato. Si tratta di una novità del codice del '42, dal momento che il vecchio codice civile unitario del 1865 nulla prevedeva a tal riguardo, non ammettendo, ma neppure escludendo, la possibilità di acquistare anche i beni immobili mediante occupazione, con un'interpretazione permissiva comunemente accettata dalla dottrina²³⁵. Tuttavia, la questione secondo alcuni era di scarsa rilevanza, giacché di beni immobili effettivamente privi di un proprietario ce ne erano ben pochi - i ghiacciai e qualche terreno rupestre; di conseguenza, mancando la litigiosità, il legislatore sciolse l'ambiguità nella formula dell'art. 827 c.c.²³⁶.

La norma non esclude quindi che il proprietario di un immobile possa rinunciarvi: l'art. 1350 n. 5 c.c., del resto, richiede che "gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti" abbiano forma scritta²³⁷; esso però esclude che tale bene diventi, in forza di tale atto, *res nullius* o *vacua domini*: al momento stesso dell'abbandono, i beni immobili

²³⁵ Nella Relazione al codice, il superamento di tale ambiguità è chiaramente spiegato al n. 430: "Non ho apportato in questa materia innovazioni notevoli alle regole del codice del 1865, ma ho avuto cura di risolvere alcuni punti dubbi e le controversie che ne erano sorte. L'art. 923, riproducendo con lieve variante l'art. 711 del codice precedente, pone in evidenza che l'occupazione, come modo di acquisto della proprietà, è limitata alle cose mobili. L'esclusione della possibilità di acquistare per occupazione i beni immobili si coordina con la norma che ho introdotto nell'art. 827 per attribuire al patrimonio dello Stato i beni immobili che non siano di proprietà di alcuno. È così risolta una questione che traeva vita della formula generica dell'art. 711 del codice anteriore". Quest'ultimo, infatti, parlava genericamente di "cose", motivo per cui la dottrina ammetteva che anche i beni immobili potessero essere acquistati mediante occupazione; ad es. F. ATZERI VACCA sostiene che tale possibilità sia insita nel potere di disporre dell'immobile, anche considerato che nessuna disposizione di legge vietava al proprietario di un immobile di rinunciarvi. Cfr. L. BOZZI, op. cit., nota 13, p. 39.

²³⁶ P. CENDON, *Proprietà, riserva occupazione*, Napoli, 1977, p. 47 e ss. Secondo la giurisprudenza più recente "L'art 827 c.c., nello stabilire che gli immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato, non pone una presunzione di appartenenza allo Stato di tutti gli immobili di cui non si provi l'appartenenza ad altri, ma si limita a prevedere un effetto giuridico conseguente ad una determinata situazione di fatto (vacanza del bene) la quale deve essere, perciò, dimostrata dal soggetto che la invochi a fondamento del suo diritto"; cfr. Cassazione Civile, II sez., sentenza 2 marzo 2007, n. 4975, in *Giustizia Civile Massimario*, 2007, n. 3.

²³⁷ L. BOZZI, op. cit., p. 39.

entrano nel patrimonio dello Stato, in forza di un acquisto a titolo originario²³⁸. Rispetto a questo effetto, di natura automatica, la volontà del proprietario rinunciante è impotente, perché l'art. 827 c.c. è norma inderogabile e non lascia spazio all'autonomia negoziale²³⁹. Da questa ipotesi, vanno distinti i casi di abbandono liberatorio di immobili, che si verifica nel momento in cui il proprietario si spoglia del bene per non adempiere a determinate obbligazioni²⁴⁰.

Va ancora aggiunto che non vi sono ostacoli all'acquisto da parte di un privato di un immobile abbandonato, e ciò in forza dell'usucapione ex art. 1158 c.c., sebbene il contenuto dell'art. 827 c. c. annulli la possibilità che l'acquisto possa avvenire in buona fede, vigendo nel nostro ordinamento una presunzione di conoscenza della legge in capo ai cittadini²⁴¹. Tuttavia, tale assetto normativo è criticabile, perché disincentiva il recupero e la messa a valore di molti immobili abbandonati, che potrebbero essere anche utilizzati per dare concretezza a quel diritto all'abitazione costituzionalmente garantito (art. 47), consentendo, come si vedrà di seguito, che l'occupazione degli immobili diventi un

²³⁸ Commento all'art. 827 in G. CIAN, A. TRABUCCHI, Commentario breve al codice civile, 2007, p. 811.

²³⁹ L. BOZZI, op. cit., p. 52. Per questa ragione, l'Autrice di domanda se la rinuncia ai diritti reali immobiliari abbia davvero natura negoziale, cfr. p. 53 e ss.

²⁴⁰ Si pensi all'art. 888 c.c., Esonero dal contributo nelle spese: "Il vicino si può esimere dal contribuire nelle spese di costruzione del muro di cinta divisorio, cedendo, senza diritto a compenso, la metà del terreno su cui il muro di separazione deve essere costruito. In tal caso il muro è di proprietà di colui che l'ha costruito, salva la facoltà del vicino di renderlo comune ai sensi dell'articolo 874, senza l'obbligo però di pagare la metà del valore del suolo su cui il muro è stato costruito"; all'art. 1070 c.c., Abbandono del fondo servente: "1. Il proprietario del fondo servente, quando è tenuto in forza del titolo o della legge alle spese necessarie per l'uso o per la conservazione della servitù, può sempre liberarsene, rinunciando alla proprietà del fondo servente a favore del proprietario del fondo dominante. 2. Nel caso in cui l'esercizio della servitù sia limitato a una parte del fondo, la rinuncia può limitarsi alla parte stessa"; all'art. 1104 c.c. in materia di comunione, rubricato Obblighi dei partecipanti: "1. Ciascun partecipante deve contribuire nelle spese necessarie per la conservazione e per il godimento della cosa comune e nelle spese deliberate dalla maggioranza a norma delle disposizioni seguenti, salva la facoltà di liberarsene con la rinuncia al suo diritto. 2. La rinuncia non giova al partecipante che abbia anche tacitamente approvato la spesa. 3. Il cessionario del partecipante è tenuto in solido con il cedente a pagare i contributi da questo dovuti e non versati"; all'art. 2858 c.c., Facoltà del terzo acquirente: "Il terzo acquirente dei beni ipotecati, che ha trascritto il suo titolo di acquisto e non è personalmente obbligato, se non preferisce pagare i creditori iscritti, può rilasciare i beni stessi ovvero liberarli dalle ipoteche, osservando le norme contenute nella Sezione XII di questo Capo. In mancanza, l'espropriazione segue contro di lui secondo le forme prescritte dal codice di procedura civile".

²⁴¹ U. MATTEI, La proprietà, op. cit., p. 179.

problema di ordine pubblico, che esorbita i confini del diritto civile per entrare nella sfera del diritto penale.

Autorevole dottrina ha evidenziato che la mancata produzione di effetti abdicativi della derelizione di immobili, è stata presa in esame dal legislatore con la disciplina dell'usucapione abbreviata agraria²⁴². L'art. 1159 bis c.c. prevede al primo comma che “[l]a proprietà dei fondi rustici con annessi fabbricati situati in comuni classificati montani dalla legge si acquista in virtù del possesso continuato per quindici anni” e la medesima regola si applica, secondo l'ultimo comma “anche ai fondi rustici con annessi fabbricati, situati in comuni non classificati montani dalla legge, aventi un reddito non superiore ai limiti fissati dalla legge speciale”²⁴³.

La norma, introdotta dalla legge 10 maggio 1976, n. 346, ritiene sufficiente il possesso prolungato per quindici anni, a differenza quindi dell'usucapione ordinaria (venti anni) e di quella abbreviata di cui all'art. 1159 c.c. (dieci anni). Si tratta di una disciplina semplificata, che prevede anche delle agevolazioni fiscali, il che consente di individuare la *ratio legis* nell'incentivo alla regolarizzazione del titolo di proprietà e delle intestazioni catastali in determinate aree, obiettivo che il legislatore si era già prefissato prima con la legge 26 agosto 1949, n. 702 e poi con la legge 14 novembre 1962, n. 1610. Una parte della dottrina sottolinea altresì che la previsione in esame tutela in maniera immediata colui che, possedendo il bene, sia riuscito a valorizzarlo, rimediando all'incuria del proprietario, portando un vantaggio alla collettività di riferimento²⁴⁴. Parrebbe sulla stessa linea interpretativa, la più recente giurisprudenza, secondo cui l'istituto dell'art. 1159 bis

²⁴² A. GAMBARO, La proprietà, op. cit., p. 363.

²⁴³ Il reddito dominicale iscritto in catasto non deve superare la cifra indicata dall'art. 2 della legge 10 maggio 1976, n. 346, come modificata dall'art. 6 della legge 31 gennaio 1994, n. 97.

²⁴⁴ A. GERMANÒ, Usucapione "speciale" per la piccola proprietà rurale e procedimento per la regolarizzazione del titolo di proprietà, in *Rivista di Diritto Agrario*, 1976, I, p. 677 ss.; F. CHIOMENTI, L'usucapione speciale e abbreviata per la proprietà rurale: un'occasione sciupata, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1976, I, p. 309 ss.

c.c. interessa un fondo concretamente o potenzialmente, benché momentaneamente incolto²⁴⁵, destinato ad una attività agraria - ben individuata ed organizzata, considerato che esso ha la “finalità di incoraggiare lo sviluppo e salvaguardare il lavoro agricolo”²⁴⁶. La norma trova evidentemente un’applicazione ridotta, considerato il riferimento alle comunità montane, definite agli artt. 27 e 28 del D. Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e quindi in sole 161 aree del Paese, in enti peraltro sempre a rischio di soppressione sia in forza di interventi del legislatore nazionali che di quello regionale²⁴⁷.

Dalla ricostruzione effettuata emerge quindi che i beni immobili non si trasformano in *res nullius* in forza del loro abbandono che, di conseguenza, in questo caso non può qualificarsi come un atto di trasferimento senza un destinatario individuato.

Negli ordinamenti di *common law*, e in particolare in Inghilterra, la questione è affrontata attraverso le regole dell’*adverse possession*, le quali consentono di tutelare anche i “diritti dello squatter”.

Il *Limitation Act* del 1980 prevede l’estinzione del diritto reale in caso di non uso prolungato per un tempo pari a dodici anni, che decorre dal momento in cui il soggetto ha la titolarità di agire in giudizio a tutela della propria situazione giuridica soggettiva. Tale fenomeno di prescrizione ha portata estintiva del diritto soltanto al contestuale verificarsi dell’esercizio di prerogative proprietarie da parte di una persona diversa dal proprietario originale. Questo istituto, che presenta delle analogie con il nostro dell’usucapione, qualifica come *adverse possession* qualsiasi relazione materiale con un bene immobile, da cui emerga in maniera non equivoca l’intenzione di possederlo. Il possesso rilevante ai fini

²⁴⁵ G. BELLONI PERESSUTTI, *Usucapio brevis* nell’agricoltura. Una legge riformatrice e alcune modifiche implicite al codice civile, in *Rivista di Diritto Civile*, 1977, II, p. 128 ss.

²⁴⁶ Cass. civ. Sez. II, 13 aprile 2010, n. 8778, in CED, Cassazione 2010.

²⁴⁷ Per un approfondimento sull’assetto normativo delle comunità montane, cfr. F. CERISANO, *Comunità montane salve come unioni*, in *Italia Oggi*, pubblicato on line all’indirizzo: http://www.italiaoggi.it/news/dettaglio_news.asp?id=201208140838255872&chkAgenzie=ITALIAOGGI

dell'acquisto è, in forza del *Real Property Limitation Act* del 1833, quello derivante da posizioni giuridiche soggettive sia di *common law* che di origine equitativa (*equitable interests*). Con il decorso del tempo, il proprietario vede la propria posizione neutralizzata a favore del possessore, sia questi un soggetto munito di titolo o uno squatter²⁴⁸, che diventa immune anche alle pretese del titolare del diritto di proprietà, con il risultato che – al consolidamento del titolo in capo al possessore – questi potrà altresì compiere atti di disposizione del bene²⁴⁹. Tuttavia, il possesso per un determinato periodo non è l'unico presupposto, giacché la disciplina consta di requisiti legali ed altri individuati in via giurisprudenziale; tra questi vale la pena ricordarne quattro: 1) l'*animus possidendi* del possessore, sia che questi agisca in buona fede che sia un *trespasser*; 2) l'esistenza di un accesso al bene che consenta il possesso esclusivo, il quale deve anche essere 3) non clandestino²⁵⁰, 4) e non tollerato dal proprietario del bene: se infatti la presenza del *trespasser* sul fondo fosse autorizzata, allora l'applicazione dell'istituto sarebbe certamente preclusa.

Al fine di comprendere al meglio le modifiche normative intervenute in materia di *adverse possession*, va detto che i trasferimenti immobiliari in forza del *Land Registration Act* del 2002 devono obbligatoriamente essere registrati mediante la trascrizione del titolo a possedere in un registro nazionale. Questa previsione ha ovviamente condizionato anche l'istituto dell'*adverse possession*, la cui disciplina è ora diversa a seconda che si tratti di immobile non registrato, per il cui acquisto occorre il possesso continuato per dodici anni, o di immobile registrato per cui non è sufficiente il semplice possesso prolungato nel

²⁴⁸ “A squatter... is one who, without colour of right, enters on an unoccupied house or land, intending to stay there as long as he can”, così in *McPhail v. Persons Unknown* [1973] Ch 447 at 456B.

²⁴⁹ M. SERIO, *Property* (diritto inglese), in R. CONTI (a cura di), *La proprietà e i diritti reali minori*, Milano, 2009, p. 163.

²⁵⁰ J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, *Property*, V ed., New York, 2002, p. 100.

tempo – in questo caso pari a dieci anni - per ottenere il doppio effetto estintivo ed acquisitivo. Il possessore deve pertanto avviare un procedimento per intestare a proprio favore il bene immobile che sia soggetto a registrazione, procedimento che si svolge in contraddittorio con il proprietario, a cui la domanda è notificata e che quindi può opporsi entro tre mesi. All’esito del procedimento, e quindi in difetto o nel caso di mancato accoglimento dell’opposizione, il possessore ottiene la *registration* della propria situazione giuridica soggettiva.

Prima che venissero introdotte tali limitazioni, l’*adverse possession* presentava forti incompatibilità con l’art. 1 del primo protocollo della CEDU - recepita dalla Gran Bretagna con lo *Human Rights Act* del 1998 - secondo cui “[o]gni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”, dal momento che consentiva la privazione del diritto di proprietà su beni immobili soggetti alla procedura di *registration*. Tuttavia, la norma non è stata abrogata, ma conformata alla disciplina CEDU: l’*adverse possession* resta possibile per gli immobili registrati soltanto quando l’inerzia del proprietario non abbia carattere casuale, non appaia soggettivamente incerta, ma sia l’effetto di una sicura perdita di interesse²⁵¹.

Del resto, gli immobili che potrebbero essere utilizzati a scopo abitativo e che invece risultano abbandonati, rappresentano un problema significativo in Inghilterra: nel 2010, sono stati stimati circa 657.752 immobili privati vacanti e circa 37.000 di natura pubblica²⁵². Peraltro, rispetto a questi ultimi i fenomeni di squatting sono più frequenti, data la maggiore facilità di identificazione degli edifici abbandonati, senza contare poi che essi risultano più condivisibili agli occhi dell’opinione pubblica inglese – la quale,

²⁵¹ M. SERIO, *Property (diritto inglese)*, op. cit., p. 165.

²⁵² Questi dati sono reperibili in: <http://www.emptyhomes.com/statistics-2/breakdown-of-statistics/>

soprattutto negli ultimi anni, ritiene lo squatting un fenomeno riprovevole e pericoloso – dal momento che è proprio l'autorità pubblica a dover garantire il diritto all'abitazione²⁵³.

Come si diceva all'inizio, il doppio effetto estintivo e acquisitivo dell'*adverse possession* può anche seguire ad un possesso prolungato nel tempo derivante da un'azione di *squatting*, da un'occupazione, cioè, di un immobile urbano e residenziale²⁵⁴. Tuttavia, la procedura richiesta dal *Land Registration Act* rende più complessa la prevalenza del possessore sul proprietario²⁵⁵, il quale, avvertito della presenza e dell'intenzione dello squatter, può reagire impedendogli la *registration* immediata e quindi l'acquisto della proprietà del bene, che però potrà comunque avvenire qualora nei due anni successivi alla ricezione della notizia dell'occupazione, il proprietario non si attivi per allontanarlo²⁵⁶. Va rilevato, tuttavia, che l'obiettivo dello squatter nella maggior parte dei casi non consiste nell'acquisire un diritto di proprietà sul bene, ma ottenerne l'uso²⁵⁷, motivo per cui sarà certamente più facile che egli resti al di fuori del sistema, non ricorrendo alla registrazione del proprio titolo ed evitando così che il proprietario dell'immobile abbandonato (se non addirittura dimenticato) abbia notizia dell'occupazione²⁵⁸.

²⁵³ N. COBB, L. FOX, Living outside the system? The (im)morality of urban squatting after the Land Registration Act 2002, *Legal Studies*, Vol. 27 No. 2, June 2007, pp. 247 – 248.

²⁵⁴ J. DUKEMINIER, *Property*, op. cit., p. 106; N. COBB, L. FOX, Living outside the system?, op. cit., p. 237.

²⁵⁵ M. SERIO, *Property (Diritto inglese)* op. cit., p. 165.

²⁵⁶ N. COBB, L. FOX, Taxonomies of squatting: Unlawful occupation in a new legal order, *The modern law Review*, 10, 2008, p. 891.

²⁵⁷ K. GREEN, Citizens and squatters: under the surfaces of land law' in S. BRIGHT, J. DEWAR (eds) *Land Law: Themes and Perspectives*, Oxford, 1998, p. 241.

²⁵⁸ N. COBB, L. FOX, Living outside the system?, op. cit., p. 257.

2.3. Il fenomeno delle occupazioni abusive tra tutela penale e tutela civile della proprietà

Per il nostro ordinamento dunque la proprietà degli immobili non può essere acquistata mediante occupazione, la quale è sanzionata penalmente. Vale dunque la pena affrontare un nodo assai problematico in materia, ossia il coordinamento tra i sistemi di tutela civilistica e quelli di stampo penalistico.

Infatti, tra la disciplina contenuta nell'articolo 1168, comma 1, del codice civile e quella dell'articolo 633 del codice penale, è facile cogliere una certa assonanza. Se, infatti, la prima norma recita "Chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso può, entro l'anno dal sofferto spoglio, chiedere contro l'autore di esso la reintegrazione del possesso medesimo", la seconda sanziona l'invasione di terreni o edifici: "chiunque invade arbitrariamente terreni o edifici altrui, pubblici o privati, al fine di occuparli o di trarne altrimenti profitto, è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a due anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032". L'art. 1168 c.c. è uno strumento a tutela del possesso, cui può ben ricorrere anche il proprietario, mentre l'art. 633 all'interno del codice penale è una fattispecie posta a tutela del diritto di proprietà: il soggetto interessato può dunque ricorrere ad entrambe, senza che vi sia un'indicazione normativa circa il loro coordinamento e senza che tale questione sia mai stata oggetto di particolare approfondimento.

L'articolo 633 c.p. è compreso tra i delitti contro il patrimonio, in particolare tra quelli commessi mediante ricorso alla violenza: la rubrica del titolo XIII ha sostituito la vecchia dizione del codice Zanardelli del 1889, il quale sanzionava agli artt. 402 – 433, i delitti contro la proprietà. Secondo alcuni commentatori, il mutamento ha segnato l'abbandono della concezione ottocentesca liberale di proprietà, ingenuamente ripresa in ambito

penalistico, a favore di una nozione in qualche modo asettica e certamente più ampia: il patrimonio comprende infatti i diritti reali, i rapporti obbligatori, le aspettative e i rapporti di fatto con significato patrimoniale, quale appunto il possesso. In realtà, già nel codice Zanardelli il termine proprietà era usato in modo generico, grazie alla copertura data dall'inviolabilità di *tutte le proprietà, senza alcuna eccezione*, sancita dall'art. 29 dello Statuto Albertino; in questo modo, era consentita la protezione del possesso di cose mobili, l'inviolabilità del diritto di proprietà mobiliare e immobiliare e i pregiudizi derivanti dal delitto di ricettazione. Il codice Rocco ha ampliato in numero di fattispecie punibili, in forza dell'evoluzione economica e sociale del Paese e della correlata emersione di nuove istanze di tutela²⁵⁹. Questi elementi hanno contribuito alla formulazione dell'articolo 633.

Il codice Zanardelli, infatti, riteneva che la proprietà immobiliare potesse trovare adeguata tutela negli strumenti civilistici: le condotte erano poco pericolose, non creavano un allarme sociale tale da richiedere l'intervento del diritto penale²⁶⁰, il quale sanzionava soltanto l'invasione di edifici pubblici o privati strumentale alla commissione di delitti contro la sicurezza dello Stato. Nella relazione ministeriale sul progetto di codice penale del 1887 si legge, infatti, che la legislazione penale è necessaria in presenza di condotte caratterizzate da violenza, frode o ingiuria, mancando le quali "non può riconoscersi necessaria una tutela che la ragione delle cose affatto reclama".

La sensibilità in questa materia è mutata dopo la prima guerra mondiale, quando a causa della grave crisi dell'economia agricola ed edilizia successiva alla fine del conflitto, il legislatore ha deciso di accordare una tutela più intensa alla proprietà fondiaria. Così, con il Regio Decreto Legge 22 aprile 1920, n. 515 la pena prevista dall'articolo 422 del Codice

²⁵⁹ G. MARINI, *Delitti contro il patrimonio*, Torino, 1999.

²⁶⁰ F. CURI, *Occupare o punire: tra vecchio e nuovo in tema di invasione di terreni ed edifici*, (Nota a Pretore La Spezia 22 marzo 1996) in *Foro It.*, II, 1997, p. 572 e ss.

Zanardelli per il delitto di rimozione o alterazione di termini è applicata alla fattispecie di immissione arbitraria, anche non violenta, nel possesso di terreni e di fabbricati rustici di altrui proprietà, pubblica o privata, e al rifiuto di abbandonare gli stessi immobili di cui si ha il possesso²⁶¹. L'occupazione degli immobili era infatti divenuto un fenomeno particolarmente grave, rendendo insufficiente la tutela civilistica e richiedendo uno strumento penale, introdotto con legge speciale, dalla quale veniva poi stralciato per essere inserito nel codice Rocco, costituendo, secondo quanto riportato nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, *una forma di usurpazione non violenta*. La fattispecie si articola dunque in una immissione arbitraria che però non costituisce usurpazione violenta dell'immobile, anche considerata la previsione del successivo articolo 634²⁶². In altre parole, non tutte le turbative della proprietà o del possesso sono punibili ai sensi dell'art. 633 c.p., ma solo quelle idonee a comprimere in modo significativo le facoltà di uso, disponibilità e godimento dell'immobile da parte del soggetto titolare dello *ius excludendi*, secondo la destinazione economico-sociale del bene o quella specifica a essa impressa dal *dominus*²⁶³. La norma è pertanto posta a tutela del pacifico godimento e della piena disponibilità della proprietà immobiliare di chi sia titolare di qualsiasi diritto di godimento sul bene oggetto dell'invasione.

La fattispecie ha sollevato numerosi problemi interpretativi in ordine alla qualificazione del termine *invasione* e *arbitrariamente*, laddove proprio questo secondo dibattito

²⁶¹ La norma sarà poi collocata nel Testo Unico delle leggi per la coltivazione delle terre, R.D. 15 dicembre 1921, n. 2047.

²⁶² Articolo 634. Turbativa violenta del possesso di cose immobili. Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, turba, con violenza alla persona o con minaccia, l'altrui pacifico possesso di cose immobili, è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da euro 103 a euro 309. Il fatto si considera compiuto con violenza o minaccia quando è commesso da più di dieci persone.

²⁶³ Cfr. Cass. Civ. Sez. II, 24 gennaio 2003.

esegetico lascia cogliere i primi spiragli d'azione per il civilista²⁶⁴. L'arbitrarietà costituisce il requisito antiggiuridico della condotta, per cui l'ingresso *sine titulo* costituisce un caso di illiceità speciale tale per cui, proprio in forza di norme extra-penali²⁶⁵, se l'agente si rappresenta la propria condotta come lecita, manca, a causa dell'errore, l'elemento soggettivo del reato. Il riferimento, di fatto, consente l'individuazione di

²⁶⁴ Un'interpretazione ormai maggioritaria ritiene che il concetto di invasione non sia da intendere nella sua accezione comune, ossia come irruzione tumultuosa in un luogo ad opera di più persone, richiamando in questa sede soltanto l'ingresso arbitrario nella proprietà immobiliare altrui, non essendo richiesto l'uso di violenza o minaccia (in questo senso, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, Parte Speciale*, II – 2, Bologna, 2012, p. 269; G. ARMANI, *Invasione di terreni o edifici* in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 10006 ss; R. VENDITTI, *Invasione di terreni o edifici*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 627 e ss. In giurisprudenza si segnala: Cass. Pen. 27 novembre 2003, MINICHINI; Cass. Pen. 6 aprile 2001, SCRIBONI; Cass. Pen. 30 maggio 2000, POMPEI. Non manca tuttavia chi, valorizzando la collocazione della norma, ritiene che l'invasione debba essere commessa con violenza su cose o persone, come parrebbe richiesto dalla rubrica del titolo XIII. Cfr. G. LUNGHINI, L. MUSSO, *L'invasione di edifici: penalmente irrilevante il contributo al mantenimento dell'occupazione*, in *Corriere Merito*, n. 6, 2006, p. 771 e ss. In giurisprudenza si segnala: Cass. Pen. 22 febbraio 2000, FAGGI; Trib. Siena, 26 novembre 2001, Trib. Messina, 8 febbraio 1985). Secondo alcuni commentatori e parte della giurisprudenza, l'art. 633 parrebbe disporre la punibilità della mera condotta di invasione, non dando alcun rilievo alla successiva occupazione che, essendo un fine dell'azione, non rientra tra gli elementi oggettivi del reato, ma tra quelli soggettivi, contribuendo, insieme all'elemento del profitto, a descrivere il dolo del delitto come specifico. Il problema, a ben vedere, è molto più articolato, giacché a seconda della qualificazione risulterà o meno punibile chi si sia unito all'*invasore* soltanto in un momento successivo all'ingresso arbitrario, rivestendo esclusivamente il ruolo di *occupante*. In altre parole, occorre chiedersi se si tratti di reato di natura permanente, che renderebbe altresì rilevante la condotta di occupazione anche successiva all'invasione, oppure di un reato istantaneo ad effetti permanenti, escludendo la rilevanza delle condotte successive all'ingresso arbitrario (il che produce effetti diversi, ad es. in materia di prescrizione). Un'interpretazione che privilegiasse il tenore dell'espressione normativa alla luce della sua portata semantica suggerirebbe di escludere che l'invasione sia assimilabile all'occupazione: tra ingresso arbitrario e permanenza non consentita non vi è alcuna analogia, senza contare che, guardando ai fatti, la seconda non è ordinaria conseguenza della prima. Va detto poi, che anche il legislatore immaginava le due condotte distinte: infatti, l'invasione prevista nel codice Zanardelli escludeva l'occupazione (G. MARINI, *Delitti contro il patrimonio*, op. cit.). Collateralmente, si può tenere presente anche il disposto dell'art. 614 c.p., comma 2, che punisce chi si trattiene nell'abitazione altrui o in altro luogo di privata dimora *contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno*, anche se va detto che la tutela del domicilio ha una diversa funzione, e non coincide con quella della proprietà. Sanzionare la condotta di occupazione ai sensi dell'art. 633 c.p. rappresenterebbe una violazione del principio di determinatezza della fattispecie, di stretta legalità – che deve sempre guidare l'interpretazione della legge penale – venendo applicato in forza di un meccanismo di analogia *in malam partem*. Di conseguenza, il reato si consuma al momento dell'invasione, mentre tutto ciò che si verifica dopo è penalmente irrilevante: un'interpretazione difforme da questa si rivelerebbe, in realtà, viziata dal confondere, come si è detto, una delle finalità oggetto del dolo specifico con la condotta del reato (Cfr. G. LUNGHINI, L. MUSSO, op. cit. e Trib. Trento, sez. pen., sentenza depositata il 16 febbraio 2006. Ma *contra*, cfr. Cass. Pen. 27 novembre 2003, cit.: “[...] L'occupazione che ne consegue è, pertanto da un lato l'estrinsecazione materiale della condotta vietata e dall'altro è anche la finalità per la quale viene posta in essere l'abusiva penetrazione: invasione e occupazione costituiscono un unicum inscindibile”).

²⁶⁵ F. AMATO, *Sul problema della liceità penale delle occupazioni studentesche*, in *Foro it. II*, 1993, p. 525; Armani, op. cit., p. 1007; G. NEPPI MODONA, *Il diritto del lavoro, l'art. 633 c.p. e l'errore su legge extrapenale*, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1963, p. 202. In giurisprudenza, cfr. Pret. Messina, 19 maggio 1994, MINASI; Pret. Roma, 15 aprile 1970, ALFONSI.

elementi limitativi della condotta colpevole, rimessi alla valutazione del giudice, il quale determina il disvalore del fatto anche alla luce delle “concezioni socio – culturali ed istituzionali vigenti nel momento storico di applicazione della norma”²⁶⁶.

L’art. 633 c.p. ha trovato ampia applicazione negli anni ’60 e ’70 per reprimere le occupazioni delle aziende durante gli scioperi sindacali e, dopo il 1968, le occupazioni di scuole ed università. Rispetto a questo secondo fenomeno, l’art. 633, valido anche nelle ipotesi di invasione e occupazione di proprietà pubblica, è stato diversamente applicato dalla giurisprudenza.

Infatti, le corti di merito pronunciatesi negli anni ’60 e ’70 non ravvisavano nell’occupazione per motivi legati all’organizzazione o alla didattica di edifici scolastici ad opera di studenti o insegnanti, la lesione di un interesse patrimoniale dello Stato; contemporaneamente, ritenute le occupazioni uno dei mezzi per conseguire finalità socialmente e politicamente rilevanti, oltre che una forma di libera manifestazione del pensiero, la liceità della condotta era altresì ancorata all’esercizio del diritto di sciopero. In ultimo, i giudizi di merito non qualificavano l’ingresso negli edifici come arbitrario, costituendo, al contrario, un esercizio del diritto, data l’appartenenza di scuole ed università anche agli studenti²⁶⁷, il che escludeva la natura *contra ius* della loro condotta, non essendo soggetti estranei all’immobile e titolari di diritto di accesso. Ad accreditare quest’ultima lettura, vi era anche l’art. 1 del D.P.R. 31 maggio 1974, n. 416 che definiva la

²⁶⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit.*, p. 262; G. LUNGHINI, L. MUSSO, *op. cit.*. Sulla base di questa interpretazione la giurisprudenza ha escluso la punibilità ex art. 633 c.p. delle occupazioni studentesche e d’azienda, che verranno analizzate nel prossimo paragrafo

²⁶⁷ E. CALCAGNO, Liceità penale delle occupazioni studentesche, in *Dir. Pen. e Processo*, n. 12, 2000, p. 1639 e ss.

scuola una “comunità che interagisce con la più vasta comunità sociale e civica”, al cui sviluppo gli studenti partecipano attivamente insieme alle altre componenti²⁶⁸.

Sulla base di tale ragionamento, la giurisprudenza di merito di quegli anni tendeva a pronunciare sentenze assolutorie, spesso però smentite dalla giurisprudenza di legittimità, che, invece, ricavava l'arbitrarietà della condotta dall'accesso agli edifici scolastici effettuato al di fuori dei limiti di tempo e con modalità non consentite dai regolamenti scolastici²⁶⁹; inoltre, l'occupazione non era ritenuta una forma di libera manifestazione del pensiero, giacché impediva l'esercizio di altri interessi coinvolti e cioè il regolare svolgimento delle attività didattiche, da garantire a tutela degli studenti dissenzienti rispetto alle forme prescelte di protesta²⁷⁰. E' evidente che il contrasto tra i tribunali di merito e la Corte di Cassazione si spiega anche con riguardo al momento in cui intervengono le rispettive decisioni, dal momento che i primi si pronunciano più a ridosso degli avvenimenti, risentendo del dibattito politico culturale contemporaneo e, in generale, di un clima tutto sommato favorevole alle proteste in corso.

Se questo è vero, va però detto che in una più recente pronuncia della Corte di Cassazione²⁷¹, l'argomentazione interpretativa prevalente è stata proprio quella avanzata dalla giurisprudenza di merito: è stata infatti esclusa l'arbitrarietà della condotta degli studenti imputati dal momento che l'edificio “nella sua struttura muraria e nelle sue attrezzature” appartiene sì allo Stato “e di conseguenza non deve essere danneggiato”, ma non può altresì negarsi che “la scuola – anche in forza del D.P.R. 31 maggio 1974, n. 416 – costituisce una realtà non estranea agli studenti, che contribuiscono e concorrono alla sua

²⁶⁸ Cfr. Trib. Catania, 21 novembre 1994.

²⁶⁹ Cass. Pen., 26 maggio 1978.

²⁷⁰ Cass. Pen., sez. II, 30 novembre 1979.

²⁷¹ Cass. Civ. sez. II, 30 marzo 2000.

formazione ed al suo mantenimento”²⁷². La Cassazione, quindi, ha dedotto la titolarità del diritto di accesso degli studenti dalla loro partecipazione attiva alla comunità scolastica, elemento questo che è stato anche valorizzato nel Regolamento recante lo statuto delle studentesse e degli studenti della scuola secondaria²⁷³, il quale ha sancito, tra gli altri, il diritto dello studente “alla partecipazione attiva e responsabile alla vita della scuola”.

La Corte di Cassazione ha colto in questa sua decisione le modifiche intervenute nel contesto sociale, ricorrendo proprio a quelle “concezioni socio – culturali ed istituzionali vigenti nel momento storico di applicazione della norma” cui si accennava sopra, concezioni che le hanno consentito di escludere il dolo dell’agente, per errore su quella norma extra-penale che definisce arbitrario l’ingresso nell’immobile²⁷⁴.

La giurisprudenza ha svolto un ragionamento analogo nei casi di occupazione d’azienda ad opera dei lavoratori, per valutare l’applicabilità dell’art. 508 c.p.²⁷⁵: la giurisprudenza di merito degli anni sessanta e settanta, con un’interpretazione della fattispecie poi avallata da buona parte della dottrina, riteneva che tale pratica fosse una delle modalità di praticare il diritto di sciopero. L’antigiuridicità del fatto, in altre parole, veniva ridimensionata alla luce delle motivazioni di natura sindacale espresse dagli agenti, i quali, mossi da necessità di vita, perpetravano un disegno di trasformazione, spesso non solo di portata individuale

²⁷² La Cassazione in questa sentenza ha anche sostenuto l’inaccettabilità dell’equiparazione del concetto di *invasione* a quello di *permanenza non consentita*, risultando un’ipotesi di interpretazione analogica *in malam partem*, vietata dal diritto penale.

²⁷³ D.P.R. 24 giugno 1998, n. 249.

²⁷⁴ S. FIORE, *I reati contro il patrimonio*, Torino, 2010, p. 227; G. NEPPI MODONA, *op. cit.*, p. 219.

²⁷⁵ Chiunque, col solo scopo di impedire o turbare il normale svolgimento del lavoro, invade od occupa l'altrui azienda agricola o industriale, ovvero dispone di altrui macchine, scorte, apparecchi o strumenti destinati alla produzione agricola o industriale, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa non inferiore a lire duecentomila. Soggiace alla reclusione da sei mesi a quattro anni e alla multa non inferiore a lire un milione, qualora il fatto non costituisca un più grave reato, chi danneggia gli edifici adibiti ad azienda agricola o industriale, ovvero un'altra delle cose indicate nella disposizione precedente.

ma con carattere sociale, seguendo una linea già tratteggiata dalla Costituzione²⁷⁶ attraverso il riconoscimento del diritto di sciopero (art. 40).

Il riferimento a diritti costituzionalmente garantiti è un elemento costante nella giurisprudenza in materia di occupazione abusiva di immobile a scopo abitativo, dove progressivamente è stata assegnata rilevanza al diritto all'abitazione per l'applicazione dell'esimente dello stato di necessità (art. 54 c.p.). Esaminando nel dettaglio la giurisprudenza, tuttavia, questa importante affermazione sembra essere rimasta un mero principio, trovando raramente applicazione in forza di una qualificazione assai stringente dei requisiti necessari per configurare il legame tra esimente e diritto costituzionalmente garantito.

L'ampliamento della portata normativa dell'art. 54 c.p. si deve agli sforzi interpretativi della giurisprudenza di merito degli anni '60 e '70, la quale comprendeva nello stato di necessità, lo stato di bisogno, giustificando qualsiasi condotta volta ad assicurare a sé o alla propria famiglia la sopravvivenza, posta in essere a fronte di condizioni di indigenza economica²⁷⁷. Tale interpretazione ha incontrato la resistenza della Corte di Cassazione, secondo cui non potevano essere snaturati i requisiti dell'attualità del pericolo e dell'inevitabilità della condotta, richiesti dall'art. 54 c.p., in forza dell'anticipazione del momento di applicazione della scriminante al verificarsi della situazione di bisogno che colpisce la vita e l'integrità fisica della persone rispetto alla concreta realizzazione del danno grave²⁷⁸. Ciò senza contare il rischio di pregiudicare esigenze di prevenzione generale, giacché molti dei reati giustificabili per ragioni di indigenza potevano essere

²⁷⁶ G. SELLAROLI, L'occupazione delle fabbriche e il sabotaggio nella prospettiva costituzionale, *Gius. Pen.*, 1969, I, p. 134.

²⁷⁷ Cfr. E. VENAFRO, Stato di necessità e diritto all'abitazione, in *Dir. Pen. e Processo*, 6, 2004, p. 719 e ss.

²⁷⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 23 maggio 1972.

idonei, se diffusi, a determinare problemi particolarmente significativi alla tutela dell'ordine pubblico.

Abbandonata questa linea interpretativa, l'estensione della portata dell'art. 54 c.p. è stata quindi realizzata attraverso un'operazione esegetica del concetto di *danno grave alla persona*; se però in una prima fase si giustificava soltanto la condotta delittuosa posta in essere per salvaguardare il diritto alla salute, successivamente il richiamo all'art. 38 della Costituzione finiva per estendere in maniera eccessiva il perimetro di applicazione della norma, con la conseguenza che lo stato di necessità poteva essere riconosciuto in ogni ipotesi di lesione di un diritto attinente la personalità umana. Tale vaghezza impediva nei fatti il riscontro dell'attualità e dell'evitabilità altrimenti del danno, richiamandosi troppo a valutazioni ed implicazioni ideologiche e politiche²⁷⁹. Per questo, alla fine degli anni '70, la giurisprudenza trovava nella centralità della persona assegnata in Costituzione il giusto compromesso interpretativo su cui, ad esempio, fondare la tutela del diritto alla salute, non soltanto per garantire l'assenza di malattia, ma per promuovere altresì - in un'accezione positiva - uno stato minimo di benessere psicofisico della persona²⁸⁰. In questo modo, la Cassazione ha riconosciuto la sussistenza del danno grave rilevante ai sensi dell'art. 54 c.p. in rapporto al diritto all'abitazione²⁸¹, intendendo questo bene come uno strumento indispensabile per la realizzazione della persona nei suoi diritti fondamentali, ai sensi degli artt. 2 e 3, co. 2, della Costituzione.

Come si diceva, va però rilevato che questo processo interpretativo nel concreto non ha prodotto significativi mutamenti: infatti, se è vero che la giurisprudenza è solita comprendere nel concetto di stato di necessità quelle situazioni che “minacciano solo

²⁷⁹ G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978, p. 224.

²⁸⁰ E. VENAFFRO, *Stato di necessità e diritto all'abitazione*, op. cit.

²⁸¹ Cass. Pen., Sez. III, 18 marzo 1983 in Cass. Pen. 1984, p. 1695.

indirettamente l'integrità fisica del soggetto in quanto si riferiscono alla sfera dei beni primari collegati alla personalità, fra i quali deve essere ricompreso il diritto all'abitazione in quanto l'esigenza di un alloggio rientra fra i bisogni primari della persona"²⁸², tale interpretazione non consente comunque, in numerosi casi, di giustificare ai sensi dell'art. 54 c.p. la condotta di occupazione abusiva, proprio in forza di una strettissima interpretazione dei requisiti di necessità e inevitabilità. Infatti, la tutela dei beni dei terzi "coinvolti involontariamente dallo stato di necessità", non può essere compresa "se non in condizioni eccezionali, chiaramente comprovate"²⁸³: la giurisprudenza, in altre parole, pone sul piatto della bilancia da una parte, la tutela di diritti fondamentali della persona (quale il diritto all'abitazione), dall'altra "la tutela dei beni dei terzi", che altro non è se non la tutela della proprietà. In una sentenza assai recente, la Corte di Cassazione ha squarciato il velo: "va, poi, osservato che, venendo in rilievo il diritto di proprietà, un'interpretazione costituzionalmente, orientata dell'art. 54 c.p. alla luce dell'art. 42 Cost., non può che pervenire ad una nozione che concili l'attualità del pericolo con l'esigenza di tutela del diritto di proprietà del terzo che non può essere compresso in permanenza perché, in caso contrario, si verificherebbe, di fatto, un'ipotesi di esproprio senza indennizzo o, comunque, un'alterazione della destinazione della proprietà al di fuori di ogni procedura legale o convenzionale"²⁸⁴.

Si tratta di un'argomentazione certamente fondata che, però, manca di considerare il diritto all'abitazione anche in rapporto al diritto di accesso alla proprietà (art. 42 Cost.) e allo stato di abbandono in cui, molto spesso, versano gli immobili oggetto di azioni di

²⁸² Cass. Pen., Sez. III, 18 marzo 1983; Cass. Pen. Sez. II, 27 giugno 2007 - 26 settembre 2007, n.35580; Cass. Pen. Sez. II, 22 febbraio 2013 n. 8731 (ud. 20 novembre 2012); Cass. Pen. Sez. II, 3 aprile 2013, n. 15279 (ud. 11 gennaio 2013); Cass. Pen., Sez. II, 7 febbraio 2013, n. 5945 (ud. 22 gennaio 2013).

²⁸³ Cass. Pen., 19 marzo 2003, n. 24290; Cass. Pen., Sez. II, 27 giugno 2007 - 26 settembre 2007.

²⁸⁴ Cass. Pen., Sez. II, 9 marzo 2012, n. 9265.

occupazione. In una fase caratterizzata da emergenza abitativa causata dalla crisi economica e dalla necessità di promuovere la riqualificazione urbana e il recupero degli immobili, queste valutazioni dovrebbero trovare giusta considerazione, anche per evitare di riconoscere lo stato di necessità di cui all'art. 54 c.p. soltanto in casi assai limitati e residuali²⁸⁵.

Resta da vedere un ultimo gruppo di decisioni, relative ad occupazioni di immobili abbandonati ed inutilizzati da molti anni, alle quali segue il recupero degli spazi proprio attraverso le attività poste in essere dagli occupanti.

Per comprendere bene la questione è quanto mai opportuno, in questo caso, partire dalla narrazione dei fatti. Il primo, oggetto della decisione della Pretura di La Spezia del 22 marzo 1996: un gruppo di giovani occupava degli immobili, denominati *casermette*, di proprietà della marina militare; gli spazi ricevevano numerose migliorie, sotto un profilo igienico ed estetico, le quali consentivano di salvare i luoghi dallo stato di degrado e di abbandono in cui versavano ormai da molti anni. Gli occupanti erano processati per il reato di invasione di terreni o edifici (art. 633 c.p.) ed infine assolti con la formula “perché il fatto non costituisce reato”, data l'assenza di “uno dei requisiti richiesti dalla norma per la configurabilità della fattispecie”. A mancare era il requisito dell'arbitrarietà, dal momento che la situazione di degrado ed abbandono dei locali rendeva la condotta dei giovani razionale e dotata di una giustificazione, particolarmente rilevante, peraltro, perché di natura sopraindividuale. In questa decisione, il pretore di La Spezia ha mediato il bisogno di spazi e la valorizzazione degli stessi – che portano ad un uso appropriato di edifici

²⁸⁵ Cass. Pen., II, 19 marzo 2003 che riconosce l'esimente in capo all'imputata che aveva occupato abusivamente un alloggio dopo un litigio con il marito a causa del quale si era ritrovata con la figlioletta priva di riparo; Trib. Napoli, 12 novembre 2008, Trib. La Spezia, 16 gennaio 2008, Cass. Sez. II, 7 aprile 1972 che ammettono l'esimente nei confronti di persona ammalata gravemente, priva di casa e di risorse economiche, che nella stagione invernale ha occupato un appartamento disabitato.

disabitati – con l’abbandono e l’assenza di interesse da parte del proprietario. Così, la condotta invasiva, valutata l’azione alla luce della sua adeguatezza sociale che informa il disvalore del fatto e la reale dimensione aggressiva²⁸⁶, è stata considerata priva di offensività.

In una sentenza pronunciata dal Tribunale di Avellino, nel 2000, alcuni giovani processati per invasione ed occupazione di un immobile di proprietà della Regione Campania, già sede del Cinema Eliseo, che versava in stato di abbandono da diversi anni, erano invece assolti con la formula “per non aver commesso il fatto”. Secondo il giudice, lo stato di abbandono e di degrado dell’immobile aveva fatto apparire agli occhi degli occupanti, la proprietà “inesistente o comunque fortemente affievolita”, motivo per cui, in loro, non vi era stata l’intenzione di spogliare altri del legittimo possesso dell’immobile. Infatti, “la fatiscenza e l’abbandono dell’edificio, l’assenza di una concreta situazione di possesso, le modalità dell’invasione avvenuta in modo pacifico e conclamato, la partecipazione favorevole della cittadinanza, nonché i contatti instaurati con alcuni amministratori locali e rappresentanti politici, non potevano che giustificatamente indurre gli occupanti circa l’insussistenza della arbitrarietà nel comportamento di accesso e di occupazione posto in essere”. L’occupazione dell’immobile era aperta alla collettività (prova ne era l’afflusso di giovani in quei giorni, l’organizzazione di manifestazioni teatrali ed altre iniziative aperte alla cittadinanza), e pertanto priva di carattere appropriativo, essendo stata un mezzo per “rivendicare le esigenze della collettività a un uso più appropriato degli edifici disabitati (spesso destinati a un inesorabile degrado) e sollecitare gli interventi ripristinatori da parte delle autorità preposte”.

²⁸⁶ F. CURI, *Occupare o punire: tra vecchio e nuovo in tema di invasione di terreni ed edifici*, op. cit..

In un caso verificatosi invece a Trento nel 2002, un gruppo di ventotto giovani occupava una stabile di proprietà privata, inutilizzato da molti anni. Lo spazio, una volta ripulito, ritinteggiato e arredato, veniva aperto alla città per diventare luogo d'incontro giovanile e sede di numerose iniziative pubbliche. Gli occupanti erano tutti processati per invasione di terreni o edifici, e, alla conclusione del processo, ventisette di loro erano assolti per non aver commesso il fatto, mentre uno era condannato per il reato di cui all'art. 633 c.p., previo riconoscimento in prevalenza, rispetto alle aggravanti contestate, delle attenuanti di cui agli artt. 62 n. 1 e 62 *bis* c.p. Le assoluzioni si fondavano su un'interpretazione restrittiva dell'art. 633 c.p., norma che, ad avviso del giudice trentino, punisce soltanto la condotta di invasione (accertata in capo al solo condannato) e non la successiva permanenza (come si diceva sopra, gli occupanti si uniscono all'invasore soltanto in un secondo momento).

Vi è un passaggio molto interessante nella sentenza che vale la pena riportare: “la fase successiva dell'occupazione, infatti, facente parte dell'elemento soggettivo del reato ed in particolare del dolo specifico che lo caratterizza, pur costituendo condotta censurabile in sede civile (ed anche in astratto in sede penale ai sensi dell'articolo 614 c.p. per la permanenza invito domino, non integrata tuttavia nel caso di specie non trattandosi di immobile all'epoca adibito ai fini abitativi) non rileva ai fini dell'integrazione dell'elemento oggettivo del medesimo reato sub articolo 633 c.p., che va riferito al momento dell'arbitraria invasione finalizzata all'occupazione/al profitto”. Il Tribunale di Trento si è quindi posta la questione del coordinamento della tutela penalistica della proprietà con quella civilistica, per risolverla sostenendo che l'art. 633 c.p. non possa essere il primo strumento di tutela utilizzato a difesa della proprietà privata, dal momento che le condotte possono essere censurate anche con strumenti civilistici, senza contare che,

qualora gli immobili non siano destinati ad uso abitativo, neppure sussistono gli estremi per l'applicazione dell'art. 614 c.p., che sanziona la violazione di domicilio. Seguendo questa linea interpretativa, l'impossibilità di ricondurre la condotta di occupazione a quella sanzionata dall'art. 633 c.p. (appunto, l'invasione di un edificio) consentirebbe di desumere che l'occupazione di immobili pubblici trovi miglior tutela nelle azioni a difesa della proprietà o, al fine di assicurare maggiore celerità, in quelle possessorie.

Nel caso in esame, una delle argomentazioni portate dalla difesa degli imputati verteva sullo stato di abbandono dell'immobile, condizione idonea a consacrare il venir meno dello stesso interesse giuridicamente protetto dei proprietari: è il tema dell'antigiuridicità materiale, del rispetto del principio di offensività, secondo cui ai fini della punibilità dell'agente non è sufficiente la mera corrispondenza dell'azione alla fattispecie astratta disegnata dal legislatore, essendo altresì sempre necessaria una effettiva lesione dell'interesse tutelato dalla norma incriminatrice.²⁸⁷ Il Tribunale di Trento non ha accolto però questo argomento, sottolineando che la mera apposizione di lucchetti e lamiere di protezione contro l'intrusione di estranei segnava l'attualità di un interesse giuridicamente rilevante dei proprietari all'immobile, meritevole di tutela contro il processo di svalutazione del suo prezzo di mercato, causato dall'occupazione, e l'impossibilità di disporre attraverso, ad esempio, la conclusione di un contratto di locazione. La meritevolezza del motivo dell'azione (recuperare alla collettività uno stabile inutilizzato) è stata comunque valutata dal Tribunale, come dimostra il riconoscimento all'unico imputato condannato dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 1 c.p.²⁸⁸. Questa circostanza è caratterizzata da un elemento di carattere soggettivo, consistente nell'intenzione dell'agente di rimuovere

²⁸⁷ N. CANESTRINI, L'invasione arbitraria di immobile e l'attenuante del particolare valore sociale, in *Diritto e giustizia*, 21 febbraio 2006 (disponibile on line).

²⁸⁸ Circostanza attenuante comune dell'aver agito per motivi di particolare valore morale o sociale.

una situazione di fatto immorale o antisociale, ed uno di carattere oggettivo, secondo cui il motivo che spinge l'agente a violare la norma penale è riconosciuto dalla generalità dei consociati come conforme ai costumi morali e sociali di quel determinato periodo. Secondo il Tribunale di Trento, l'azione dell'unico imputato poi condannato aveva queste caratteristiche, sussistendo "finalità di particolare valore sociale in quanto trascendenti i bisogni egoistici del singolo, quali quelle di sensibilizzare l'opinione pubblica e le istituzioni trentine circa la necessità di destinare spazi adeguati al dibattito culturale e politico ed all'esperienza autogestionale dei giovani, avendo adottato peraltro, a tali fini, modalità tali da produrre il minimo danno / i minimi disordini possibili sia in ambito pubblico che privato (ciò in relazione: allo stato di mancato utilizzo dello stabile prescelto; al minimale danno apportato alle strutture per entrarvi; al mantenimento dell'ordine sia durante l'invasione sia durante la successiva e pacifica occupazione autogestita dell'immobile".

Dalle decisioni analizzate traspare una discreta incertezza della giurisprudenza penale rispetto la qualificazione dell'elemento dell'arbitrarietà, in una fattispecie spesso sospesa tra tutela del patrimonio, ordine pubblico e garanzie di diritti fondamentali, che si confronta con le rivendicazioni sociali e culturali, in costante evoluzione. Ciò si traduce in sentenze motivate in modo confuso, quasi mancassero sufficienti elementi per fondare un ragionamento penalistico più complesso. La confusione e l'incertezza interpretativa vertono spesso sulla confusione tra elemento oggettivo del reato e dolo, con ricadute sia sulla motivazione della sentenza sia sulla formula assolutoria (non sussiste o non ha commesso il fatto / il fatto non costituisce reato). Parrebbe, in altre parole, che i giudici si sforzino di trovare un temperamento ad una disciplina eccessivamente rigorosa che mal si adatta a fattispecie concrete come quelle raccontate nei paragrafi precedenti. Tale

atteggiamento, tuttavia, finisce per lasciare impregiudicata la validità e l'impianto sistematico della norma con la conseguenza che, anche nei casi di esclusione della responsabilità penale in forza di carenze sul piano soggettivo o di carenze oggettive della fattispecie concreta, essa produce conseguenze in altri ambiti. Infatti, in punto ricadute extrapenali della sentenza penale, solo l'esclusione dell'elemento oggettivo ostacola conseguenze civilistiche per la persona cui è stato addebitato il fatto e anche rispetto a eventuali illeciti amministrativi concomitanti con l'occupazione, puniti indifferentemente a titolo di dolo o colpa, un'assoluzione per difetto di dolo non mette del tutto al riparo l'imputato.

La confusione e l'incertezza interpretativa della giurisprudenza, inoltre, affondano nel grande dibattito attorno alla proprietà privata e ai suoi confini, chiamando in causa, in particolare, i poteri del proprietario assenteista e il coordinamento della normativa attuale con istanze legate a diritti costituzionalmente garantiti le quali, in alcuni casi, si manifestano in una propria dimensione individuale (diritto all'abitazione), in altri, collettiva (occupazione di spazi pubblici).

Alla sapienza civilistica spetta dunque il compito di offrire una lettura dell'art. 633 c. p. che consegni al giudice penale gli strumenti utili a caratterizzare gli elementi extra-penali della fattispecie, in coerenza con una interpretazione del diritto di proprietà che ripensi criticamente i confini strutturali fra i diritti dei privati.

Nel nostro ordinamento, il proprietario gode di armi civilistiche appuntite per difendere i propri diritti: egli può agire sperando le azioni a tutela del possesso, strumenti volti a reprimere le lesioni del potere di fatto sulla *res*, reprimendo lo spoglio e le altre turbative dello stesso. Nelle ipotesi che possono essere sanzionate con l'applicazione dell'art. 633 c.p., i requisiti per l'esercizio dell'azione di reintegrazione sono parimenti sussistenti: il

proprietario è privato del bene immobile mediante deiezione, la lesione è attuale e duratura, l'elemento della violenza è inteso come mera assenza di volontà espressa o presunta del possessore spogliato così come la clandestinità dello spoglio rinvia all'inconsapevolezza della vittima; vi è il requisito psicologico dell'*animus spoliandi*, consistente nell'intento di sostituire il proprio all'altrui possesso. Nel giudizio possessorio, inoltre, vengono valutati elementi di fatto e di diritto in parte coincidenti con quelli esaminati nel corso del processo penale: l'accertamento dell'avvenuto spossessamento, l'apprezzamento dell'effettiva altruità, la lesione di un altrui diritto. Autorevole dottrina ha ritenuto, ad esempio, che la disciplina di cui all'art. 1168 c.c. possa trovare applicazione anche nei casi di occupazione d'azienda, dal momento che si verifica un'interruzione della relazione uomo – cosa attraverso una redistribuzione dei poteri di fatto sui beni²⁸⁹. Del resto, anche i ragionamenti sottesi alle motivazioni delle decisioni sono comuni al giudice penale e a quello civile. Si prenda la sentenza del Tribunale di Roma, sez. VIII, 8 febbraio 2012: l'affittuaria di un immobile, l'ex Cinema Palazzo, agiva in giudizio invocando tutela possessoria contro una moltitudine di persone che, il 15 aprile 2011, aveva effettuato lo spoglio del bene, occupando l'immobile. Nel respingere il ricorso, il Tribunale ha sottolineato che “l'interesse alla base dell'azione dimostrativa consistente nell'occupazione dell'edificio è di natura politica, non patrimoniale o egoistica: i dimostranti, che ancora oggi occupano l'immobile, contrastano la destinazione che la società ricorrente vorrebbe imprimergli, rivendicando la conservazione della tradizionale vocazione culturale dell'ex Cinema Palazzo”.

Si tratta evidentemente di argomentazioni ancorate alla sussistenza di un interesse sopraindividuale, perfettamente in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza penale

²⁸⁹ R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, Milano, 2000, p. 333 e ss.

di merito analizzata in precedenza. Se sussiste un interesse che si fonda su un diritto fondamentale costituzionalmente garantito, posto in essere da una comunità di individui pronta a condividere le nuove utilità prodotte da un bene recuperato o da un soggetto che versa in stato di indigenza, è davvero difficile qualificare le condotte di occupazioni come fenomeni antisociali.

Per queste ragioni, sarebbe opportuno configurare un coordinamento tra strumenti penalistici e civilistici a tutela della proprietà, con i primi azionabili dal proprietario soltanto in un momento successivo rispetto all'esperita azione di spoglio. Così si regola il diritto inglese, dove il fenomeno dello *squatting* di per sé, come si è visto, non costituisce un reato: gli occupanti infatti commettono un *trespass* di natura civile e al proprietario è riconosciuta un'azione per recuperare la proprietà immobiliare oggetto dello stesso²⁹⁰. Il procedimento penale può essere azionato soltanto nel caso in cui lo *squatter* trasgredisca la pronuncia civile a tutela della proprietà²⁹¹, mentre una fattispecie aggravata di *trespass* penale trova applicazione soltanto quando l'occupazione intimidisce, ostruisce o distrugge un'attività legale del proprietario in corso al verificarsi del fatto²⁹². Per completezza, va detto che con il *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* adottato nel 2012, un provvedimento considerato non necessario e obsoleto, dal momento che i proprietari ricevevano già un'adeguata tutela in forza del *Criminal Law Act* del 1977, è stata ribadita la natura penale della fattispecie di occupazione di edifici residenziali, ma non di quella di occupazione di edifici commerciali.

²⁹⁰ Cfr. Pt. 55 del Civil Procedure Rules del 1998.

²⁹¹ Criminal Justice and Public Order Act 1994, ss 75 and 76.

²⁹² Justice and Public Order Act, 1994. il criminal law act individua due tipologie di proprietari che possono ricorrere alla tutela penale i Displaced Residential Occupiers e i Protected Intended Occupiers; i primi sono proprietari di un edificio residenziale da cui vengono esclusi dal trespasser, mentre i secondi godono di un titolo per trasferirsi in un immobile residenziale ma, a causa del trespasser, non possono completare il proprio trasferimento.

Oltre a questo, sarebbe comunque opportuno considerare adeguatamente le condotte del proprietario e degli occupanti: in altre parole, non è sufficiente riscontrare la violazione del diritto di proprietà, dovendosi invece verificare la sussistenza di un interesse attuale, concreto ed effettivo alla conservazione del bene da parte del proprietario, in linea con la funzione sociale della proprietà privata. Infatti, a fronte ad un proprietario assenteista, l'azione di una comunità di individui che agiscono per un interesse sopraindividuale all'utilizzo del bene e al suo recupero dovrebbe trovare un più giusto inquadramento.

In questo modo, si potrebbe altresì ottenere una regressione del diritto penale a strumento di *extrema ratio*²⁹³, all'insegna di una politica criminale che sappia integrare anche aspetti di politica sociale per non derubricare a semplici problemi di ordine pubblico questioni assai delicate perché relative, sotto diversi profili, alla tutela dei diritti della persona.

2.4. Abbandono e responsabilità proprietaria

Come emerge dall'analisi precedente, il legislatore nel regolare la derelizione e l'abbandono dei beni aveva in mente una società caratterizzata da una povertà di massa, in cui i beni sono scarsi. Lo si evince dalla disciplina dell'occupazione ex art. 923 c.c., un modo di acquisto della proprietà che trovava la propria *ratio* in un contesto economico e sociale in cui le attività fondamentali dell'uomo erano la caccia, la pesca e la raccolta, le quali, proprio per la loro rilevanza, prevalevano sulla proprietà che, rispetto a queste ipotesi, si atteggiava a istituzione "posteriore e antagonista"²⁹⁴. Per questo, non manca chi

²⁹³ F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico* (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152), in *Questione criminale*, 1975, p. 221 e ss.

²⁹⁴ A. GAMBARO, *La proprietà*, op. cit., p. 329.

ritenga che questo istituto sia destinato a scomparire o comunque a trovare applicazione soltanto per beni di entità e valore modesti. In alcun modo, invece, l'interprete si è fatto carico di verificare l'applicabilità di tale modo di acquisto nella società dell'opulenza e del consumo, operazione che richiederebbe un'inversione della prospettiva, attraverso un dispositivo normativo che impedisca ai proprietari di ledere l'interesse generale mediante l'abbandono dei beni, il che vale prevalentemente per i beni immobili²⁹⁵: in altre parole, sarebbe necessario sottolineare il profilo di responsabilità del proprietario insito nell'atto della derelizione²⁹⁶.

Ora, ricorrendo ancora una volta alle categorie del sistema di *common law*, è evidente che l'abbandono di un immobile rappresenti una *nuisance*. Infatti, un edificio abbandonato scarica sulla collettività vari tipi di esternalità negative: esso mette in pericolo la salute pubblica e può causare un vero e proprio danno estetico²⁹⁷. Così, il proprietario assente può essere ritenuto responsabile sia di un danno alla collettività, ossia di una *public nuisance*, che può essere definita come una interferenza con il libero godimento di un diritto che è

²⁹⁵A tal riguardo, molto interessante risulta la lettura dei dati contenuti nel report "RiutilizziAmo l'Italia" del 2013 redatto dal WWF e raccolti in un censimento *RiutilizziAmo l'Italia*, promosso dal 5 giugno al 30 novembre 2012 e che ha raccolto 575 schede di segnalazione di edifici o aree dismesse; di queste, il 38% proviene dal Sud Italia e isole, il 33% dal Centro Italia e per il 29% dal Nord. A pag. 13 si legge: "[l]'esistenza di una forte domanda sociale organizzata è testimoniata dal fatto che le schede di segnalazione (che contenevano campi informativi inerenti aspetti diversi; denominazione, localizzazione, destinazioni urbanistiche, vocazioni territoriali, proposte di riuso) sono state compilate per il 70% da associazioni o comitati e per il 28% da singoli cittadini (il 2% non dichiara la propria appartenenza). Le segnalazioni del *dismesso* riguardano per il 67% aree già in precedenza edificate, per il 18% incolti degradati o in evoluzione (dei quali il 7% incolti in evoluzione – quindi aree ove la natura sta autonomamente riconquistando gli spazi sottratti - e l'11% dove impera il degrado), per il 4% aree di scavo (ex cave o altre forme di prelievo di inerti), per il 7% aree dismesse attribuibili ad ex cantieri (per il restante 4% non sono state fornite indicazioni). Per quanto riguarda gli assetti proprietari sembra profilarsi una sostanziale parità tra beni pubblici e beni privati, atteso che le schede riguardano per il 33% aree private e per il 27% aree pubbliche; pesa tuttavia sulla attendibilità del dato il fatto che per il 40% le schede non contengono informazioni in merito".

²⁹⁶ A. GAMBARO, Il diritto di proprietà, op. cit., pp. 864 – 865.

²⁹⁷ Anche se le corti di *common law* sono restie a riconoscerlo: cfr. A Nuisance Law Approach to the Problem of Housing Abandonment, The Yale Law Journal, Vol. 85, No. 8, Jul., 1976, p.137.

comune ai cittadini²⁹⁸, sia di un'interferenza sostanziale e non ragionevole con il godimento dell'altrui diritto di proprietà (*private nuisance*)²⁹⁹. In questa seconda ipotesi, il proprietario che lamenti la lesione della propria sfera giuridica soggettiva è tenuto a provare la non ragionevolezza della condotta emulativa, fermo restando che il giudice, nel dirimere una simile controversia, è tenuto a bilanciare la gravità del danno con le utilità sociali derivanti dall'attività dannosa che, nel caso dell'abbandono, sono pressoché pari a zero. In alcuni casi, i vicini che lamentino un danno sostanziale, possono ottenere una ingiunzione che imponga al proprietario di demolire l'edificio e lo condanni al risarcimento dei danni subiti³⁰⁰. Ciò del resto non differisce dall'esito positivo che può aversi dall'accoglimento di un'azione esperita ai sensi dell'art. 1172 c.c., con la quale il vicino può reagire ai pericoli di danno grave e prossimo alle cose che formano oggetto del proprio diritto che derivano da un edificio, da un albero o da qualsiasi altra cosa appartenente al terzo o dall'adozione di un'ordinanza urgente di demolizione adottata dal sindaco ai sensi dell'art. 50 co. 5 del D. Lgs n. 267/2000³⁰¹, quando un edificio pericolante metta in pericolo l'incolumità dei cittadini³⁰². Nell'ipotesi di edificio abbandonato, il giudizio di bilanciamento cui è sottoposta l'attività dannosa attenua l'effetto rimediale del

²⁹⁸ Si intende per public nuisance "any form of annoyance or inconvenience interfering with common public right", IVI, nota 26, p. 1135.

²⁹⁹ Questa è definita come "invasion of interests in the use of enjoyment of land", IBIDEM.

³⁰⁰ Questi possono essere richiesti anche in caso di mancata concessione dell'ingiunzione, ma in questo caso potranno risarcire soltanto la perdita di valore subita dalla proprietà del vicino a seguito dell'altrui condotta; in caso di accoglimento invece il risarcimento può essere liquidato anche per i danni subiti in permanenza dell'edificio, mentre se quest'ultimo non può essere demolito, la figura di danno più adatta è quella dei danni permanenti.

³⁰¹ In particolare, in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale le ordinanze contingibili e urgenti sono adottate dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale. Negli altri casi l'adozione dei provvedimenti d'urgenza ivi compresa la costituzione di centri e organismi di riferimento o assistenza, spetta allo Stato o alle regioni in ragione della dimensione dell'emergenza e dell'eventuale interessamento di più ambiti territoriali regionali.

³⁰² L'inottemperanza al provvedimento del sindaco rappresenta altresì un illecito penale, ai sensi dell'art. 650 c.p. Cfr. Cass. Pen., sez. I, 22 gennaio – 18 febbraio 2013, n. 7908.

tort of nuisance, dal momento che non sempre i danni prodotti hanno carattere sostanziale. Per questo, alcuni ritengono che la *nuisance* sia in questo particolare caso *in re ipsa*³⁰³.

Nel *common law*, dunque, la fattispecie delle immissioni – inquadrata nell’istituto della *nuisance* – si concentra sulla condotta dell’immittente e, di fatti, esce dalla sfera proprietaria per inserirsi come si è detto nella *law of torts*; il nostro ordinamento compie invece una scelta diversa e colloca la problematica in esame all’interno della questione proprietaria, non ammettendo che le immissioni – e con esse le limitazioni del diritto soggettivo dominicale – rappresentino la regola, ricorrendo all’istituto della responsabilità civile per superare le aporie che una simile scelta comporta³⁰⁴.

È dunque possibile ricondurre le esternalità negative prodotte dall’abbandono di un bene immobile al dispositivo di cui all’art. 844 c.c.?

Come noto, la norma consegna al giudice che si trovi a conoscere di un conflitto tra usi incompatibili di due fondi limitrofi dei criteri risolutivi (normale tollerabilità; bilanciamento di interessi tra proprietà dinamica e proprietà statica; condizione dei luoghi e preuso) da applicare ogniqualvolta le immissioni in esame siano di fumo o di calore, consistano in esalazioni, rumori, scuotimenti e in altre “simili propagazioni”. Questa espressione ha consentito a giurisprudenza e dottrina di essere concordi nel ritenere che questo elenco non sia tassativo³⁰⁵, con la conseguenza che il catalogo degli usi

³⁰³ A Nuisance Law Approach to the Problem of Housing Abandonment, op. cit., parla di “nuisance per se”, p. 1137.

³⁰⁴ Cfr. U. MATTEI, voce Immissioni in Digesto Civile, vol. IX, Torino, 1993, p. 313; ad avviso dell’autore, l’aporia è dovuta “dalla concezione assoluta della proprietà sia dal lato passivo (con relativo divieto assoluto di *immissio in alienum*) che da quello attivo (proprietà come libertà ed immunità: *qui iure suo utiture neminem laedit*)”.

³⁰⁵ Trib. Verona, 9 giugno 1973, in Giur. It., 1974, I, 2, p. 314 ss; Pret. Torino, 7 marzo 1960, in Arch. Resp. Civ., 1961, Così in dottrina M. PARADISO, Inquinamento delle acque interne e strumenti privatistici di tutela, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1977, p. 1431; P. TRIMARCHI, Rischi e responsabilità oggettiva, Milano, 1961, p. 351; R. ALBANO, voce Immissioni (diritto civile), in Novissimo Digesto Italiano, vol. VIII, Torino, 1962, p. 187 ss; F. DE MARTINO, Beni in generali. Proprietà, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), Commenta-

incompatibili si è negli ultimi anni arricchito. Comunque, i fenomeni intrusivi riconducibili alla norma in esame devono essere prodotti da un'attività lecita e avere carattere materiale (essendo dunque percepibili dall'uomo o influenzando oggettivamente sul suo fisico, come ad es. accade per le radiazioni nocive), indiretto (come conseguenza di un fatto compiuto direttamente o indirettamente dall'uomo nel fondo da cui si propaga) e continuativo (considerato che l'intollerabilità deve essere attuale, in forza della regolarità del verificarsi dell'immissione)³⁰⁶.

Va precisato tuttavia, che non tutte le propagazioni sono idonee a produrre conseguenze materiali immediatamente nocive: queste sfuggirebbero all'ambito di applicazione dell'art. 844 c.c., se si ammettesse soltanto la materialità della situazione intollerabile. Su questi presupposti la giurisprudenza ha ad esempio considerato dotate di materialità le immissioni elettromagnetiche, dal momento che esse presentano profili di rischio, potendo causare futuri eventi pregiudizievoli³⁰⁷. Pertanto, dal momento che rileva anche "l'imminenza del

rio del codice civile, Bologna-Roma, 1946, p. 161; V. GAMBINO, Le immissioni, in *Giur. merito*, 1983, p. 1074.

³⁰⁶ Cass. civ., 6 marzo 1979, n. 1404, in *Giur. Agr. It.*, 1979, II, p. 539 ss; Cass. civ., 7 settembre 1977, n. 3889, in *Mass. Foro It.*, 1977, p. 750 ss; Cass. civ., 20 febbraio 1969, n. 570, in *Foro It.*, 1969, I, p. 1483 ss.

³⁰⁷ In questo senso si pronunciava, in un'ordinanza molto interessante in materia di campi elettromagnetici, il Tribunale di Como sostenendo che "[...]immissione sussumibile nella previsione dell'art. 844 c.c. è non soltanto quella che lede immediatamente, che produce subito un *vulnus* all'essere umano, ma è anche quella che comporta elementi di *rischio* [...]Premesso che per "rischio" deve intendersi, sempre secondo l'accezione universalmente accettata, la possibilità del verificarsi di un evento a vario titolo pregiudiziale (possibilità che può essere più o meno intesa, purché esistente: ad esempio si può assicurare un immobile, purché non venuto meno, contro rischi che per essere assolutamente remoti non cessano per ciò di essere tali), va affermato in linea generale (e salvo, ovviamente, le verifiche che qui in motivazione seguiranno in ordine alla sussistenza di tutti gli altri necessari presupposti) che può trovare tutela nell'ambito dell'art. 844 c.c., anche la fattispecie, come quella in esame, in cui si verte non tanto di lesione già in atto all'attualità, quanto di rischio — purché esistente e, si vedrà poi qui di seguito, e oltre una certa soglia — che determinati fattori (i campi E.L.F.) siano produttivi, già oggi, di concreto pericolo che, domani, si verifichi, o meglio si estrinsechi perfezionandosi, una lesione. Traducendo tutto quanto sopra in termini soggettivi, può dirsi allora che il soggetto protetto dall'articolo 844 c.c. ha diritto di essere esente non solo da propagazioni immediatamente — avvertibilmente dannose, ma anche da propagazioni "rischiose", e ciò sia sotto il profilo del diritto soggettivo della persona e sia del diritto soggettivo dominicale (il fondo gravato da un tale rischio è oggettivamente e indebitamente menomato per causa imputabile non al suo proprietario, ma al vicino). Tribunale di Como, ord. 30 novembre 2001, in *Giust. Amm.*, 2002, 1, pp. 52-66; nel merito, l'ordinanza è stata confermata dallo stesso con sentenza 23 novembre 2005, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2006, 2, pp. 325-336, confermata dalla Corte di Appello di Milano Sez. II civ., sentenza 31 agosto 2009, n. 2168 in www.personaedanno.it.

pericolo, ossia il timore che l'immissione si manifesti"³⁰⁸, è possibile sostenere che la fattispecie descritta dall'art. 844 c.c. utilizzando il linguaggio proprio del diritto penale rappresenti un illecito di pericolo concreto, tale da ammettere una tutela di carattere anticipatorio (art. 700 c.p.c.), conforme anche al più generale principio di precauzione quando ad essere leso è il diritto alla salute. Quest'ultimo, alla luce della ricca elaborazione giurisprudenziale, è oggi comprensivo del diritto all'integrità dell'ambiente naturale³⁰⁹: entrambi possono essere tutelati attraverso l'applicazione dell'art. 844 c.c., dal momento la norma non preserva soltanto il valore del fondo, ma anche la persona che goda dello stesso³¹⁰. La regola, del resto, ha come obiettivo l'internalizzazione di esternalità negative ed è una tecnica fondamentale per limitare il degrado ambientale³¹¹.

Alla luce di queste considerazioni, parrebbe non peregrino ravvisare nell'abbandono di edifici un'immissione di pericolo, dal momento che dal degrado dell'edificio – conseguenza dell'inerzia e dell'incuria protratta del titolare - deriva un danno

³⁰⁸ Cass. civ., 1 febbraio 1995, n. 1156, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, p. 1836 ss.

³⁰⁹ Il bene salute, tutelato ai sensi dell'art. 32 Cost., è stato identificato con la "salubrità dell'ambiente quale dimensione spazio – territoriale della vita associata" nella sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 464 ss.

³¹⁰ Così, Corte di Cass., sez. un., 15 ottobre 1998, n. 10186, in *Foro it.*, 1999, I, p. 922 ss. Questa decisione ha ribaltato un precedente orientamento, inaugurato dalla Corte Costituzionale, con la sentenza 23 luglio 1974, n. 247, secondo cui l'art. 844 c.c. tutelava esclusivamente l'interesse del proprietario a godere in modo esclusivo del fondo; in seguito, sulla base di questa pronuncia, anche la Corte di Cassazione ritenne che i casi di immissioni lesive del bene salute dovessero essere risolti ricorrendo all'art. 2043 c.c. e non alla regola proprietaria (così, Cass. Sez. Un. 19 luglio 1985, n. 4263). Parte della dottrina è critica rispetto a questa impostazione: cfr. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, op. cit., p. 504 ss.; L. FRANCARIO, *La disciplina delle immissioni*, nel *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), vol. VII, Tomo I, 2^a ed., Torino, 2005, p. 476 ss.; M. COSTANZA, *Evoluzioni ed involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni*, in *Giustizia civile*, 2007, I, 465 ss.; C. RESTIVO, *La disciplina delle immissioni*, in R. CONTI (a cura di) *La proprietà e i diritti reali minori*, op. cit., p. 545-551. A proposito della tutela del diritto alla salute nei casi di immissioni acustiche, U. MATTEI, in *La proprietà*, op. cit., p. 326 e ss., sottolinea come l'applicazione immediata dell'art. 32 Cost. abbia comportato l'irrigidimento delle decisioni giudiziarie, rinunciando a utilizzare l'art. 844 c.c. – "uno strumento duttile" – che consente di dirimere i conflitti tra proprietari anche attraverso "criteri di public policy" e che soprattutto affronta il nodo del bilanciamento tra interessi di natura patrimoniale e non patrimoniale.

³¹¹ A. GAMBARO, *La proprietà*, op. cit., p. 386.

all'ambiente circostante e quindi alla persona³¹². A tale qualificazione non è di impedimento la natura omissiva del comportamento del proprietario, considerato che la fattispecie di cui all'art. 844 c.c. non esclude questa modalità d'azione, né tanto meno può identificarsi nella titolarità del diritto di proprietà l'esistenza di un titolo giustificativo della condotta, nel momento in cui riteniamo l'abbandono una condotta abusiva e quindi contraria alla funzione sociale della proprietà.

Il ricorso all'art. 844 c.c. in ipotesi simili pare del resto corroborata da due ulteriori elementi: da una parte, il collegamento della norma esaminata con le regole della responsabilità civile³¹³, dall'altra "l'atrofia imposta al divieto di atti emulativi"³¹⁴, disciplinato all'art. 833 c.c., che vieta al proprietario il compimento di atti che "non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri". Infatti, si potrebbe sostenere che l'esercizio civilistico dello *ius excludendi* su un luogo abbandonato sia emulativo e dunque abusivo³¹⁵. Questa lettura parrebbe tuttavia ostacolata dall'interpretazione data della norma in esame, il cui elemento oggettivo è stato identificato nell'assenza di vantaggi per il proprietario che compia l'atto emulativo, mentre l'elemento soggettivo corrisponde all'intenzione di nuocere ad altri, con il risultato che la norma risulta applicabile soltanto ai casi di scuola, giacché "è assai arduo dimostrare che

³¹² Rifiuti e sporcizia, infatti, si accumuleranno nell'edificio abbandonato, inquinando spazio pubblico circostante, con conseguenze negative per chi abita nelle vicinanze e determinando un danno ambientale; inoltre, l'incuria protratta nel tempo è causa del progressivo decadimento dell'edificio, sino a renderlo inutilizzabile e, nel peggiore dei casi, pericolante.

³¹³ L'art. 2053 c.c. disciplina proprio l'ipotesi della rovina di un edificio rappresentata, come evidenzia autorevole dottrina, da "la disintegrazione di parti essenziali della costruzione, ma anche il mero distacco, o caduta, di ogni singolo manufatto, anche accessorio od ornamentale, che sia stato incorporato nella costruzione. La nozione di rovina costituisce comunque un argine contro le azioni intentate per il semplice pericolo. Si sostiene, infatti che l'art. 2053 si occupa solo della disintegrazione totale o parziale dell'edificio, *ex post*, e non si applica invece *ex ante* alle insidie alla stabilità dell'immobile". Cfr. P.G. MONATERI, La responsabilità civile – Le fonti delle obbligazioni in Trattato di diritto civile diretto da R. Sacco, Torino 1998, p. 1072.

³¹⁴ A. GAMBARO, La proprietà, op. cit., p. 207.

³¹⁵ Esso può essere esercitato soltanto nei limiti e nelle forme della tutela petitoria (art. 948 c.c.). Cfr. U. Mattei, Per un nuovo diritto metropolitano: MACAO, un esempio di spazio sociale come bene comune in AA. VV., *Rebelpainting. Beni comuni e spazi sociali: una creazione collettiva*, 2012, p. 26.

l'unico intento del soggetto è quello di nuocere ed è probabile che l'azione nociva comporti, comunque, un minimo di utilità per il proprietario”³¹⁶.

Da qui l'atrofia della norma cui si accennava sopra, che però può essere superata collegando la norma all'istituto dell'abuso del diritto³¹⁷, per bilanciare gli interessi contrapposti. Sulla scorta di questa interpretazione, saranno abusive quelle condotte – da individuare secondo parametri di tipicità sociale – che, pur avvantaggiando il proprietario che le compie, arrechino un danno sproporzionato ai terzi oppure determinino un nocumento o una molestia che sarebbero stati evitabili ricorrendo ad altre modalità di esercizio della prerogativa proprietaria³¹⁸. In questo modo, possono essere vietate scelte idiosincratiche che scarichino sulla collettività i propri costi, recuperando lo spirito originario della norma: nella Relazione al Re, al n. 408, si legge, infatti, che il divieto di atti emulativi “afferma un principio di solidarietà tra privati e nel tempo stesso pone un regola conforme all'interesse della collettività nell'interesse dei beni”. Seguendo questa impostazione, l'abbandono di un bene immobile potrebbe costituire un abuso del diritto di proprietà: se, infatti, il non uso è certamente una delle facoltà che l'ordinamento riconosce al proprietario, la derelizione di utilità funzionalmente sociali scarica costi troppi alti sulla collettività, provocando un danno sproporzionato rispetto al vantaggio conseguito dal titolare del diritto.

³¹⁶ U. MATTEI, *La proprietà*, op. cit., p. 335.

³¹⁷ IBIDEM. L'istituto dell'abuso del diritto è applicabile nei casi in cui “un soggetto che è certamente e incontestabilmente titolare di un diritto specifico e giustifica la propria condotta adducendo di aver compiuto un atto costituente esercizio del diritto di cui è titolare, ossia un atto ricompreso, in astratto, nel contenuto del diritto stesso”; questa impostazione è dovuta a R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUERRIERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001, p. 281 ss.; G. PINO, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2004, p. 57 ss.

³¹⁸ M. COSTANTINO, voce *Proprietà*, II, *Profili generali*, *Diritto Civile in Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXV, Roma, 1991, p. 11 ss.

2.5. Conclusioni

Se è vero che i motivi per cui un proprietario abbandona il proprio immobile non possono essere sindacati dall'ordinamento, nulla vieta, però, di valutare gli effetti complessivi sul sistema di un simile comportamento. Come si diceva all'inizio, infatti, un nodo da sciogliere nella materia proprietaria consiste nell'opportunità di inserire delle limitazioni all'esercizio del diritto.

In questo senso, l'istituto dominicale o, per meglio dire, i privilegi e le immunità tradizionalmente riconosciuti al proprietario devono essere valutati e riconsiderati al contesto socio economico in cui si esplicano: come ben scrive Rodotà, infatti, "l'astrazione proprietaria si scioglie nella concretezza dei bisogni, ai quali viene data evidenza collegando i diritti fondamentali ai beni indispensabili per la loro soddisfazione"³¹⁹. Per questo, non va dimenticato che le regole proprietarie hanno lo scopo di garantire al proprietario la stabilità necessaria per svolgere le proprie attività, anche pianificando gli investimenti futuri, e per questo gli consentono di esercitare il potere di escludere i terzi da quella porzione di realtà che soggiace sotto il suo controllo. Lo *ius excludendi* è un mezzo e non il fine del diritto di proprietà e, inoltre, esso non rappresenta un valore.

Per questo motivo, non è infondato ritenere che il non uso del bene faccia venir meno il diritto di escludere quando il suo esercizio civilistico si manifesta come abusivo e antisociale. Dell'affievolimento dello *ius excludendi* beneficia il diritto di accesso, da elaborare come dissociato dalla titolarità della proprietà. In questo modo, la funzione sociale della proprietà diventa la clausola attraverso cui garantire l'uso di un bene a chi non sia proprietario.

³¹⁹ S. RODOTÀ, Il diritto di avere diritti, op. cit., p. 109.

In alternativa, tutelare il proprietario assenteista solo per il mantenimento del valore dell'immobile consente soltanto l'accumulazione di rendita fondiaria e la riduzione del diritto di proprietà a mero esercizio dello *ius excludendi*. In questo senso, emblematica è la sentenza del Tribunale di Trento analizzata sopra: è necessario preservare il valore di mercato dell'immobile, l'interesse del proprietario è ravvisabile nella mera apposizione di lamiere e lucchetti contro le intrusioni arbitrarie e ciò indipendentemente dall'interesse concreto del proprietario al suo bene e dalla tutela costituzionale dell'accesso alla proprietà. Questi elementi devono essere considerati nel momento in cui si valuta il potere di non uso del proprietario, il quale varia a seconda del bene che interessa.

Nel caso di immobili abbandonati, il diritto di proprietà si manifesta unicamente nella prerogativa dell'esclusione, che consente sì il perseguimento di un'utilità individuale (la rendita fondiaria), ma che scarica contemporaneamente sui terzi i costi dell'esercizio di tali atteggiamenti idiosincratici. La condotta del proprietario assenteista rappresenta un'ipotesi di abuso del diritto che, in una dimensione sociale e relazionale della proprietà, non può essere tollerato³²⁰: in questa direzione va il ripensamento di quali condotte possano qualificarsi *contra ius* e quali, viceversa, rimediano ad una situazione lesiva di diritti costituzionalmente tutelati, ponendo le basi per la costituzione di una nuova forma di appartenenza basata sull'accesso al bene.

Se si osservano le questioni penali attraverso questa lente, appare naturale ritenere fondamentale, specialmente per quelle fattispecie che più risentono delle origini fasciste del codice penale, un'interpretazione giurisprudenziale che sappia cogliere i mutamenti delle concezioni socio – culturali ed istituzionali intervenuti dagli anni '30 ad oggi. In questo quadro, interviene il principio di offensività e la teoria dell'adeguatezza sociale

³²⁰ IVI, pp. 261 – 262.

dell'azione: che interesse giuridicamente rilevante per il diritto penale può mai avere un proprietario assente? Se la lesione del bene giuridico tutelato deve essere valutata alla luce del principio di offensività, come può ritenersi aggressiva la condotta degli occupanti di immobili abbandonati? Sostenere che il diritto penale debba essere l'*extrema ratio*, in fondo, è una delle conseguenze di questo ragionamento, soprattutto quando è possibile ricorrere ad altri strumenti di tutela.

CAPITOLO III

L'ACCESSO: UN CONTRIBUTO ALLA DISCUSSIONE

SEZIONE I

QUESTIONI GENERALI

3.1. Accesso e proprietà – 3.2. Proprietà privata: accesso all’abitazione e attribuzione della rendita fondiaria - 3.3. Proprietà pubblica: l’accesso all’acqua – 3.4. Proprietà collettiva: l’accesso alla comunità

3.1 Accesso e proprietà

Il tentativo di dar corpo a un discorso sull’appartenenza di carattere inclusivo si propone due scopi: il superamento delle distorsioni che il paradigma moderno della proprietà privata non ha evitato; la creazione un assetto istituzionale che consideri l’accesso come facoltà autonoma e protagonista della materia proprietaria, affrontata – questa volta – “con gli occhi” dei *non possidentes*.

L’autonomia dell’accesso negli ultimi anni è stata oggetto di una particolare attenzione³²¹, assumendo rilevanza al di fuori del diritto amministrativo (l’accesso ai

³²¹ Già J. Rifkin nel suo L’era dell’accesso aveva sostenuto la centralità di questo concetto, anche in forza dell’affermarsi di “un’economia delle reti” che, a suo dire, avrebbe disincentivato gli scambi della proprietà sul mercato, sostituendoli appunto con una negoziazione dell’accesso a una proprietà fisica o intellettuale.

documenti e ai dati personali) e configurandosi, secondo autorevole dottrina, come un vero e proprio diritto fondamentale della persona³²².

Il dato certamente più rilevante è che l'accesso ha un contenuto esclusivamente relazionale, legato cioè al tipo di beni su cui esso insiste; si è detto nell'introduzione di questo lavoro, che l'importanza del tema è apparsa contestualmente all'emersione della categoria dei beni comuni, i quali, nella definizione della Commissione Rodotà, sono necessari alla soddisfazione di quei diritti inerenti alla costituzionalizzazione della persona e, pertanto, richiedono l'accesso come strumento per la loro immediata utilizzazione³²³.

Inoltre, all'interno dello spazio urbano, la possibilità di accedere e di godere di beni immobili sta sempre più diventando la condizione per sperimentare nuove forme di cooperazione e organizzazione, anche economica, alle quali evidentemente si fa ricorso in un periodo di crisi. Sul piano giuridico, quindi, l'accesso va coniugato anche rispetto alla proprietà immobiliare la quale, sebbene avesse rappresentato all'epoca delle codificazioni ottocentesche la forma di ricchezza più consistente, era stata poi marginalizzata dal trionfo della proprietà dematerializzata³²⁴.

Il discorso non ha quindi un profilo solo teorico: la mancata previsione di una "teoria dell'accesso" in materia proprietaria ha infatti concorso alla determinazione di sperequazioni sociali a cui, però, occorre rimediare. In questo, vi è la presunzione di ritenere che il paradigma della proprietà possa tornare ad essere la leva con la quale invertire la rotta, a patto di ripensarne la struttura e di ancorarlo saldamente al dettato costituzionale.

³²² S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op. cit., p. 112.

³²³ *IBIDEM*.

³²⁴ M. R. MARELLA, *Oltre il pubblico e il privato: gli spazi sociali al tempo della crisi* in AA. VV., *Rebelpainting*, op. cit., p. 14.

Nei paragrafi che seguono saranno illustrate, senza alcuna pretesa di esaustività, le criticità che emergono tra la prerogativa dell'accesso e gli istituti della proprietà privata – con particolare riferimento alla proprietà immobiliare -, della proprietà pubblica e di quella collettiva; successivamente, saranno esposte le ipotesi in cui la nozione di accesso compare nel nostro ordinamento e verificate le soluzioni adottate negli altri ordinamenti nelle medesime fattispecie.

Anticipando le conclusioni, da questa disamina emerge che, a fronte di un istituto dominicale pur centrato sul requisito dell'esclusività, vi sono spazi per la prerogativa dell'accesso, la quale quindi – dove presente – non svuota il diritto di proprietà, che può essere ancora esercitato nelle sua altre facoltà basilari. Questo consente di non considerare il diritto di esclusione come un diritto assoluto, ma come una prerogativa elastica, che è altresì data dalle caratteristiche ontologiche del bene, su cui esso insiste, e dalle utilità da questo prodotte.

Ammettendo questa nuova definizione dello *ius excludendi*, sarà possibile concepire la facoltà dell'accesso in modo autonomo dal diritto di proprietà, specificandone di volta in volta le caratteristiche e le regole, alla luce della risorsa rispetto alla quale verrà esercitato. In questa operazione interpretativa, accanto al ricorso a norme del diritto positivo, occorre altresì valorizzare le consuetudini eventualmente esistenti, le quali rappresentano “una mediazione spontanea fra gli interessi del proprietario e del non proprietario”³²⁵.

³²⁵ U. MATTEI, La proprietà, op. cit., p. 104.

3.2 Proprietà privata: accesso all'abitazione e attribuzione della rendita fondiaria

La perdita di centralità della proprietà immobiliare – sulla base della quale è stato, del resto, elaborato il paradigma moderno dell'istituto dominicale – a favore della ricchezza dematerializzata, ha comportato un generale indebolimento dello schema ordinante della proprietà e il parallelo rafforzamento di altri istituti, quale l'impresa, il contratto, la responsabilità³²⁶.

Negli anni più recenti, tuttavia, la proprietà immobiliare ha recuperato visibilità³²⁷, dal momento che proprio da una bolla immobiliare ha avuto origine nel 2008 l'attuale crisi economica e finanziaria, ma soprattutto perché l'accesso e il godimento di immobili, in particolare nelle città, rappresentano una condizione preliminare per rispondere ad emergenze sociali e consentire la realizzazione di diritti costituzionalmente garantiti (diritto alla casa, diritto al lavoro ecc.).

Per questo motivo, è necessario porre nuovamente al centro della discussione istituti che già in passato avevano fatto emergere tensioni nel pensiero giuridico, quali appunto l'atto emulativo, il divieto di immissioni e la funzione sociale³²⁸; in questo contesto, sarebbe anche opportuno tornare a riflettere sul tema dell'attribuzione della rendita fondiaria, ossia del valore prodotto dalla proprietà immobiliare, che, pur mutando in forza di uno sviluppo del territorio circostante dovuto alle attività della collettività che lo abita, è sempre

³²⁶ U. BRECCIA, Beni immobili e mobilità del diritto, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, 2, p. 183.

³²⁷ M. R. MARELLA, Oltre il pubblico e il privato: gli spazi sociali al tempo della crisi, in AA. VV. *Rebelpainting*, op. cit., p. 18.

³²⁸ U. BRECCIA, op. cit., p. 184.

attribuito al singolo proprietario³²⁹. Negli anni '60 e, in particolare, negli anni '70, la questione è stata variamente affrontata dal legislatore, considerati gli effetti che il descritto meccanismo di attribuzione comporta.

Nell'estate del 1962, il democristiano Fiorentino Sullo presentava una proposta di legge urbanistica centrata sulla necessità di ripensare la rendita fondiaria urbana per porre un freno all'incremento del prezzo dei terreni agricoli divenuti edificabili, il quale, a sua volta, incideva sull'aumento del prezzo delle abitazioni e determinava uno sfruttamento irrazionale del suolo urbano. Edoardo Salzano riassume così il contenuto della proposta

³²⁹ L'introduzione del tema della rendita fondiaria e le trasformazioni di questa subite segue la ricostruzione resa da W. TOCCI nel suo articolo L'insostenibile ascesa della rendita urbana, pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1, 2009. Si segnala inoltre sull'argomento L. BELLICINI, *Immobiliare, debito, città: considerazioni sui primi dieci anni del secolo XXI*, in G. DE MATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori*; G. SAPELLI, *Tra rendita urbana e rendita finanziaria: la città a frattali, in Il contrasto alla rendita. Le nuove sfide dell'economia urbana*, supplemento al n. 2 del 2011 del quadrimestrale *Scelte pubbliche*, curato da C. AGNOLETTI e S. DI MAIO. Numerosi contributi sull'argomento sono consultabili dal sito <http://www.eddyburg.it>; si segnalano, E. SALZANO, *Dualismo urbano. Città dei cittadini o città della rendita*, 2004; ID., *Parole per ragionare sulla rendita*, 2010. Senza alcuna finalità esaustiva, può dirsi che la rendita fondiaria, in termini di valore e di significato, ha seguito lo sviluppo e le forme del capitalismo. In effetti, da una rendita assoluta garantita al proprietario dai primi processi di enclosures, essa si è trasformata in una rendita marginale nel periodo compreso tra il secondo dopoguerra – il periodo della ricostruzione post bellica – e gli anni settanta, quando il bisogno di ampliare il tessuto edilizio per garantire uno sviluppo urbano ha sacrificato i terreni originariamente destinati ad uso agricolo per esporli al mercato immobiliare. Così, il costruttore, sopportando i costi del processo di trasformazione urbano, poteva facilmente ricavare dalla vendita degli immobili una rendita certamente superiore al profitto industriale. Alla fine degli anni ottanta, lo spettro delle prime dismissioni industriali e la trasformazione di molti siti in luoghi della funzione pubblica, ha determinato modifiche nella destinazione d'uso di numerosi immobili esistenti ed il conseguente riuso di vecchi impianti produttivi. Tale processo ha fatto conoscere al capitale industriale le gioie delle plusvalenze immobiliari, che consentono un facile arricchimento senza il mantenimento del ciclo produttivo. È stato così inaugurato il periodo dell'effimero strutturale, degli expo come marketing urbano, destinato ad un'ulteriore evoluzione dopo gli anni novanta. Questi saranno segnati altresì dalla finanziarizzazione dell'economia, dalla creazione dei fondi immobiliari e dalla cartolarizzazione dei titoli immobiliari: operazioni simili nel 2008 hanno causato negli Stati Uniti una gigantesca bolla immobiliare, destinata ad aprire le porte ad una crisi economica internazionale globale, lunga e soprattutto sistemica. Non c'è più la rendita assoluta prodotta dal fondo recintato, c'è però una sofisticata rendita pura determinata dal mercato delle transazioni finanziarie. È da simili operazioni che molte imprese italiane hanno tratto nuova linfa, incorporando il proprio patrimonio industriale in fondi immobiliari (si pensi ai grandi gruppi italiani – Fiat, Benetton, Falck – e ai grandi enti pubblici – Eni, Enel, Fs) e causando, in questo modo, un effetto a cascata sulla crescita del valore degli immobili a uso residenziale e non, mentre il contestuale aumento della domanda di alloggi delle famiglie italiane ha avuto effetti su tutto il mercato immobiliare, contribuendo a valorizzare proprio quegli ex patrimoni industriali, destinati a diventare titoli di borsa. Contemporaneamente, gli enti locali, schiacciati da significativi tagli delle risorse dal centro alla periferia, hanno sempre più trovato nell'approvazione di varianti urbanistiche una fonte di risorse, grazie alla riscossione degli oneri di costruzione ed urbanizzazione. Tale situazione ha agevolato la diffusione di fenomeni di speculazione edilizia, anche grazie alla contrattualizzazione delle politiche di sviluppo del territorio tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati.

“[I]o strumento era quello impiegato dagli stati dell’Europa nei quali il *welfare* urbano si era affermato più che in Italia: l’acquisizione preventiva da parte del Comune delle aree d’espansione individuate dai piani urbanistici, con un indennizzo commisurato al valore agricolo; la progettazione dei nuovi insediamenti da parte della pubblica amministrazione; la realizzazione, da parte del comune, di tutte le urbanizzazioni primarie e secondarie, tecniche e sociali; la cessione agli utilizzatori, privati e pubblici non della proprietà del suolo, ma del diritto di utilizzarlo per un periodo determinato, a un prezzo corrispondente alla spesa sostenuta della pubblica amministrazione. La scelta della cessione temporanea e non della proprietà (“diritto di superficie”) avrebbe consentito al comune di rientrare in possesso delle aree nel momento in cui l’edificio fosse divenuto obsoleto e si fosse voluto modificare l’assetto dell’area”³³⁰. La proposta veniva abbandonata nella primavera del 1963 a causa di un’opposizione politica e sociale particolarmente violenta, ma il tema del riequilibrio del territorio, da una parte, e la necessità di porre un freno alla speculazione edilizia, dall’altra, animarono diverse iniziative legislative degli anni ’70.

Infatti, con la legge cd. Buccalossi³³¹ la concessione edilizia diventava onerosa ed il prezzo era commisurato al costo delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria e al costo della costruzione. In questo modo, le eventuali esternalità derivanti dall’esercizio dello *jus aedificandi* non erano scaricate sulla collettività, risolvendo il problema della proprietà parassitaria. Il parametro del costo della costruzione, invece, costituiva “il vero corrispettivo che la proprietà paga alla collettività..., come presupposto per far proprio il valore aggiunto che un determinato tipo di modificazione del territorio conferisce alla proprietà”³³².

³³⁰ Cfr. E. SALZANO, Fiorentino Sullo e la rendita immobiliare. Che cosa è cambiato, 2010.

³³¹ Legge 28 gennaio 1977, n. 10.

³³² U. MATTEI, La proprietà, op. cit., p. 293.

Ancora: la legge 22 ottobre 1971, n. 865 interveniva proprio sui criteri di formazione della rendita fondiaria - riconoscendo al proprietario un valore commisurato alla sola rendita naturale a meno del surplus del valore venale derivante dalle attività della collettività - mentre con la legge 5 agosto 1978, n. 457/78 veniva approvato il piano decennale per la casa, caratterizzato da politiche di edilizia residenziale pubblica di portata più ampia e da un piano di recupero del patrimonio edilizio esistente³³³. Se a ciò si aggiunge che, al fine di garantire che i canoni di locazione fossero ragionevoli, era introdotta, nello stesso periodo, una politica di prezzi amministrati in forza della disciplina dell'equo canone, appare ancor più evidente l'attenzione del legislatore degli anni '70 ad individuare un punto di composizione delle tensioni tra spinte eterogenee, quali quelle connesse agli intenti speculativi propri dell'accaparramento della rendita fondiaria e quelle delle categorie sociali più deboli, portatrici di un bisogno abitativo disatteso.

Così, l'attribuzione esclusiva della rendita fondiaria richiama la questione del diritto all'abitazione e dell'accesso alla casa. Del resto, l'accesso alla proprietà di cui all'art. 42 della Costituzione trova un collegamento naturale e quasi obbligato con l'art. 47 comma 2 della Carta. Anche in questo caso, è posto tra i rapporti economici e sociali un principio che richiama l'art. 3, comma 2, Cost., che impegna le istituzioni alla rimozione di quegli ostacoli che dovessero impedire l'accesso alla abitazione dei ceti più deboli. Il testo della norma, in realtà, non disciplina in modo specifico il diritto all'abitazione, riferendosi alla tutela del risparmio popolare a questa destinato, il che sembrerebbe assegnare alla formulazione un significato essenziale, seminare contemporaneamente dei dubbi circa la sua più corretta interpretazione.

³³³ D. ADORNI, Diritto all'abitazione e intervento pubblico, relazione in occasione del Seminario nazionale sulla storia italiana del secondo dopoguerra 1943-1994, organizzato dalla Società Italiana per lo Studio della Storia Contemporanea, Bologna, 12 e 13 marzo 2010, reperibile on line: www.sissco.it

A tal proposito va detto che, pur ammettendo che l'art. 47 comma 2 Cost. non riconosca il diritto all'abitazione, esso certamente può essere ricavato da diverse previsioni costituzionali le quali, tutelando la dignità della persona quale singolo e quale componente di aggregati sociali, presuppongono l'abitazione come bene primario³³⁴, il che consente una lettura "negativa" di questa norma, nel senso che essa impedirebbe che qualcuno sia privo di un'abitazione. Detto questo, il riferimento ad un suo significato essenziale pone l'accento sulla scelta lessicale compiuta dal legislatore, il quale – secondo autorevole dottrina - non parla di "casa", ma di "abitazione", intendendosi tale quella che soddisfa il bisogno abitativo e non essendo, di conseguenza, compresa nella definizione ogni eccedenza rispetto al nucleo essenziale né tanto meno il diritto ad una seconda casa³³⁵.

Si può quindi evidenziare che l'esistenza di un bisogno – in questo caso anche indirettamente riconosciuto e tutelato a livello costituzionale – nel suo legame con la proprietà privata trova proprio nell'accesso il suo *trait d'union*: in assenza di questo elemento di connessione, la proprietà si qualificherebbe come un privilegio più che come un diritto, determinando sperequazione sociale.

3.3 Proprietà pubblica: l'accesso all'acqua.

Questa conclusione può applicarsi in modo analogo anche nell'ipotesi in cui nella relazione bisogno – proprietà, questa sia di titolarità pubblica.

Si prenda l'art. 1 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 recita "Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche". L'appartenenza

³³⁴ Si pensi ad esempio all'articolo 14 che sancendo l'inviolabilità del domicilio tutela uno spazio per la riservatezza della persona; agli artt. 30, 31, 36, 37 i quali implicano la disponibilità dell'abitazione.

³³⁵ D. SORACE, A proposito di proprietà dell'abitazione in *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*. Scritti in onore di Costantino Mortati. *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, vol. III, Milano, 1977, p. 1039.

pubblica delle acque potrebbe far pensare che in una simile ipotesi – e, in generale, ogniqualvolta si abbia a che fare con proprietà pubblica – non sussistano distonie con il riconoscimento dell'accesso. In effetti, proprio sulla base di questa considerazione, nell'art. 42 co. 3 è soltanto la proprietà privata ad essere qualificata come *accessibile a tutti*: ad avviso dei Costituenti, infatti, dalla scelta a monte dell'appartenenza pubblica di determinate risorse sarebbe automaticamente derivato un sistema di tutele idoneo a privilegiare l'accesso³³⁶.

Tuttavia, le privatizzazioni del patrimonio pubblico³³⁷, che negli ultimi anni hanno caratterizzato (e caratterizzano anche oggi) la politica economica italiana, hanno rivelato la debolezza di questo ragionamento, come può appunto ben notarsi a proposito del bene acqua.

Infatti, la titolarità pubblica del bene nulla dice intorno al riconoscimento dell'accesso se non viene affrontato il nodo della sua gestione, la quale può anche essere affidata a soggetti privati o di natura mista (pubblico – privata). Va detto che in questo caso esiste una connessione funzionale inestricabile tra bene e servizio³³⁸, motivo per cui non può ritenersi sussistente una vera distinzione tra privatizzazione della risorsa e liberalizzazione

³³⁶ IVI, p. 395 “L’elencazione dei soggetti ai quali i beni possono appartenere, quindi, non implica una posizione di piena parità in ordine all’accesso alle diverse categorie di beni, essendo la presenza pubblica esplicitamente destinata a garantire la realizzazione dei fini costituzionali e, di conseguenza, potenzialmente privilegiata in ordine a tale accesso”.

³³⁷ Nell’ultimo ventennio la tendenza del legislatore verso questi processi è stata molto netta e, così, numerosi servizi sono passati da una gestione pubblica a una privata: il patrimonio pubblico è diventato una risorsa da utilizzare per ridurre il debito pubblico, anche al fine di adempiere gli obblighi imposti dall’adesione all’Unione Europea. Negli anni novanta è stato altresì dismesso il patrimonio immobiliare pubblico attraverso processi di cartolarizzazione (cfr. Ad es. la normativa prevista nel decreto legislativo 25 settembre 2001 n. 351, convertito in legge 23 novembre 2001, n. 410 e recante disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare) e mediante la creazione di società per azioni aventi il compito di valorizzarlo e alienarlo (come ad es. la Patrimonio s.p.a.).

³³⁸ Alcuni servizi, in altre parole, sono dei beni immateriali che producono flussi di utilità, collegati attraverso una relazione funzionale al bene materiale di riferimento, al punto da rendere illegittima una gestione degli stessi che separi l’uno dall’altra. Cfr. U. MATTEI, *Proprietà (nuove forme di)*, op. cit., p. 1122.

del servizio, nel momento in cui questo è essenziale ed imprescindibile per la fruizione delle prima.

Se è vero che il privato agisce sul mercato allo scopo di ricavare profitto ed è guidato da logiche di economicità, è subito evidente che la privatizzazione del servizio idrico – necessario alla fruizione del bene acqua – possa mettere in pericolo un accesso universale alla risorsa, accesso che deve essere tale in forza del legame profondo che esiste tra il bene acqua e i diritti fondamentali dell'individuo. In questo ambito, esso deve essere inteso sia in senso materiale (allaccio alla rete idrica, fornitura del servizio anche in centri lontani da quelli urbani, presenza di fontane pubbliche ecc.) che in senso economico (tariffe sostenibili, riconoscimento di un quantitativo minimo vitale gratuito ecc.).

La privatizzazione del servizio idrico comporta, nel suo modello teorico, alcune incompatibilità rispetto a quanto evidenziato fino ad ora. Infatti, se è vero che il mercato si autoregola e raggiunge, in forza delle dinamiche tra domanda e offerta, un punto di equilibrio, vi è il rischio che non tutti coloro i quali fruiscono della risorsa siano in grado di pagare il prezzo determinato da tale equilibrio di mercato, elemento che mette in pericolo la stessa idea di servizio universale. Inoltre, non bisogna dimenticare che il mercato cui si fa riferimento resta dominato da un regime di fornitura del servizio di monopolio naturale, dal momento che i costi fissi dell'erogazione superano i costi marginali dello stesso e che le infrastrutture per la distribuzione dell'acqua non possono essere condivise³³⁹.

Del resto, allargando lo sguardo ad una prospettiva internazionale, quanto accaduto alla fine degli anni '90 in Bolivia spiega bene le preoccupazioni esposte. Infatti, la città di Cochabamba necessitava un'estensione della fornitura del servizio idrico, dal momento che

³³⁹ P. THIELBORGER, *The right(s) to water. The Multi – level governance of a unique human right*, Springer, 2014, p. 146 e ss.

meno del 60% della popolazione aveva accesso a quest'ultimo³⁴⁰. Su pressione delle istituzioni finanziarie internazionali, il governo boliviano ha concesso ad investitori privati stranieri i lavori per l'implementazione delle infrastrutture idriche e alla società *Brechtel* la distribuzione del servizio. Essa – proprio per assicurarsi la piena copertura del servizio e per remunerare la copertura del proprio capitale investito – aumentava le tariffe³⁴¹ al punto che i residenti di Cochabamba arrivavano a spendere, in media, oltre il 20% del reddito familiare³⁴². È evidente che in tal caso la politica tariffaria applicata dal gestore poneva una barriera alla fruizione del servizio, impedendo di fatto l'accesso all'acqua e generando un conflitto sociale che, nel caso di Cochabamba, si è trasformato in una vera e propria rivolta cittadina.

Anche in Italia la questione dell'accesso all'acqua è diventata ineludibile grazie al referendum “Acqua bene comune” del 2011, con il quale è stato abrogato l'art. 23 bis del decreto cd. Ronchi³⁴³, il quale prevedeva come obbligatorio l'ingresso del privato nella gestione del servizio idrico³⁴⁴, e l'art. 154 co. 1 del Testo Unico Ambientale che, nel

³⁴⁰ S. MARVIN, N. LAURIE, *An Emerging Logic of Urban Water Management*, Cochabamba, Bolivia, 36 *URBAN STUD.*, 1999, p. 341 ss.

³⁴¹ G. DALTON, *Private Sector Finance for Water Sector Infrastructure: What Does Cochabamba Tell Us About Using this Instrument?* 6 (Sept. 2001), disponibile in <http://www.earthscape.org/p1/dag01/dag01.pdf>.

³⁴² Secondo l'Organizzazione Mondiale della Sanità, il servizio idrico, per essere realmente accessibile, dovrebbe gravare sul reddito individuale non oltre il 3 – 5%. Cfr. E.B. BLUEMEL, *The implications of formulating a human right to water*, in 31/4 *Ecology Law Quarterly*, 2004, p. 963 e ss. A Cochabamba l'insopportabile aumento delle tariffe condusse i residenti ad animare violente proteste, grazie alle quali il governo boliviano ritirò le concessioni alla Brechtel, riprendendo il controllo del servizio.

³⁴³ L'art. 23 bis era originariamente contenuto nel decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133 ed è stato successivamente modificato dall'art. 15 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135 (il decreto Ronchi), convertito con la Legge di conversione 20 novembre 2009, n. 166.

³⁴⁴ Nel dettaglio, la norma si applicava a tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle discipline di settore con esso incompatibili, salvo quelle relative ai quattro settori esclusi: distribuzione di gas naturale, distribuzione di energia elettrica, gestione delle farmacie comunali, trasporto ferroviario regionale (comma 1);

- disciplinava il conferimento dei servizi pubblici locali, descrivendo due ipotesi di affidamento ordinarie (comma 2):

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di

regolare la tariffa idrica applicando il principio del *full recovery cost*³⁴⁵, aggiungeva una voce volta a remunerare il capitale investito³⁴⁶, la quale però, come ha evidenziato la Corte Costituzionale nella decisione con la quale il quesito referendario è stato ammesso, non è “coessenziale alla nozione di rilevanza economica del servizio”³⁴⁷.

L’esito referendario, nel suo significato politico, ha altresì premiato la visione complessiva che aveva animato la campagna referendaria: infatti, la natura del bene così come l’esistenza di un relativo bisogno fondamentale portavano a collocare l’acqua nella dimensione dei beni comuni³⁴⁸, comprendendo – *de jure condendo* – nel suo statuto giuridico l’elemento dell’inclusione e quindi dell’accessibilità³⁴⁹.

economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

- b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento;
- ammetteva l’affidamento *in house* come deroga al regime ordinario, richiedendo da una parte la verifica - oltre che dei requisiti richiesti dall’ordinamento comunitario (controllo analogo e prevalenza dell’attività svolta) – della sussistenza di “situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato” (comma 3), dall’altra delle aggravanti procedurali (svolgimento di un’analisi del mercato per motivare la scelta dell’*in house*, consultazione dell’AGCM, comma 4);
 - introduceva un regime transitorio per gli affidamenti già in essere all’entrata in vigore della nuova disciplina che prevedeva una scadenza degli stessi ed una data certa per la messa a gara, a seconda del tipo di affidamento e della natura dell’ente gestore (comma 8).

³⁴⁵ D. MONE, Servizi di interesse economico generale e beni comuni tra diritto comunitario e costituzione, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2012, p. 70.

³⁴⁶ Essa si calcola moltiplicando il valore della previsione del capitale investito medio per un tasso del 7%, operazione che consente di far fronte ai costi del capitale di terzi e di quello di rischio.

³⁴⁷ Così, la Corte Costituzionale nella sentenza 12 gennaio 2011, n. 26 con cui ha ammesso il quesito referendario diretto all’abrogazione parziale del comma 1 dell’art. 154 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell’entità dei costi di gestione delle opere, dell’adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell’Autorità d’ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo.), limitatamente alla parte: «dell’adeguatezza della remunerazione del capitale investito».

³⁴⁸ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op. cit., p. 111.

³⁴⁹ Tale riconoscimento ha degli effetti anche sul servizio idrico, considerato il legame che si è già evidenziato con la risorsa, e si traduce nel costruire una gestione pubblica e partecipata dello stesso. La

3.4 Proprietà collettiva: l'accesso alla comunità

Nell'ambito della proprietà collettiva³⁵⁰, i profili critici dell'accesso emergono in rapporto al concetto di comunità e, in particolare, rispetto alla sua composizione, alla sua capacità inclusiva (chi ne fa parte e in base a quali criteri) e ai processi decisionali³⁵¹.

Individuare la comunità cui imputare un diritto collettivo significa, prima di tutto, identificare il centro di riferimento di interessi collettivi; autorevole dottrina ha evidenziato come, a tal fine, l'elemento collante sia di tipo abitativo (in una città, in un paese, in un borgo o in un quartiere): “una comunità di persone il cui reciproco rapporto è dato appunto dall'incolato – persone e famiglie che hanno la residenza in un certo luogo – e non invece, ad esempio, da fattori di rilievo squisitamente interprivato, quali la parentela, l'aver acquistato in comune, in società un certo fondo, etc.”³⁵². Questa definizione ha il merito di

sperimentazione di questo nuovo modello è stata per ora avviata a Napoli, la sola città italiana che – dopo l'esito referendario – ha intrapreso un percorso per tornare alla gestione pubblica del servizio idrico, mediante la trasformazione della vecchia società per azioni ARIN nell'azienda speciale ACQUA BENE COMUNE Napoli. La volontà di rendere la gestione partecipata ha condotto alla creazione del Comitato di Sorveglianza, un nuovo organo esterno alla *governance* aziendale, composto da rappresentanti dei lavoratori, del consiglio comunale, degli utenti e delle associazioni ambientaliste, oltre che dall'assessore con delega alle risorse idriche. Il comitato ha funzioni consultive, di controllo, di informazione, d'ascolto, di concertazione e di dibattito; esso ha anche un ruolo propositivo rispetto alla pianificazione e alla programmazione della gestione dell'azienda.

³⁵⁰ Non bisogna confondere infatti l'istituto della proprietà collettiva con quello della proprietà comune. In questa infatti vi sono diversi comproprietari che condividono un bene in comune, detenendone una quota; si tratta spesso di una situazione temporanea, dal momento che la comunione può essere sciolta su richiesta di uno dei comunisti in forza di un procedimento di divisione. Nella proprietà comune, infine, le quote possono essere oggetto di trasferimento, mentre nella proprietà collettiva – dove peraltro non si può procedere alla divisione – i trasferimenti del bene sono molto limitati.

³⁵¹ Questi sono peraltro complicati dalla naturale diversità di competenze che caratterizza gli individui appartenenti alla comunità e che, proprio nella elaborazione e nella messa in pratica di una progettualità condivisa, ricavano elementi di crescita personale. Peraltro, proprio la condivisione di un progetto e lo spirito della comunità rappresentano, nelle migliori esperienze di proprietà collettiva, il valore aggiunto di questa forma di appartenenza, che può quindi essere in grado di tradurre al meglio il valore della solidarietà. Cfr. A. DI ROBILANT, *The virtues of common ownership*, in *Boston University Law Review*, vol. 91, 2011, p. 1359 e ss.

³⁵² V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Milano, 1983, p. 303.

indicare un parametro neutro per riconoscere l'esistenza di una comunità, il quale funziona soltanto a patto che sia utilizzato scevro da formalismi e da rigidità. In altre parole, con la locuzione *residenza* si indica il mero fatto di risiedere in un determinato luogo, e non quel dato di carattere amministrativo che risulti dai registri anagrafici comunali. Se così non fosse, da una parte si rischierebbe di cedere al localismo e ad una scarsa inclusività, e, dall'altra, di far perdere di vista il fondamentale ruolo dell'elemento relazionale, dato dall'adesione a un progetto condiviso e dal legame con certi beni – o meglio con le loro *utilitates*.

Comunque, la comunità è titolare dei suoi diritti come soggetto collettivo, quindi come pluralità indifferenziata dei soggetti che la compongono, ma non è un soggetto giuridico e quindi non è titolare di situazioni giuridiche soggettive che, invece, spettano ai singoli membri della comunità, i quali le esercitano *uti singulis*³⁵³. Questi godono delle cose comuni, ma lo *ius excludendi* rispetto a queste è esercitato dal gruppo organico, attraverso forme di organizzazione tra le quali, la più semplice, è certamente quella della mera riunione in assemblea; lo stesso gruppo, inoltre, decide chi possa avervi accesso e le modalità di uscita³⁵⁴.

Il discorso merita di essere affrontato nella sua complessità al fine di recuperare questa struttura dalla dimensione di simbologia premoderna cui è stata relegata e senza però cedere alla tentazione del comunitarismo.

I criteri più semplici per disciplinare l'entrata nella comunità hanno carattere sia generale – dovendo essere preclusa ogni discriminazione razziale, sessuale, di genere o

³⁵³ V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 304.

³⁵⁴ Quest'ultima determinazione è di grande importanza, perché l'uscita di uno dei componenti dal gruppo non deve in alcun modo intaccare gli obiettivi dello stesso, per cui il recesso può collegarsi al raggiungimento di alcuni obiettivi comuni; in questo modo. A. DI ROBILANT, op. cit., p. 1369. Cfr. anche T. S. MERRIL, Property and the right to exclude, op. cit., *supra* nota 1. p. 750.

religiosa – che specifico, legato cioè all’inclusione di quei nuovi soggetti che possano contribuire al miglior raggiungimento degli obiettivi della comunità.³⁵⁵

Rispetto ai rapporti interni tra i suoi membri, va invece notato che le scelte di gestione devono essere affrontate mediante processi decisionali che, se basati sul modello della maggioranza, possono mettere a rischio l’accesso alla risorsa di chi non si riconosca in quella decisione. Evidentemente, i problemi che in questo caso si collegano alla dinamica esclusione/inclusione hanno portata ben più ampia; infatti, se ritenessimo che il ricorso al metodo della maggioranza possa mettere a rischio la reale partecipazione (e fruizione delle risorse) dei membri della comunità, allora arriveremmo al paradosso per cui non può esistere una vera comunità senza il ricorso a pratiche decisionali guidate dal principio dell’unanimità. Se invece riteniamo che il principio maggioritario sia funzionale, allora sarà opportuno riflettere su quali meccanismi prevedere al fine di garantire l’accesso a tutti i membri della comunità.

Storicamente, la proprietà collettiva ha conosciuto un’ampia diffusione almeno sino alla Rivoluzione francese, quando poi le situazioni di appartenenza sono state ridotte a favore della proprietà privata. In Europa, per lungo tempo le terre adibite al pascolo e le foreste sono state gestite in comune: in Inghilterra si trattava di un fenomeno ampio e regolato, il quale cessò non per la distruzione delle risorse causata dall’uso collettivo, ma per le *enclosures* dei campi, le quali accompagnarono l’intensificazione dell’agricoltura. I villaggi si indebolirono, i contadini furono espropriati, diventando lavoratori di terre altrui all’interno di un sistema feudale, in una dinamica che, secondo alcuni, fu la vera tragedia dei comuni.

³⁵⁵ A. DI ROBILANT, op. cit., p. 1367.

Il carattere premoderno di queste realtà è smentito dalla casistica analizzata da Elinor Ostrom in *Governing the Commons*, in cui sono analizzati sistemi di governo collettivo di risorse naturali risalenti, le più giovani, a cento anni fa o a mille anni fa, nel caso di quelle più vecchie, sopravvissute nel tempo e in vita ancora oggi. Sono dunque esposti ricavando i tratti essenziali di un modello di gestione caratterizzato dall'autogoverno delle collettività, volto ad uno sfruttamento razionale delle risorse, capace di garantire vantaggi collettivi permanenti³⁵⁶. L'autorganizzazione della comunità è tuttavia condizionata da tre fattori: le caratteristiche fisiche del luogo e le sue condizioni materiali; la composizione della comunità; la definizione delle regole con cui governare l'uso delle risorse; da qui, la Ostrom ricava dei principi che possono guidare il governo dei beni comuni, tra cui l'esistenza di frontiere chiare della risorsa, regole ben definite per l'accesso, apparato rimediabile a cui si abbini un metodo di risoluzione delle controversie rapido, economico ed efficace, distribuzione dei diritti d'uso e del potere decisionale³⁵⁷.

L'idea che una comunità possa gestire delle risorse, del resto, compare anche nella nostra Costituzione dove, all'art. 43, si legge che “ai fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”.

La norma, che presenta le tracce del dibattito attorno all'alternativa tra statizzazione e autogestione³⁵⁸, rivela un *favor* nei confronti della proprietà collettiva, rivelando che l'individualità non è un elemento essenziale rispetto all'esistenza del concetto di

³⁵⁶ E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006, p. 51.

³⁵⁷ G. RICOVERI, *Beni comuni contro merci*, Milano, 2010, p. 46 nota 38.

³⁵⁸ F. GALGANO, *Rapporti economici*. Art. 43, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Tomo II, 1982, p. 201.

proprietà³⁵⁹. Contemporaneamente, la formula richiama l'art. 3 Cost., dal momento che le comunità di utenti e lavoratori rappresentano proprio una delle strutture in cui si può articolare l'organizzazione politica, economica e sociale, alla quale i lavoratori hanno il diritto di partecipare.

Tuttavia, la forma giuridica della comunità non è in alcun modo specificata e la questione ha molto diviso la dottrina. Infatti, secondo un orientamento dalla norma andrebbe esclusa la forma cooperativa, dal momento che essa è una società privata e, in quanto tale, non sarebbe idonea perseguire il fine di utilità generale previsto dalla norma. Le comunità, pertanto, sarebbero degli enti anche privati ma di interesse pubblico³⁶⁰.

All'opposto, si colloca invece chi sostiene che le comunità di utenti e di lavoratori altro non siano che le cooperative (di produzione e lavoro, le comunità di lavoratori e di consumo, di credito, edilizie, le comunità di utenti)³⁶¹, come del resto parrebbe confermare la disciplina in materia di nazionalizzazione dell'energia elettrica, la quale esclude da questa operazione le imprese gestite da enti cooperativi a carattere mutualistico³⁶².

Parrebbe maggiormente condivisibile la prima interpretazione della norma: le comunità di lavoratori e utenti dovrebbero assumere una forma giuridica diversa da quella delle cooperative, anche considerato che molte di queste negli ultimi anni hanno tenuto condotte non dissimili dal modello capitalista d'impresa; la formula dell'art. 43 della Costituzione può infatti costituire il primo nucleo per la creazione di un assetto istituzionale e di regole

³⁵⁹ P. PERLINGIERI, M. MARINARO, *Commento alla Costituzione Italiana. Art. 43*, Napoli, 2001, p. 303.

³⁶⁰ S. CATTANEO, *Comunità di lavoratori e di utenti (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1961, Vol. VIII, p. 349.

³⁶¹ G. MINERVINI, *La cooperazione e lo Stato in Rivista di Diritto Civile*, 1969, I, p. 621; aderisce a questa tesi anche F. GALGANO, *Rapporti economici*, op. cit., pp. 199 - 200, sottolineando che questa interpretazione sarebbe in linea con la fiducia che il Costituente riponeva nella vocazione nazionale della cooperazione, ripagata – secondo l'autore – dalle sorti del movimento cooperativo che non ha soltanto resistito al capitale, ma ha giocato un ruolo anche costruttivo elaborando e realizzando un'organica politica economica, rispondendo dunque a fini di utilità generali.

³⁶² Si tratta della legge 27 giugno 1964, n. 452.

operative che disciplinino ipotesi di gestione diretta di beni o servizi da parte di quelle comunità di riferimento per cui essi rappresentano delle risorse cruciali³⁶³.

³⁶³In questo senso e in modo suggestivo si esprime L. Nivarra: “si tratta, in altri termini, di immaginare assetti istituzionali e regole operative nei quali trovino espressione e si rispecchino i bisogni e gli interessi non del popolo sovrano o del consumatore sovrano (travolti, l'uno dal declino dello Stato, l'altro dal virulento esplodere della irrazionalità dell'economia politica capitalistica), ma di coloro per i quali la sorte dei commons risulti davvero cruciale. Dunque, comunità di utilizzatori del "comune" anche significativamente estese (si rammenti l'ottavo principio progettuale della Ostrom), ma protette da un sistema di autogoverno efficiente delle risorse che le metta al riparo dalle pulsioni predatorie e parimenti distruttive tanto del "pubblico", quanto del "privato", ai quali, semmai, in questa ottica centrata sull'autogoverno degli utilizzatori, potrebbe chiedersi di cooperare nei modi volta per volta ritenuti più opportuni”; Cfr, Alcune riflessioni sul rapporto tra pubblico e comune, in M.R. MARELLA (a cura di) *Oltre il pubblico e il privato*, op. cit.

SEZIONE II

L'ACCESSO NEL DIRITTO POSITIVO

3.5.1. – Proprietà e accesso nella Costituzione – 3.5.2. L'accesso al fondo nel codice civile e nelle leggi speciali – 3.5.3. Il diritto di accesso alla natura in Inghilterra e in Svezia – 3.5.4 L'accesso ai pubblici locali – 3.5.5. L'accesso al mare – 3.5.6 I diritti di uso pubblico

3.5.1 Proprietà e accesso nella Costituzione

La base cui ancorare ragionamento sull'accesso si ritrova, nel nostro ordinamento, prima di tutto nella Carta costituzionale ed in particolare nella disciplina della proprietà contenuta nell'articolo 42, secondo il quale “la proprietà è pubblica o privata” (co. 1), con la prima che “è riconosciuta 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” (co. 2).

La proprietà privata è dunque accessibile a tutti; a tale espressione, è stata dedicata scarsa attenzione, anche data la presenza di pochi riferimenti ad essa durante i lavori preparatori della norma; la paternità della formulazione spetta all'on. Fanfani, ma ciò, tuttavia, non consente di concludere frettolosamente che essa rappresenti soltanto un residuo della concezione liberale. Infatti, l'accesso così descritto deve essere piuttosto ricollegato a tutte quelle norme che nella Costituzione mirano alla costruzione dell'ordine

sociale e, tra queste, vi è certamente l'art. 3 co. 2, che definisce l'uguaglianza sostanziale, di cui, quindi, l'ultima parte dell'articolo 42 co. 3 rappresenta una "replica". A ben vedere, la definizione dell'uguaglianza in materia proprietaria fa in modo che *il terribile diritto* non si riduca ad un privilegio nelle mani di pochi³⁶⁴.

Ma vi è di più. Infatti, in forza di questo parallelismo con il principio fondamentale dell'uguaglianza e coordinando l'accessibilità con i modi di acquisto della proprietà, ne risulta una clausola che, da una parte, ammette una disciplina di settore volta a rimuovere gli ostacoli che rendono ad alcuni l'accesso difficoltoso e, dall'altra, la possibilità di escludere la proprietà privata rispetto a certi beni di cui si voglia assicurare il godimento collettivo³⁶⁵. La clausola dell'accessibilità, in altre parole, traduce l'intenzione ben rappresentata dal pensiero di Dossetti "non tutti proletari ma tutti proprietari" di costruire le condizioni perché tutti possano essere proprietari, mediata da limiti derivanti dal coordinamento con i principi di libertà ed uguaglianza.

La proprietà di cui parla la Costituzione è quindi un *genus* che comprende anche la proprietà civilistica ed i diritti reali diversi dalla proprietà (se così non fosse, a questi ultimi non sarebbero applicabili le garanzie costituzionali della riserva di legge e dell'indennizzo in caso di esproprio), una proprietà il cui attributo "privata" non è sinonimo di "individuale", potendo avere per soggetto anche una collettività³⁶⁶. Questa interpretazione è di particolare importanza nel momento in cui si registrano contrasti (potenziali ed attuali) tra diverse categorie di cittadini, contrasti che, se non sono proprio creati dalla legge ordinaria, difficilmente possono essere risolti da quest'ultima, dal momento che la sua

³⁶⁴ G. LOMBARDI, L'accesso alla casa tra libertà e uguaglianza, in *Amministrazione e politica*, n. 4-5, 1982, p. 107.

³⁶⁵ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto*, op. cit., p. 388: "[...] la clausola dell'accessibilità individua pure forme di coordinamento tra godimento individuale e godimento collettivo, manifestandosi come un concreto riferimento per la specificazione degli interventi in funzione sociale".

³⁶⁶ D. SORACE, *A proposito di proprietà dell'abitazione*, op. cit., p. 1039 ss.

capacità di mediare si è dissolta, come già si diceva, nel momento in cui il politico (luogo in cui tradizionalmente gli interessi corporativi si bilanciano e trovano un equilibrio) ha perso il proprio primato e con esso la funzione di garanzia che prima esercitava. Questa resta dunque nella Costituzione, la quale in materia di rapporti economici ha sancito nel Titolo III il primato del politico sull'economico³⁶⁷.

Ora, è certamente vero che la Costituzione vada posta storicamente, rappresentando un assetto di principi e valori che nel 1948 non poteva immaginare il moderno sviluppo industriale né tanto meno l'attuale crescita urbana; tuttavia, riconoscerle il primato del politico consente di ritenere che la proprietà dell'art. 42 Cost. garantisca la fruizione generale dei beni alla collettività (al cui interno è appunto compresa la proprietà individuale) e che la clausola dell'accessibilità impongano altresì un razionale sfruttamento del suolo (per cui il privato non decide in modo esclusivo ed assoluto sulla spartizione dei beni e sulla loro destinazione d'uso) ed un ineludibile temperamento tra iniziativa del privato (imprenditoriale e non) e proprietà assenteista³⁶⁸.

Piacerebbe poter aggiungere un altro ineludibile temperamento, ossia quello tra appartenenza pubblica dei beni ed abbandono degli stessi, ma la (buona) ingenuità della formulazione dell'art. 42 Cost. – che come si è detto non stabilisce l'accessibilità anche per la proprietà pubblica, ritenendo risolte eventuali tensioni dall'attribuendo della titolarità di determinati beni allo Stato – non consente di ricavarlo.

L'accesso alla proprietà può dunque avere una base costituzionale. Di conseguenza sarebbe possibile immaginarlo per determinati beni caratterizzati da logiche inclusive, in cui l'esercizio del diritto di proprietà si sia accartocciato unicamente sull'esercizio dello *ius excludendi*.

³⁶⁷ G. LOMBARDI, L'accesso alla casa tra libertà e eguaglianza, op. cit., p. 109.

³⁶⁸ F. LUCARELLI, Politica della casa e legislazione urbanistica, op. cit., p. 143.

Del resto, breccie nel sistema dell'esclusione non mancano. Nei prossimi paragrafi, sarà analizzato il diritto di accesso, così come disciplinato nel nostro ordinamento, senza perdere di vista lo studio comparativo che, come si è detto, è fondamentale nella comprensione dell'istituto dominicale.

3.5.2 L'accesso al fondo nel codice civile e nelle leggi speciali

L'art. 841 c.c. conferisce al proprietario il potere di recintare il proprio fondo in qualunque tempo e manifesta fisicamente³⁶⁹ il diritto di esclusione riconosciutogli dall'ordinamento in maniera generale nell'art. 832 c.c..

La norma conosce delle eccezioni, disciplinate all'interno del codice agli artt. 842, 843, 924 e nelle leggi 16 dicembre 1985, n. 752 (Normativa quadro in materia di raccolta, coltivazione e commercio dei tartufi freschi o conservati destinati al consumo), 11 febbraio 1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio), 23 agosto 1993, n. 352 (Norme quadro in materia di raccolta e commercializzazione dei funghi epigei freschi e conservati)³⁷⁰. Va poi ricordato che, soprattutto in materia di attività sciistica, lo *ius excludendi* del proprietario viene meno in forza di regolamenti comunali, secondo una pratica avallata dalla stessa Corte Costituzionale³⁷¹.

³⁶⁹ Così U. MATTEI, *La proprietà*, op. cit., p. 279.

³⁷⁰ F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, op. cit., pp. 134 – 135. In questa materia, tuttavia, più del dato normativo contano le consuetudini, considerato che chi svolge le attività di raccolta regolate dalle leggi speciali citate nel testo si preoccupa poco di sapere se “con i suoi movimenti attraversa la proprietà altrui”, cfr. R. SACCO, *Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, p. 435 e ss.

³⁷¹ Corte Costituzionale, 16 giugno 1988, n. 648.

Nella materia venatoria, il diritto di accesso rappresenta un vero e proprio privilegio per i cacciatori, riconosciuto soltanto nel nostro ordinamento³⁷²; esso è regolato, nel senso che i cacciatori devono essere muniti di licenza, ed è escluso nel caso in cui il fondo sia attualmente coltivato e le coltivazioni possano essere danneggiate³⁷³. Per le attività di pesca, invece, è necessaria ai sensi dell'art. 842 comma 3 c.c. l'autorizzazione del proprietario del fondo al quale appartengono anche le acque che ivi vi scorrono e dei pesci che esse contengano.

L'art. 924 c.c. consente l'accesso al fondo a chi insegue il perduto sciame d'api, entro due giorni, fermo restando il pagamento di un indennizzo in caso di danni alla proprietà attraversata.

In queste norme, dunque, si ricava un diritto di accesso a favore di determinati beneficiari; l'art. 843 c.c. è invece rubricato "Accesso al fondo", il quale è consentito a terzi per il soddisfacimento di comprovate necessità, consistenti nella costruzione o nella riparazione di un muro o di "altra opera propria del vicino oppure comune", o nel riprendere "la cosa sua che vi si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia" (comma 3); anche in questo caso, nell'ipotesi in cui l'accesso determini un danno al fondo, il proprietario avrà diritto a ricevere un indennizzo.

Questa norma, in una sentenza della Corte di Cassazione del 1982, è stata intesa come una vera e propria limitazione legale della proprietà privata; l'accesso del terzo può dunque

³⁷² *IBIDEM.*

³⁷³ In una sentenza della Corte di Cassazione si legge che il diritto di accesso riconosciuto al cacciatore esige "l'osservanza di determinati doveri di astensione, richiesti a tutela dell'altrui diritto di proprietà (divieto di occupazione duratura dei terreni, divieto di notevole manomissione delle piante, divieto di caccia vagante nei terreni in attualità di colture), ma altresì l'uso di una particolare cautela ed avvedutezza circa il modo con cui l'esercizio stesso viene effettuato, anche a garanzia della propria incolumità personale. (Cass. 3 agosto 1962, n. 2329). Va altresì ricordata la sentenza della Corte Costituzionale 25 marzo 1976, n. 57 che ha ritenuto – in una decisione poco condivisibile – l'attività venatoria idonea, per la sua rilevanza sociale, a giustificare limitazioni del diritto di proprietà, mentre altre – nel caso di specie era l'attività fotografica – non godono della medesima considerazione, determinando di fatto un'ingiustificata distinzione tra attività ricreative.

essere oggetto di un accordo con il proprietario, che fissi le modalità di svolgimento, la durata del passaggio e l'ammontare dell'indennità³⁷⁴.

Circa la natura dell'obbligo che grava in capo al proprietario, la giurisprudenza di legittimità vi riconosce i caratteri di un'obbligazione *propter rem* (e non quindi i presupposti per la costituzione di una servitù) che il soggetto obbligato dovrà adempiere indipendentemente da una pronuncia giudiziale, la quale avrà soltanto un contenuto dichiarativo³⁷⁵.

In dottrina, tuttavia, non vi è convergenza su questa interpretazione, sembrando conforme al testo dell'art. 840, comma 2 c. c., l'esistenza di un potere (non arbitrario³⁷⁶) di non impedire l'accesso al fondo, il quale dunque non ridurrebbe il diritto di proprietà, ma semplicemente impedirebbe nel caso regolato l'esercizio dello *ius excludendi*³⁷⁷. In questo modo, le ingerenze compiute da un terzo perderebbero il carattere di illiceità, in ipotesi eccezionali e tassative. Questa interpretazione pare essere più condivisibile: si è detto, infatti, che l'esistenza di un generale diritto di accesso in materia proprietaria non dovrebbe mettere in crisi l'esistenza del diritto dominicale, ma appunto comportare una retrocessione del potere di escludere regolata in base al bene su cui il diritto andrebbe ad essere esercitato.

In ultimo va ricordato che la tutela civilistica va altresì coordinata con quella penalistica: infatti, l'art. 637 c.p. sanziona l'ingresso abusivo nel fondo³⁷⁸, a patto che la chiusura dello stesso risulti chiaramente, attraverso l'apposizione di una recinzione o,

³⁷⁴ Corte di Cassazione, sezione II, 27 maggio 1982, n. 3222.

³⁷⁵ In ultimo, cfr. Corte di Cassazione, sezione II, 5 aprile 2011, n. 7768, annotata da A. CARRATO in Corriere Giuridico, 2011, n. 12, p. 1700 e ss.; Cass. 30 agosto 2004, n. 17383; Cass. 22 novembre 2002, n. 16482.

³⁷⁶ M. BIANCA, Diritto Civile, La proprietà, Milano, 1999, p. 224 e ss.

³⁷⁷ L. BIGLIAZZI GERI, Oneri reali, in A. CICU, F. MESSINEO, Trattato di diritto civile, Milano, 1984, p. 28 e ss.

³⁷⁸ La norma stabilisce che "chiunque senza necessità entra nel fondo altrui recinto da fosso, da siepe viva o da un altro stabile riparo è punito, a querela della persona offesa, con la multa fino ad euro 103."

almeno, di un cartello di divieto. In sua assenza, infatti, è esclusa l'applicazione sia della tutela civile che di quella penale, perché il proprietario dimostra di tollerare il passaggio di estranei sul suo fondo e di considerarlo non dannoso³⁷⁹. Ciò, va detto, non ha consentito il riconoscimento di un generale diritto di accesso alla natura³⁸⁰, quale quello esistente in Inghilterra o in Svezia, considerato che i limiti alla proprietà e gli obblighi che possono essere imposti al proprietario sono previsti nel codice civile e nelle leggi speciali in casi specifici: se, al contrario, vi fosse una previsione di carattere generale, la pienezza e l'esclusività del diritto ne uscirebbero svuotate³⁸¹.

Una disposizione analoga alla nostra relativa all'accesso al fondo, si trova anche negli Stati Uniti, dove esso è consentito per prevenire un danno grave: il secondo *Restatement of Torts* (par. 197) prevede infatti quanto segue: “one is privileged to enter or remain on land in the possession of another if it is or reasonably appears to be necessary to prevent serious harm to a) the actor, or his land or chattels, or b) the other or a third person, or the land or chattels of either, unless the actor knows or has reason to know that the one for whose benefit he enters is unwilling that he shall take such action”³⁸². La materia, nel diritto inglese, rientra invece nel riconoscimento del *right to roam*, avvenuto nel 2000.

3.5.3 Il diritto di accesso alla natura in Inghilterra e in Svezia.

La rivendicazione di un diritto di accesso in Inghilterra ha rappresentato una vicenda politica particolarmente singolare: sorta dall'esigenza della collettività di poter godere

³⁷⁹ Così Corte di Cassazione civile, 30 dicembre 1959, n. 3614; Corte di Cassazione civile, sezione III, 27 agosto 1999, n. 8997. Cfr. F. VALGUARNERA, Accesso alla natura tra ideologia e diritto, op. cit., p. 132.

³⁸⁰ In dottrina, non manca chi fonda il diritto di accesso alla natura sulla base dell'art. 9 della Costituzione. Cfr. R. CECCHETTI, Accesso alla natura e accesso alla proprietà, in *Il Foro Italiano*, 1977, 3, p. 590 e ss.

³⁸¹ Corte di Cassazione civile, sezione III, 27 agosto 1999, n. 8997.

³⁸² A. GREGORY, E. PEÑALVER, *An introduction to property theory*, Cambridge University Press, 2012, pp. 130 – 131.

liberamente delle campagne inglesi, essa condurrà nel 2000 all'adozione del *Countryside and Rights Way Act* che garantisce e disciplina il “*right to roam*”, il diritto cioè di accedere liberamente ad aree rurali di proprietà privata.

Tale disciplina ben rappresenta un certo rifiuto, mantenutosi costante nel tempo, dei britannici nei confronti dei processi di *enclosure* delle terre comuni, che determinarono appunto l'estinzione del *right to roam*; in particolare, nella seconda metà del 1800, con la fondazione della *Commons Preservation Society*, nacque un movimento per il riconoscimento di tale diritto che porterà, nel 1932, un gruppo di escursionisti ad entrare abusivamente nell'area privata di *Kinder Scout*, un altopiano considerato uno dei paesaggi più belli dell'Inghilterra³⁸³: il primo risultato ottenuto da questi movimenti di protesta fu, dopo la Seconda Guerra Mondiale, l'istituzione dei parchi nazionali (tra questi, fu inclusa proprio l'area di *Kinder Scout*) e l'approvazione nel 1949 del *National Park and Access to the Countryside Act*, in cui vennero tra l'altro mappate quelle vie di passaggio come sentieri o strade percorribili a cavallo che potevano essere attraversate liberamente. Le proteste tuttavia non terminarono, anche considerato che gran parte delle aree che furono aperte al pubblico appartenevano a grandi proprietari terrieri, i quali non avevano alcuna intenzione di consentire l'applicazione di una legge promossa dal governo laburista. Per questo, poche aree furono aperte al pubblico³⁸⁴.

La campagna per il riconoscimento del diritto di accesso libero, che guardava all'*Allemansrätt* dei Paesi del Nord Europa, portò negli anni '90 all'occupazione di aree rurali private da parte degli escursionisti appartenenti al movimento “*Land is Ours*” e all'ingresso del *right to roam* tra gli obiettivi programmatici della piattaforma del partito

³⁸³ J. L. ANDERSON, Britain's Right to Roam: redefining the Landowner's Bundle of Sticks, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 2007, p. 402.

³⁸⁴ F. VALGUARNERA, *Accesso alla natura tra ideologia e diritto*, Torino, 2010, p. 121.

laburista. Così, il Governo Blair, insediatosi nel 1997, avviò uno studio preliminare per comprendere come garantire al meglio il diritto di accesso, che fu poi appunto riconosciuto con il *Countryside and Rights Way Act* adottato nel 2000. La creazione del nuovo diritto avvenne senza il riconoscimento di una compensazione ai proprietari delle aree i quali, durante la discussione del testo di legge, rappresentarono il proprio timore di una perdita di valore delle loro proprietà, oltre che della crescita dei costi di assicurazione e dei costi di riparazione derivanti da eventuali danni provocati dal libero accesso, costi che, tuttavia, furono ritenuti esigui dal Parlamento e comunque sostenibili anche in forza dell'assistenza delle competenti autorità locali³⁸⁵. Vi era, in realtà, anche una spiegazione ideologica al mancato riconoscimento di un indennizzo: la legge, infatti, rimediava ad una vera e propria ingiustizia storica, consistita nel togliere alla collettività dei beni che le appartenevano a vantaggio dell'accumulazione individuale³⁸⁶.

Il diritto di accesso è regolato in modo specifico. Esso infatti: a) deve avvenire a piedi, non è possibile ricorrere ad autoveicoli o biciclette; b) deve avvenire per scopi ricreativi³⁸⁷; c) interessa i terreni che sono inclusi in un'apposita mappa redatta dalla pubblica amministrazione³⁸⁸. Quest'ultima, peraltro, deve favorire l'esercizio del diritto, assicurando le vie di passaggio nei fondi, anche concordandole con il loro proprietario³⁸⁹, il quale può impedire l'accesso soltanto per un periodo massimo di ventotto giorni.

Un diritto analogo, ma di natura consuetudinaria e quindi privo di una definizione legislativa, è l'*Allemansrätt*, riconosciuto in Svezia alla collettività, la quale può accedere

³⁸⁵ J. L. ANDERSON, Britain's Right to Roam: Redefining the Landowner's Bundle of sticks in *Georgetown International Environmental Law Review*, 19, n. 3, 2007, p. 375 ss.

³⁸⁶ IBIDEM.

³⁸⁷ Sono quindi escluse tutte le attività commerciali; è inoltre vietato campeggiare e raccogliere frutti, fiori, pietre e rami secchi.

³⁸⁸ L'accesso è quindi escluso per i fondi che distano meno di venti metri da un edificio, per quelli che sono utilizzati come parchi o giardini, le aree coltivate.

³⁸⁹ F. VALGUARNERA, op. cit., p. 124.

sui fondi privati per godere della natura, occupandoli per un tempo limitato (ad es., campeggiandovi), e raccogliendo una piccola quantità di frutti selvatici. Il codice penale svedese sanziona soltanto l'ingresso abusivo in aree coltivate o site nelle immediate vicinanze di un edificio: da ciò si ricava, pertanto, che in tutte le altre aree (fondi aperti o chiusi, a fronte di un ordine della pubblica amministrazione) è consentito l'accesso, a patto ovviamente che il fondo non subisca dei danni³⁹⁰.

Nel 1994, l'*Allemansrätt* è stato riconosciuto in Costituzione, anche se nulla si dice circa il suo contenuto. Esso, comunque, ha il merito di fornire una cornice giuridica a comportamenti da sempre tenuti delle popolazioni rurali³⁹¹ e, grazie soprattutto al radicamento dell'idea di stato sociale, è uno strumento utile per le politiche di redistribuzione della ricchezza. Il diritto di accesso alla natura, in Svezia, si colloca all'opposto del diritto di proprietà nel governo dei rapporti tra uomo e terra³⁹².

Ciò che più interessa evidenziare in questo lavoro è che, nonostante l'istituto possa presentare dei limiti, esso dimostra come le esigenze della collettività possano essere soddisfatte con un esiguo sacrificio per il proprietario privato e che, invece, cedono in un paradigma proprietario schiacciato sullo *ius excludendi*, “una regola semplice e lineare, certamente, ma anche rozza”³⁹³.

³⁹⁰ IVI, p. 153 e ss. L'Autore sottolinea che questo istituto ha suscitato scarso interesse tra i giuristi: gli studi principali in materia si devono infatti a sociologi, ambientalisti e ad esperti di turismo.

³⁹¹ Non solo in Svezia: vi è infatti una disciplina simile in Finlandia, Danimarca e Islanda. In Norvegia, vi è una disciplina dettagliata in una legge del 1957: cfr. F. VALGUARNERA, op. cit., p. 221 e ss.

³⁹² IVI, pp. 189 – 190.

³⁹³ IVI, p. 195.

3.5.4 L'accesso ai locali pubblici

Il proprietario di un edificio adibito a locale pubblico non può esercitare lo *ius excludendi*, dovendo garantire l'accesso a tutti coloro i quali intendano fruirne: il diritto dominicale di questo soggetto non è certamente diverso da chi sia proprietario di un edificio adibito a civile abitazione, ma evidentemente è la natura del bene a richiedere che vi sia una regolazione differente del meccanismo di appartenenza, che ammetta il diritto di accesso³⁹⁴.

A tal proposito, sono emblematiche le previsioni contenute nel *Civil Rights Act* americano del 1964, con le quali il Congresso vieta che l'accesso, tra gli altri, ad alberghi, ristoranti, caffetterie, oltre che dei trasporti pubblici e dei teatri sia proibito per motivi razziali, religiosi o legati all'origine nazionale³⁹⁵. Si tratta di una previsione di particolare importanza, da alcuni interpretata come una limitazione del diritto di proprietà, che è certamente il frutto delle pratiche di disobbedienza attraverso le, negli Stati Uniti, i movimenti contro la discriminazione razziale hanno lottato per il riconoscimento dei diritti civili³⁹⁶.

Nel nostro ordinamento una norma analoga è contenuta nel R. D. 6 maggio 1940, n. 635, recante il Regolamento per l'esecuzione del Testo Unico 18 giugno 1931, n. 773 delle

³⁹⁴ A. GAMBARO, *I beni*, op. cit., p. 65.

³⁹⁵ A. GREGORY, E. PEÑALVER, *An introduction to property theory*, op. cit., pp. 131 – 132.

³⁹⁶ In tal senso, cfr. E. PEÑALVER, S. KATYAL, *Property Outlaws: How Squatters, Pirates, and Protesters Improve the Law of Ownership*, 2010.

Leggi di Pubblica Sicurezza all'art. 187³⁹⁷, la cui violazione è sanzionata con la sospensione dell'attività (art. 17 ter T.U.L.P.S.)³⁹⁸.

3.5.5 L'accesso al mare

Il riconoscimento di un esplicito diritto di accesso alla battigia³⁹⁹ – e quindi al mare – è reso necessario dalla diffusione delle concessioni balneari e dalla conseguente installazione di stabilimenti, dai quali occorre spesso transitare per raggiungere appunto il mare.

Esso, sino al 2007, non è mai stato oggetto di una previsione legislativa di carattere generale, essendo rimesso, ai sensi dell'art. 59 del Regolamento Navale Marittimo, agli enti locali a cui competeva l'adozione di ordinanza balneari. Esisteva poi una previsione contenuta in regolamento, l'art. 8 del Decreto Ministeriale 5 agosto 1998, n. 342, il quale prevedeva una mera facoltà in capo ai concessionari, utilizzabile soltanto al fine di consentire l'accesso al mare da parte di soggetti disabili⁴⁰⁰.

Con l'adozione della legge Finanziaria per il 2007, la legge 27 dicembre 2006, n. 296, recante: «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato è stato quindi introdotto all'art. 1, comma 251, lett. e) l'obbligo “per i titolari delle concessioni di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della

³⁹⁷ “Salvo quanto dispongono gli art 689 e 691 del codice penale, gli esercenti non possono senza un legittimo motivo, rifiutare le prestazioni del proprio esercizio a chiunque le domandi e ne corrisponda il prezzo”.

³⁹⁸ In giurisprudenza, cfr. Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, sede di Trieste, 26 gennaio 1998, n. 113, pubblicata in Giurisprudenza di merito, 1999, p. 135 e ss.

³⁹⁹ Si intende con questo termine “linea lungo cui l'onda marina batte sopra la spiaggia” (Dizionario On line Treccani).

⁴⁰⁰ Questo il testo della norma “1. Ai fini di consentire l'accesso al mare da parte di soggetti handicappati nonché la loro mobilità all'interno di aree attrezzate con strutture modeste di facile rimozione, i concessionari possono predisporre appositi percorsi da posizionare sulla spiaggia, sia normalmente che parallelamente alla battigia, anche se detti percorsi non risultano riportati specificamente nel titolo concessorio. 2. Allo stesso fine detti percorsi possono anche congiungere aree limitrofe in concessione previa semplice comunicazione all'autorità marittima e sono comunque rimossi alla fine della stagione balneare.”

battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione”; il mancato rispetto della disposizione è peraltro sanzionabile con la decadenza della concessione, ai sensi dell’art. 47 lett. f) del codice della navigazione⁴⁰¹.

Il diritto di accesso alla battigia è stato confermato anche dalla legge 15 dicembre 2011, n. 217, all’art. 11 comma 2, lett. d) secondo cui i concessionari devono garantire “il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini di balneazione”.

Il codice della navigazione, poi, sanziona all’art. 1161 chiunque impedisca arbitrariamente l’uso pubblico del demanio marittimo: si tratta di un reato a forma libera, che può dunque essere integrato da qualsiasi condotta che precluda o renda più difficile l’accesso, anche mediante la realizzazione di opere in zone limitrofe a quelle demaniali. Tale disposizione è stata applicata dal giudice penale per sanzionare la recinzione di un proprietà privata che impediva all’accesso al mare e che rappresentava l’unica via per raggiungere una determinata spiaggia⁴⁰².

A tal proposito, di particolare interesse sono le vicende di Scopello, un piccolo borgo del Comune di Castellamare del Golfo, lungo la cui costa ha inizio la Riserva dello Zingaro, prima area naturale protetta in Sicilia, storicamente nota per l’abbondanza di tonni, come dimostra la tonnara di proprietà privata sita in una piccola baia, nella cui area antistante si ergono i Faraglioni dello Scopello, candidati ufficialmente il 22 febbraio 2013 ad essere inserita nella lista del Patrimonio Mondiale dell’Umanità, stilata dall’Unesco.

L’accesso a questa località, la cui bellezza non può essere ben resa da alcuna descrizione, è consentito da un percorso pedonale che passa attraverso la proprietà privata della Tonnara, il quale veniva mantenuto inalterato nel Piano Regolatore Generale del

⁴⁰¹ A. DEGL’INNOCENTI, G. SPERA, L’accesso alla battigia nella legge finanziaria 2007, in *Diritto del Turismo*, 2007, n. 4 p. 365 e ss.

⁴⁰² Cassazione Penale, sezione III, 16 febbraio 2001, n. 15268.

Comune del 2005. Questo atto veniva impugnato dalla proprietà della Tonnara e il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sede di Palermo, accoglieva il ricorso, secondo un'argomentazione squisitamente amministrativa, fondata sulla mancanza di esplicitazione, da parte del Comune, della ragioni "sia della scelta di mantenere inalterato il percorso di accesso al mare mediante la stradina privata che conduce all'interno dei fabbricati della tonnara sia dell'omessa considerazione di soluzioni alternative"⁴⁰³.

Il Comune impugnava la sentenza in appello, sottolineando l'obbligo di individuare accessi al mare imposto dalla legge regionale n. 37/1985 (art. 12), l'esistenza "da tempo immemorabile" del percorso pedonale oggetto della controversia, contestando la possibilità che l'accesso al pubblico potesse causare un danno alla proprietà privata ed eccependo l'intervenuta usucapione da parte della collettività. Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, giudicando infondato il ricorso del Comune e confermando le argomentazioni del giudice del primo grado, non ha affrontato queste ultime argomentazioni avanzate dal Comune, seppure significativo è il rilievo dell'estraneità della giurisdizione amministrativa ad un giudizio relativo all'usucapione dell'accesso, che rientra invece nella giurisdizione del giudice ordinario, il quale però al momento non è stato ancora adito⁴⁰⁴.

Evidentemente, per tutelare il diritto di accesso della collettività, sarebbe necessario incardinare l'azione legale dinanzi al giudice ordinario e, dal quadro che si è brevemente offerto, dovrebbero sussistere i presupposti per sviluppare un ragionamento giuridico dotato di un certo fondamento. Del resto, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha affermato, in alcune recenti decisioni aventi ad oggetto l'occupazione temporanea del demanio marittimo, che "La préservation du littoral et en particulier des plages, «lieu

⁴⁰³ Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sede di Palermo, sezione II, 7 dicembre 2006, n. 3877.

⁴⁰⁴ Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 3 marzo 2010, n. 251.

ouvert à tous», en constitue un autre exemple qui appelle une politique d'aménagement du territoire appropriée. La Cour estime donc que l'ingérence poursuivait un but légitime qui était dans l'intérêt général : encourager le libre accès au rivage, dont l'importance n'est plus à démontrer⁴⁰⁵. In Francia, del resto, il principio di libero accesso al mare è riconosciuto dagli artt. L160-6 e seguenti, introdotti dalla loi 31 dicembre 1976, n. 76 – 285 nel Code de l'urbanisme.

Infine, l'accesso al mare trova nel *common law* statunitense diversi fondamenti, tra i quali il più significativo è la dottrina del *public trust*, in base alla quale il soggetto pubblico è concepito come un *trustee* che si impegna a garantire il pubblico uso delle risorse, in particolare delle acque, connesso alla navigazione, alla pesca e anche, come ammesso più di recente, ad attività ricreative. Di conseguenza, un privato non può impedire l'accesso al mare, ma può richiedere per quest'ultimo (e qui vi è una sostanziale differenza con quanto previsto nel nostro ordinamento) il pagamento di un prezzo ragionevole, approvato dallo stato e calcolato in base alle spese che egli deve sostenere per la sorveglianza delle spiagge e la raccolta dei rifiuti⁴⁰⁶.

3.5.6 I diritti di uso pubblico.

I diritti di uso pubblico possono essere definiti come dei diritti reali esercitati da una collettività indeterminata di soggetti su di un bene di proprietà privata⁴⁰⁷; essi consentono il godimento, quindi, di specifiche utilità di determinati beni, secondo regole precise.

⁴⁰⁵ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 29 marzo 2010, ricorso n. 34044/02, Depalle c. Francia, par. 81. Cfr. M. GRANDI, *Le choses communes e l'art. 714 Code Napoléon*, op. cit., p. 229.

⁴⁰⁶ A. GREGORY, E. PEÑALVER, *An introduction to property theory*, op. cit., pp. 133 – 134.

⁴⁰⁷ P. COLOMBO, *I diritti di uso pubblico*, Milano, 1991, p. 1.

Si tratta di un istituto di tradizione antichissima, già conosciuto nel diritto romano, sopravvissuto al periodo medievale e non spazzato via dalla legislazione successiva alla Rivoluzione francese, considerato che la sua applicazione non coinvolgeva beni del processo produttivo, ma prevalentemente oggetti d'arte e collezioni, strade private, ville aristocratiche. Per questo, i diritti di uso pubblico si sono mantenuti nella tradizione civilistica, non solo locale, nella forma di consuetudini e di principi del diritto comune⁴⁰⁸, per venire spesso confusi con gli usi civici⁴⁰⁹. Ciò anche perché, per lungo tempo, è stata assai controversa la loro natura: vi era chi trovava evidenti analogie con le servitù prediali del diritto comune, chi, invece, assimilava loro alle servitù personali o irregolari e chi, al contrario, ne rivendicava la natura pubblica e il loro inquadramento nell'ambito del diritto pubblico.

Allo stesso modo, è stata oggetto di discussione la titolarità di questi diritti, con alcuni che sostenevano la loro appartenenza ad una *universitas* indeterminata, da identificare di volta in volta nei fruitori di fatto o nei fruitori potenziali del bene interessato e altri, all'opposto, che optavano per riconoscerne la titolarità alla pubblica amministrazione.

Attraverso la costituzione di un diritto di uso pubblico, la collettività poteva godere di determinati beni (*rectius*, di determinate utilità), avendo appunto accesso agli stessi. Così, nel diritto romano, ad esempio, dove l'istituto esisteva nonostante mancasse un termine per identificarlo, i privati potevano esporre al pubblico le statue, i busti, le collezioni di loro

⁴⁰⁸ Suggestiva la definizione di "istituto positivo senza legge" data da V. CERULLI IRELLI in *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 169.

⁴⁰⁹ Diritti di uso pubblico e usi civici hanno in comune la comunità d'abitanti come centro di imputazione; gli usi civici però sono in concreto quelli esclusivamente regolati dalla legge 16 giugno 1927, n. 1766 e non possono essere costituiti *ex novo*, a differenza dei diritti di uso pubblico. Cfr. V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992, p. 959.

proprietà, indipendentemente dal luogo in cui essi si trovassero: per questo, le abitazioni private venivano aperte ed era sufficiente che la collettività potesse avervi accesso⁴¹⁰.

Il contributo più interessante alla costruzione dell'istituto è però stato elaborato dalla giurisprudenza che, nella seconda metà dell'ottocento e con alcuni casi particolarmente noti, ne ha delineato le caratteristiche e le modalità di applicazione, offrendo, attraverso la disciplina dei diritti di uso pubblico, soluzioni a questioni non dissimili a quelle che, attualmente, potrebbero trovare nella configurazione dell'accesso una risposta all'insegna dell'equità e dell'inclusione.

Il caso più famoso riguarda certamente una controversia tra il comune di Roma e i principi di Villa Borghese, il cui parco era stato aperto al pubblico, già dalla prima metà del diciassettesimo secolo⁴¹¹. Nel 1885, il cardinale Scipione Borghese decise di vendere il fondo e, in conseguenza di questa decisione, di chiudere i cancelli del parco. Il Comune di Roma agì in giudizio a tutela degli interessi della popolazione tutta, sperando un'azione di reintegrazione e, in via subordinata, un'azione di manutenzione.

Nel processo, dunque, entrò un diritto di uso pubblico di contenuto complesso, comprensivo del passaggio, del libero godimento in tutte le sue forme (trattenimento e riposo, visita del luogo, il respirare dell'aria buona,), del diritto di raccogliere erbe e fiori, di accedere al Palazzo e goderne delle bellezze artistiche, esercitato per circa tre secoli dal popolo di Roma; questo sarà poi definito dalla Cassazione di Roma, alla quale la controversia arrivò nel 1887, attraverso la locuzione di *ius deambulandi*, da ammettere nel nostro ordinamento attraverso un principio di diritto da ricavare dalle norme esistenti. Tra queste, secondo la Corte, vi erano alcune norme del codice cui far risalire l'esistenza del

⁴¹⁰ P. COLOMBO, op. cit., p. 9 e ss.

⁴¹¹ La sentenza è pubblicata su *La Legge*, 1887, I, p. 433; per la sua analisi cfr. V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 170 e ss.; P. COLOMBO, op. cit., p. 50, in particolare nota 2; A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'*, Torino, 2013, p. 52 e ss; F. VALGUARNERA, op. cit., p. 138.

diritto da accertare, come ad esempio l'art. 542 sulla sorgente privata ad uso pubblico o l'art. 533 sulla servitù di utilità pubblica⁴¹². Tuttavia, il miglior collegamento era offerto da diverse leggi speciali relative, ad esempio, alle vie vicinali, all'esercizio dello *spigolamento* su beni dei privati, e, soprattutto, dalla legge 28 giugno 1871; questa estendeva alla provincia romana la legge di abolizione dei feudi e stabiliva all'art. 3 che "i diritti che per fondazione e per qualsivoglia altro diritto possano appartenere al pubblico, saranno mantenuti": essa pertanto consentiva l'individuazione del principio, dal momento che la disposizione citata aveva come scopo quello di conservare al pubblico l'accesso a ville, biblioteche, gallerie, musei che, spesso, erano comprese nei feudi.

Sulla base di questi motivi, la Cassazione sottolineò la novità dell'istituto, in forza del quale il diritto di uso pubblico coesisteva simultaneamente alla proprietà privata, per accogliere poi le ragioni del Comune di Roma. Con questa sentenza, vi fu il primo tentativo di ricondurre i diritti di uso pubblico a dei riferimenti normativi positivi.

Va detto che negli anni precedenti non erano mancati casi analoghi a quello di Villa Borghese, risolti anch'essi attraverso il riconoscimento del diritto di uso pubblico: il Tribunale di Genova nel 1870 decise, ad esempio, una controversia tra il Municipio dell'omonima città e la duchessa Galliera, avente ad oggetto la collezione d'arte conservata presso il Palazzo Rosso; nel 1876, il Tribunale di Bologna – in un procedimento che arriverà alla Cassazione romana - riconobbe l'esistenza di un diritto di uso pubblico sulla Galleria Zambecari⁴¹³.

Solo dopo il caso di Villa Borghese, comunque, il principio giuridico si consolidò, come dimostra la sentenza della Corte di Cassazione di Roma, a sezioni unite, del 14 aprile 1917,

⁴¹² V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 174.

⁴¹³ P. COLOMBO, op. cit., pp. 51 e 52, in particolare nota 3 e nota 4.

relativa ad un diritto di presa d'acqua riconosciuto alla popolazione del Comune sardo di Sennori, su un fondo di un privato⁴¹⁴. In questa pronuncia, non si discuteva l'esistenza dei diritti di uso pubblico, né tanto meno il fatto che la loro disciplina fosse autonoma e da collocare nell'ambito del diritto pubblico, non avendo nulla a che fare con quella delle servitù prediali, collocandosi nell'ambito degli usi osservati come diritto pubblico ai sensi dell'art. 2 del codice civile del 1865, secondo cui "i comuni, le provincie, [...] godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico"⁴¹⁵.

Infine, ancora più importante, fu la sentenza della Cassazione 4 luglio 1934, n. 2722, con la quale la Corte stabilì che la titolarità dei diritti di uso pubblico competesse ai cittadini e non alla sola pubblica amministrazione⁴¹⁶.

La giurisprudenza delineò di fatto un modello dell'istituto che si caratterizzava per l'indisponibilità dei diritti; l'appartenenza a una collettività indifferenziata e indeterminata; l'estinzione comunque legata alla volontà – manifestata anche per fatti concludenti – della pubblica amministrazione. La costituzione del diritto rendeva il bene privato "cosa pubblica" e quindi tutelabile da ciascun singolo utente e anche dall'autorità comunale, quale ente esponenziale della collettività, attraverso l'esperimento dei rimedi possessori.⁴¹⁷

Per completare il quadro dei riferimenti giurisprudenziali, occorre citare un'interessante decisione della Corte di Cassazione di Parigi che, nel 1830, riconobbe legittimità alla pretesa avanzata dal Comune di Marsiglia di mantenere la destinazione ad uso pubblico di un teatro di proprietà privata: secondo il giudice transalpino, l'aver destinato l'immobile, in

⁴¹⁴ Pubblicata in *Il Foro Italiano*, 1917, I, colonna 751 e ss.

⁴¹⁵ A. DI PORTO, *op. cit.*, pp. 59 – 60. La norma corrisponde al vigente art. 11; non è pacifica, tuttavia, la comprensione dei diritti di uso pubblico tra "gli usi osservati come diritto pubblico"; cfr. V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 179,

⁴¹⁶ *IVI*, p. 61 e ss.

⁴¹⁷ V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 180 e ss.

modo esclusivo e perpetuo, all'uso di teatro, rappresentava una vera e propria modifica alla proprietà, da tutelare a vantaggio della collettività⁴¹⁸.

Con l'entrata in vigore in Italia del codice del 1942, la funzione del bene e la sua destinazione ad uso pubblico non venne valorizzata in alcun modo: la classificazione dei beni pubblici, infatti, è risolta ricorrendo al criterio dell'appartenenza soggettiva e semplificata attraverso i concetti di demanio e patrimonio indisponibile.

Ciononostante, l'art. 825 c.c. rappresenta, secondo parte della dottrina, il recepimento, seppur parziale, da parte del legislatore delle elaborazioni giurisprudenziali in materia di diritti di uso pubblico⁴¹⁹. La norma fa riferimento ai diritti demaniali su beni altrui, che però comprende nel demanio, rimandandone la tutela all'autorità amministrativa e allontanandosi dall'interpretazione proposta dalla Cassazione nel 1934 e aderendo al "culto della persona giuridica" che, negli anni del nuovo codice, raggiunse la sua acme⁴²⁰. Secondo altri, però, l'art. 825 ha soltanto confuso la materia dei diritti di uso pubblico, giacché ha generato l'errata convinzione che in qualche modo essi fossero compresi nella previsione normativa. Questa però disciplinerebbe due fattispecie diverse: da una parte, le servitù prediali pubbliche⁴²¹; dall'altra, i diritti demaniali su beni altrui, i quali sono costituiti coattivamente dalla pubblica amministrazione su beni privati necessari a rispondere a esigenze pubbliche e sono sottoposti, per questo, al regime del demanio fino a che perdura la loro destinazione pubblica⁴²². Pertanto, "la norma non viene a interferire nella tematica dei diritti di uso pubblico così come costruita dalla giurisprudenza: anche se il

⁴¹⁸ P. COLOMBO, op. cit., p. 52.

⁴¹⁹ A. DI PORTO, op. cit., p. 66. Questo il testo della norma: "Sono parimenti soggetti al regime del demanio pubblico i diritti reali che spettano allo Stato, alle province e ai comuni su beni appartenenti ad altri soggetti, quando i diritti stessi sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni indicati dagli articoli precedenti o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi".

⁴²⁰ Ivi, op. cit., p. 66.

⁴²¹ V. CERULLI IRELLI, voce Servitù (diritto pubblico), in Enciclopedia del diritto, XLII, Milano, 1990, p. 332 e ss.

⁴²² V. CERULLI IRELLI, op. cit., p. 194 e ss.

contenuto del diritto di uso pubblico, in qualche fattispecie, corrisponde a quello del diritto demaniale su bene altrui di cui all'art. 825"⁴²³. Questa seconda interpretazione pare preferibile, sia avuto riguardo alla lettera della disposizione codicistica, sia perché essa non pretende di "forzare" il sistema delle fonti, riconoscendo eguale dignità normativa alle regole di natura consuetudinaria.

Prima di analizzare l'evoluzione giurisprudenziale successiva al codice del '42, alcune ultime annotazioni sulla disciplina dei diritti di uso pubblico. Infatti, è importante sottolineare che, da un punto di vista dei beni, gli immobili su cui sono costituiti i diritti di uso pubblico vengono aperti al godimento e all'uso della collettività, da cui deriva l'illegittimità dell'eventuale esercizio da parte del proprietario del potere di chiudere il fondo (art. 841 c.c.); la loro commerciabilità, inoltre, è ammessa a patto che sia compatibile con le esigenze derivanti dalla destinazione pubblica impressa⁴²⁴. Per quanto riguarda la definizione della collettività indeterminata in rapporto al bene reso "cosa pubblica", va detto che essa coincide – come principio base – con la comunità di abitanti insediata nelle vicinanze del bene stesso, il quale produce delle *utilitates* fondamentali per la vita collettiva⁴²⁵.

La giurisprudenza – la quale però non ha più deciso, almeno fino ad oggi, casi della stessa celebrità di quello di Villa Borghese - pare aver aderito alla prima impostazione dottrinale, utilizzando l'art. 825 c.c. per riconoscere il contenuto tipico dei diritti di uso pubblico, anche in punto legittimazione attiva⁴²⁶.

⁴²³ IVI, p. 196.

⁴²⁴ IVI, pp. 198 - 199.

⁴²⁵ IVI, p. 206 e ss.

⁴²⁶ Va segnalato che la giurisprudenza utilizza "servitù pubbliche" come sinonimo intercambiabile di "diritto di uso pubblico" e, comunque, in senso atecnico.

Le sentenze sono numerose⁴²⁷ e arrivano agli anni più recenti: ad esempio, la Corte di Cassazione, con la sentenza 10 gennaio 2011, n. 333, secondo cui i diritti di uso pubblico (chiamati dal giudice “servitù di uso pubblico”) sono utilizzati da una collettività indeterminata di persone, insistono su beni idonei a soddisfare interessi collettivi, la loro tutela in giudizio spetta non solo all’ente territoriale che rappresenta la collettività, ma anche a “ciascun cittadino appartenente alla collettività *uti singulus*”⁴²⁸. Purtroppo, esse riguardano tutte strade vicinali o comunque passaggi su strade private e non consentono di verificare la disponibilità della giurisprudenza contemporanea a riconoscere i diritti di uso pubblico rispetto a beni privati di maggior valore, come appunto ville o collezioni artistiche, o a valorizzare l’elemento della destinazione pubblica, come fatto dalla Cassazione parigina cui sopra si è accennato.

Secondo autorevole dottrina, a questo pronuncia possono essere altresì accostate le sentenze con cui le Sezioni civili della Cassazione hanno risolto la questione dell’appartenenza della Valli da pesca della laguna di Venezia. Con questo provvedimento, che come si è detto rappresenta il primo impiego fatto dalla giurisprudenza della nozione di bene comune, si richiamerebbe tutta la tradizione giurisprudenziale avviata dal caso di Villa Borghese grazie al riferimento al collegamento strumentale esistente tra le Valli e la realizzazione di tutti i cittadini, che può essere altrimenti definito come la loro destinazione ad un uso pubblico.

⁴²⁷ Cass. Civ., 6 agosto 1959, n. 2474; Cass. Civ., 3 marzo 1964, n. 718; Cass. Civ., 4 febbraio 1971, n. 266; Cass. civ., 19 luglio 1974, n. 2183; Cass. Civ., 9 maggio 1987, n. 4284.

⁴²⁸ Ad essa, altre ne sono seguite, cfr. ad es. Cass. Civ., sez. II, 23 maggio 2012, n. 8165 in Guida al diritto, 2012, 32, p. 76 ss.

CONCLUSIONI

Nel corso di questo lavoro, sono stati esplorati i percorsi che consentono di ripensare l'istituto della proprietà a partire dall'accesso.

Il ripensamento della proprietà rappresenta un'operazione interpretativa necessaria, se si è concordi nel ritenere che tale istituto sia utile per affrontare i rapporti privatistici, meglio di altri: i diretti concorrenti, infatti, – il contratto e la responsabilità civile – non sono in grado, il primo, di gestire gli effetti esterni del rapporto obbligatorio tra i contraenti e, il secondo, di dare spazio e forma agli interessi idiosincratici⁴²⁹. La proprietà, al contrario, adempie queste funzioni ed è per questo che essa va recuperata in termini di categoria ordinante. Per fare questo, è necessario confrontarsi con l'istituto consoci della complessità dei problemi locali e globali e pronti ad elaborare una teoria giuridica che non sia “il pappagallo del legislatore”⁴³⁰.

Il ripensamento della proprietà ha come scopo ultimo l'introduzione di basi teoriche per ideare un paradigma proprietario alternativo a quello moderno (analizzato in prospettiva storica nel corso del Capitolo I): questo infatti, concentrandosi sulla centralità del diritto di esclusione, ha espunto dalla riflessione proprietaria il tema dell'inclusione e, così, ha ridotto quelle potenzialità dell'istituto dominicale che lo rendono più adatto ad affrontare problemi sociali.

⁴²⁹ U. MATTEI, *La proprietà*, op. cit., p. 41.

⁴³⁰ L'espressione è impiegata da A. Gambaro nel saggio “Ontologia dei beni e ius excludendi”, disponibile online (www.comparazionedirittocivile.it).

Per questo motivo, la nozione che più facilmente consente di avviare il ripensamento della proprietà nella direzione indicata è quella dell'accesso, contrapponendo – con una chiave che cerca di essere risolutiva – il tema dell'inclusione a quello dell'esclusione, elaborando tassonomie e modelli giuridici, anche considerata la posizione dei *non possidentes*, e ponendo le condizioni per il superamento di quelle distorsioni che si determinano quando il diritto di proprietà si schiaccia tutto sul diritto di esclusione (come evidenziato nel Capitolo II), generando problemi di equità.

Preliminarmente, vanno affrontate alcune questioni.

In primo luogo, è da chiarire se la nozione di accesso sia compatibile con il nostro ordinamento e se il suo riconoscimento svuoti il diritto di proprietà.

Nel corso del Capitolo III, è stato dimostrato – attraverso la ricognizione delle fonti e l'esame di alcuni casi pratici – che l'accesso inteso come facoltà autonoma rispetto al diritto di proprietà è ammesso nel nostro ordinamento: in primo luogo, lo stesso art. 42 della Costituzione contiene tale nozione, che merita di essere sviluppata considerata la scarsa attenzione che le è stata fino ad ora riservata; in secondo luogo, vi sono delle norme che riconoscono l'accesso in via diretta (l'accesso al fondo dell'art. 842 c.c.; le leggi speciali sulla raccolta di funghi, tartufi, ecc.; l'accesso al mare), e non mancano altresì tradizioni consuetudinarie a dimostrare la non estraneità dell'istituto (i diritti di uso pubblico). Proprio dall'esame delle fattispecie legate a queste previsioni, è facile notare come il riconoscimento dell'accesso non causi lo svuotamento del diritto di proprietà, determinando soltanto la limitazione del diritto di esclusione, restando invece attive le altre prerogative che l'ordinamento riconosce al titolare.

Queste premesse consentono di indagare la nozione e di comprenderla altresì in rapporto con la proprietà pubblica (la quale risulta sovente amministrata nell'interesse

dello Stato – persona più che in quello dello Stato comunità) e con la proprietà collettiva, la quale consente di riflettere sui limiti e le potenzialità del concetto di comunità.

In secondo luogo, va precisata la locuzione “diritto di accesso”.

Stefano Rodotà, che ne *Il diritto di avere diritti* descrive in modo molto chiaro i termini del binomio “proprietà – accesso”, riconduce quest’ultimo tra i diritti umani fondamentali, considerato che esso consentirebbe di godere di beni che sono necessari per lo sviluppo e la realizzazione della persona umana. Questa classificazione ha certamente il merito di rendere l’accesso un diritto soggettivo riconosciuto a tutti, universalmente; ma è necessario compiere passi ulteriori, per evitare i rischi che l’inflazione dei diritti e la prospettiva tutta antropocentrica e individualista tipica dei diritti umani comportano. A ciò si aggiunga, poi, che sovente al riconoscimento di un diritto umano non si accompagna una riflessione complessiva sulle condizioni necessarie per la sua implementazione (basti pensare al riconoscimento del diritto all’acqua dalle Nazioni Unite nel 2011). Per questo, il diritto di accesso deve necessariamente intendersi come un diritto collettivo⁴³¹ e va posto in coerenza con un pensiero ecologico.

Occorre, in altre parole, concentrarsi sulle modalità di esercizio e regolazione dell’accesso, le quali devono però essere definite in relazione alle caratteristiche dei beni e alle utilità da essi prodotti.

L’accesso ai *non possidentes* è garantito rispetto a tutti i beni, siano essi pubblici o privati? La risposta a questa domanda è data in parte dalla tradizione dei diritti di uso pubblico, in parte dalla nozione di beni comuni e, in entrambi i casi, la titolarità del bene (pubblica o privata) è un elemento indifferente.

⁴³¹Esso quindi spetta tanto al singolo quanto alla collettività.

I nodi problematici sono invece rappresentati dalle regole che devono governare l'accesso e dal profilo della tutela.

Circa il primo punto, il riferimento va individuato nell'ontologia dei beni e nelle utilità da essi prodotte: il riconoscimento dell'accesso, infatti, è una questione che si pone proprio quando un unico bene è in grado di soddisfare un ventaglio di interessi diversi⁴³². È necessario quindi individuare i beni che rispondono a queste caratteristiche, e in questa operazione, gli studi più recenti in materia di beni comuni e il vivace dibattito seguito rappresentano un ottimo punto di partenza; nel farlo, tuttavia, andrebbe evitato il ricorso a una elencazione di tipo tassativo, dal momento che l'emersione della necessità di riconoscere un diritto di accesso ha un evidente legame con la comunità che ne beneficia e non può che variare a seconda dei suoi bisogni.

Da qui, evidentemente, discendono almeno due conseguenze: il regime dell'accesso non è unico, ve ne possono essere diversi; le situazioni di appartenenza interessate da questi regimi devono essere gestite in modo da contemperare gli interessi del proprietario e quelli dei *non possidentes*, attuali e futuri⁴³³.

⁴³² Lo spiega bene Antonio Gambaro attraverso l'esempio dei beni culturali: "I beni culturali possono essere indicati ad esempio poiché su essi si appuntano i bisogni di tutela di almeno quattro diverse posizioni soggettive. Vi è indubbiamente l'interesse del proprietario dei beni culturali, il quale può essere un soggetto pubblico o privato, ma che è sicuramente degno di tutela perché è attraverso la sua posizione che si incentiva la committenza di beni culturali i quali ovviamente debbono essere non solo preservati, ma anche prodotti. Vi è l'interesse della generalità dei cittadini all'accesso ai beni culturali in vista della loro fruizione che è appunto denotata come culturale dalla natura stessa dell'oggetto. Vi è l'interesse delle generazioni future al medesimo tipo di fruizione che si qualifica come degno di tutela per il carattere di testimonianza di civiltà che gli oggetti culturali svolgono e che si radica nel concetto di tradizione culturale il quale ha evidentemente valenze transgenerazionali. Vi è infine l'interesse degli autori di beni culturali che è degno di tutela per la stessa, anche se speculare, ragione per cui ne è degna la committenza. Interesse che si estrinseca in taluni casi in quel *droit de suite* che consente all'autore di beneficiare dell'aumento di valore della sua opera." In *Ontologia dei beni e ius excludendi*, op. cit., pp. 16- 17.

⁴³³ È il tema della gestione partecipata, emerso in particolare in materia di beni comuni: cfr. A. LUCARELLI, Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni, in *Quale Stato*, III – IV, p. 87 ss. Questo profilo può essere affrontato ricorrendo anche a strumenti estranei al diritto di proprietà: in questo senso, cfr. A. NERVI, Common Goods and the role of the contract, in *European Review of Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, vol. 9, 2013, n. 4, p. 409 ss.

Anche il nodo della tutela merita di essere affrontato e sciolto: la soluzione a tale questione, infatti, dà la misura dell'effettività del diritto di accesso e della possibilità di individuare nella comunità che gode di determinati beni il soggetto che agisce in giudizio per chiederne tutela. A questo scopo, lo strumento dell'azione popolare⁴³⁴, che negli ultimi anni sta vivendo una nuova gioventù, pare offrire uno spunto utile per proteggere i beni cui la comunità ha accesso, anche contro gli abusi dei singoli proprietari.

Il diritto di accesso rappresenta quindi uno strumento attraverso cui rendere “immediatamente utilizzabile il bene da parte degli interessati, senza ulteriori mediazioni”⁴³⁵, scardina il paradigma moderno della proprietà e consente, così, di gettare le basi per un modello alternativo fondato sull'elemento dell'inclusione.

In questo lavoro, si è cercato di delineare le premesse per tale elaborazione e sono stati altresì indicati i profili (individuazione non cristallizzata dei beni; governo e tutela) che richiedono studio e approfondimento, necessari se si vuole fare dell'accesso una proposta di politica del diritto compiuta, matura e realmente alternativa.

⁴³⁴ Si vedano i recenti lavori di A. DI PORTO, *Res in usu publico e 'beni comuni'*, op. cit.; S. SETTIS, *Azione popolare*, Torino, 2012; F. ASTONE (a cura di), *Cittadinanza e azioni popolari*, Soveria Mannelli, 2010.

⁴³⁵ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, op. cit., p. 112.

BIBLIOGRAFIA

Articoli di dottrina

D. ADORNI, Diritto all'abitazione e intervento pubblico, relazione in occasione del Seminario nazionale sulla storia italiana del secondo dopoguerra 1943-1994, organizzato dalla Società Italiana per lo Studio della Storia Contemporanea, Bologna, 12 e 13 marzo 2010, reperibile on line: ww.sissco.it

F. AMATO, Sul problema della liceità penale delle occupazioni studentesche, in *Foro It.* II, 1993, p. 525 ss.

J. L. ANDERSON, Britain's Right to Roam: redefining the Landowner's Bundle of Sticks, in *Georgetown International Environmental Law Review*, 2007, p. 375 ss.

S. BAILEY, U. MATTEI, Social movements as constituent power: the Italian struggle for the commons, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 20, Issue 2, 2013, p. 965 ss.

G. BELLONI PERESSUTTI, "Usucapio brevis" nell'agricoltura. Una legge riformatrice e alcune modifiche implicite al codice civile, in *Rivista di Diritto Civile*, 1977, II, p. 128 ss.

E.B. BLUEMEL, The implications of formulating a human right to water, in *31/4 Ecology Law Quarterly*, 2004, p. 957 ss.

U. BRECCIA, Beni immobili e mobilità del diritto, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2009, 2, p. 179 ss.

F. BRICOLA, Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975, n. 152), in *Questione criminale*, 1975, p. 221 ss.

E. CALCAGNO, Liceità penale delle occupazioni studentesche, in *Dir. Pen. e Processo*, n. 12, 2000, p. 1639 e ss.

N. CANESTRINI, L'invasione arbitraria di immobile e l'attenuante del particolare valore sociale, in *Diritto e giustizia*, 21 febbraio 2006 (disponibile on line).

S. CASSESE, Dalla proprietà all'impresa: i beni destinati dallo Stato alla produzione in *Politica del diritto*, 1975, p. 609 ss.

R. CECCHETTI, Accesso alla natura e accesso alla proprietà, in *Il Foro Italiano*, 1977, 3, p. 590 ss.

- F. CHIOMENTI, L'usucapione speciale e abbreviata per la proprietà rurale: un'occasione sciupata, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1976, I, p. 309 ss.
- N. COBB, L. FOX, Living outside the system? The (im)morality of urban squatting after the Land Registration Act 2002, *Legal Studies*, Vol. 27 No. 2, June 2007, p. 236 ss.
- N. COBB, L. FOX, Taxonomies of squatting: Unlawful occupation in a new legal order, *The modern law Review*, 10, 2008, p. 878 ss.
- M. COSTANZA, Evoluzioni ed involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni, in *Giustizia civile*, 2007, I, p. 465 ss.
- F. CURI, Occupare o punire: tra vecchio e nuovo in tema di invasione di terreni ed edifici, (*Nota a Pret. La Spezia* 22 marzo 1996) in *Foro It.*, II, 1997, p. 572 ss.
- T. DALLA MASSARA, Antichi modelli e nuove prospettive del diritto dominicale in Europa, in *Contratto e impr.* – Europa, 2010, p. 724 ss.
- G. DALTON, Private Sector Finance for Water Sector Infrastructure: What Does Cochabamba Tell Us About Using this Instrument? 6 (Sept. 2001), disponibile in <http://www.earthscape.org/p1/dag01/dag01.pdf>.
- G.V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978.
- G. DE MATTEIS (a cura di), *Le grandi città italiane. Società e territori*; G. SAPELLI, Tra rendita urbana e rendita finanziaria: la città a frattali, in *Il contrasto alla rendita. Le nuove sfide dell'economia urbana*, supplemento al n. 2 del 2011 del quadrimestrale *Scelte pubbliche*, curato da C. AGNOLETTI e S. DI MAIO
- A. DEGL'INNOCENTI, G. SPERA, L'accesso alla battigia nella legge finanziaria 2007, in *Diritto del Turismo*, 2007, n. 4, p. 365 ss.
- A. DI ROBILANT, The virtues of common ownership, in *Boston University Law Review*, vol. 91, 2011, p. 1359 e ss.
- A. DI ROBILANT, Property: a bundle of sticks or a tree? In *Vanderbilt Law Review*, 66, 2013, p. 869 ss.
- S. FERRERI, Il diritto di proprietà sui beni culturali al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Europa e diritto privato*, 2011, p. 153 ss.
- E. FINZI, Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà, in *Archivio giuridico*, LXXXIX, 1923, p. 52 ss.
- L. FRANCIOSI, La disciplina delle immissioni, nel *Trattato di diritto privato*, (diretto da P. Rescigno), vol. VII, Tomo I, 2^a ed., Torino, 2005

T. E. FROSINI, Il diritto costituzionale di accesso a Internet, in Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 1, 2011, Disponibile on line, all'indirizzo www.associazionedeicostituzionalisti.it

A. GAMBARO, Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di proprietà, in Rivista di Diritto Civile, 2010, II, p. 115 ss.

A. GAMBARO, Ontologia dei beni e ius excludendi", disponibile online in www.comparazonedirittocivile.it.

V. GAMBINO, Le immissioni, in Giurisprudenza di Merito, 1983, p. 1074 ss.

A. GERMANÒ, Usucapione "speciale" per la piccola proprietà rurale e procedimento per la regolarizzazione del titolo di proprietà, in Rivista di Diritto Agrario, 1976, I, p. 677 ss.

M. GRANDI, Le choses communes e l'art. 714 Code Napoléon, in Rivista Critica del Diritto Privato, 2, 2013, p. 217 ss.

P. GROSSI, Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà, in Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1976-77, I, p. 246 ss.

P. GROSSI, La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico, in Quaderni fiorentini, XVII, 1988, p. 381 ss.

P. GROSSI, La grande avventura giuslavoristica, in Rivista Italiana del diritto del lavoro, 28, I, 2009, p. 4 ss.

P. GROSSI, I beni: itinerari fra moderno e pos-moderno, Riv. trim. dir. proc. civ., n. 4, 2012, p. 1059 ss.

W.N. HOHFELD, Fundamental Legal Conception as applied in judicial reasoning, 26 Yale L.J., 1917, p. 710 ss.

A. IULIANI, Prime riflessioni in tema di beni comuni, in Europa e diritto privato, n. 2, 2012, p. 617 ss.

G. LOMBARDI, L'accesso alla casa tra libertà e eguaglianza, in Amministrazione e politica, n. 4-5, 1982, p. 107 ss.

M. LONGO, Contro chi si dovrebbe applicare l'art. 838 del codice civile in Il Foro It., vol. 73, IV, p. 13 ss.

A. LO VASCO, «Serio ristoro» e «ragionevole rapporto con il valore venale del bene»: l'illegittimità costituzionale dell'indennità di espropriazione ex art. 5 bis, in Europa e diritto privato, 3, 2008, p. 721 ss.

- A. LUCARELLI, Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni, in *Quale Stato*, III – IV, p. 87 ss.
- G. LUNGHINI, L. MUSSO, L'invasione di edifici: penalmente irrilevante il contributo al mantenimento dell'occupazione, in *Corriere Merito*, n. 6, 2006, p. 771 ss.
- P. MADDALENA, I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella Costituzione della Repubblica italiana, pubblicato in *Federalismi.it*
- F. MANGANARO, La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà, in *Diritto Amministrativo*, 2008, p. 379 ss.
- S. MARVIN, N. LAURIE, *An Emerging Logic of Urban Water Management, Cochabamba, Bolivia*, 36 *URBAN STUD.*, 1999, p. 341 ss.
- U. MATTEI, Una primavera di movimento per la funzione sociale della proprietà, in *Rivista Critica del diritto privato*, (in corso di pubblicazione), p. 31 ss.
- U. MATTEI, Protecting the Commons: Water, Culture and Nature: the commons movement in the Italian struggle against neoliberal governance, in *The South Atlantic Quarterly*, 2013, p. 366 ss.
- T.S. MERRIL, Property and the right to exclude, in *Nebraska Law Review*, 77, 1998, p. 730 ss.
- G. MINERVINI, La cooperazione e lo Stato, in *Rivista di Diritto Civile*, 1969, I, p. 621 ss.
- D. MONE, Servizi di interesse economico generale e beni comuni tra diritto comunitario e costituzione, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2012, p. 63 ss.
- G. NEPPI MODONA, Il diritto del lavoro, l'art. 633 c.p. e l'errore su legge extrapenale, in *Riv. Dir. Proc. Pen.*, 1963, p. 202 ss.
- A. NERVI, Common Goods and the role of the contract, in *European Review of Contract Law*, in *European Review of Contract Law*, vol. 9, 2013, n. 4, p. 409 ss.
- L. NIVARRA, La funzione sociale della proprietà: dalla strategia alla tattica, *Rivista Critica del Diritto Privato* (in corso di pubblicazione).
- L. NIVARRA, La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva", disponibile su <http://principi-ue.unipg.it/Documenti/Bibliografia/Nivarra.pdf>
- E. PENALVER, Property as Entrance, 91 *VA. L. REV.* 1889, 2005, (disponibile on line: www.ssrn.com)
- G. PINO, Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2004, p. 57 ss.

- S. PRADUROUX, La proprietà privata nel sistema della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, in *Rivista giuridica dell'ISAIDAT*, Vol. 1, Fascicolo 1, 2010, p. 1, nella versione on line www.isaidatlawreview.org.
- A. PRETTO, Strumenti finanziari. La nuova proprietà, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2000, p. 669 ss.
- P. RESCIGNO, Disciplina dei beni e situazioni della persona in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5 -6, 1976-77, p. 861 ss.
- P. ROBE', A qui appartiennent les entreprises?, 155, *Le Débat*, 2009, p. 32 ss.
- S. RODOTÀ, Note Critiche in tema di proprietà, in *Rivista Trimestrale del Diritto Civile*, n. 4, 1960, p. 1298 ss.
- S. RUSSO, Le monetine lanciate nella fontana di Trevi: liberalità e non abbandono, in *TAR*, II, 2002, p. 403 ss.
- R. SACCO, Il sistema delle fonti e il diritto di proprietà, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1970, p. 435 e ss.
- R. SACCO, L'occupazione, atto di autonomia, in *Rivista del Diritto Civile*, 1994, I, p. 344 ss.
- F. SANTORO PASSERELLI, Risultati di un convegno giuridico interuniversitario sul tema della proprietà, in *Rivista del diritto civile*, 1942, p. 270 ss.
- C. SALVI, La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale? In *Rivista Critica del diritto privato*, 2009, p. 409 ss.
- G. SELLAROLI, L'occupazione delle fabbriche e il sabotaggio nella prospettiva costituzionale, *Gius. Pen.*, 1969, I, p. 134 ss.
- H. E. SMITH, Property as the law of things in *Harvard law review*, 125, 2011, p. 1691 ss.
- A. SORRENTINO, I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari), in *Corriere Giuridico*, 2010, p. 145 ss.
- L.J. STRAHILEVITZ, The Right to abandon, John M. Olin Law & Economics Working Paper n. 455, Public Law and Legal Theory Working paper n. 260, disponibile on line: www.law.uchicago.edu.
- W. TOCCI nel suo articolo L'insostenibile ascesa della rendita urbana, pubblicato in *Democrazia e diritto*, 1, 2009.
- G. TUCCI, Confisca "urbanistica" e circolazione dei beni dopo la Sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'uomo, in *Rivista di diritto privato*, 2009, n. 1, p. 150 ss.

E. VENAFRO, Stato di necessità e diritto all'abitazione, in *Dir. Pen. e Processo*, 6, 2004, p. 719 e ss.

C. ZANGHÌ, La proprietà e i diritti umani in *Dir. dell'uomo, cronache e battaglie*, n. 2, 1999, p 42 ss.

Monografie

AA. VV., *Rebelpainting. Beni comuni e spazi sociali: una creazione collettiva*, 2012

G. ALPA, M. BESSONE, A. FUSARO, *Poteri dei privati e statuto della proprietà*, Roma, 2001

G. ALPA, V. ROPPO (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma –Bari, 2013

F. ASTONE (a cura di), *Cittadinanza e azioni popolari*, Soveria Mannelli, 2010

A. BERLE, G.C. MEANS, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, 1966

M. BIANCA, *Diritto Civile, La proprietà*, Milano, 1999

L. BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali*, in A. CICU, F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile*, Milano, 1984

L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, M. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto Civile II (i diritti reali)*, Torino, 1989

F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002

D. BOLLIER, S. HELFRICH (editors), *The wealth of the commons: a world beyond Market & State*, 2011

L. BOZZI, *La negoziabilità degli atti di rinuncia*, Milano, 2008

G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Tomo II*, 1982

S. BRIGHT, J. DEWAR (eds) *Land Law: Themes and Perspectives*, Oxford, 1998

F. BUONOMO, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005

P. CENDON, *Proprietà, riserva occupazione*, Napoli, 1977

- A. CIERVO, I beni comuni, Roma, 2012
- V. CERULLI IRELLI, Proprietà pubblica e diritti collettivi, Padova, 1983
- P. COLOMBO, I diritti di uso pubblico, Milano, 1991
- R. CONTI (a cura di), La proprietà e i diritti reali minori, Milano, 2009
- A. DANI, Le risorse naturali come beni comuni, Arcidosso, 2013
- F. DE MARTINO, Beni in generali. Proprietà, in SCIALOJA - BRANCA (a cura di), Commentario del codice civile, Bologna-Roma, 1946
- A. DI PORTO, Res in usu pubblico e 'beni comuni', Torino, 2013
- J. DUKEMINIER, J. E. KRIER, Property, V ed., New York, 2002
- G. FIANDACA, E. MUSCO, Diritto Penale, Parte Speciale, II – 2, Bologna, 2012
- E. FINZI, Diritto di proprietà e disciplina della produzione, in Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario, 1936, Firenze.
- S. FIORE, I reati contro il patrimonio, Torino, 2010
- M. FRIEDMAN, Capitalism and freedom, University of Chicago Presse, 1962
- R. D. FRIEDMAN, M. FRIEDMAN, Two Lucky People: Memoirs, University of Chicago Press, 1998.
- J. K. GALBRAITH, Il nuovo stato industriale, Torino, 1968
- F. GALGANO, Istituzioni diritto privato, Padova, 2010
- A. GAMBARO, Jus aedificandi e nozione civilistica della proprietà, Milano, 1975
- A. GAMBARO, La proprietà. Beni, proprietà, comunione, in G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), Trattato di diritto privato, Milano, 1990
- A. GAMBARO, Il diritto di proprietà, in Trattato di diritto civile e commerciale / già diretto DA A. CICU, F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1995
- A. GAMBARO, Dalla *new property* alle *new properties* (Itinerario, con avvertenze, tra i discorsi giuridici occidentali), in V. SCALISI (a cura di) Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia: convegno di studio in onore del prof. Angelo Falzea, Messina 4-7 giugno 2002, Milano, 2004

- A. GAMBARO, I beni, in Trattato di diritto civile e commerciale / già diretto DA A. CICU, F. MESSINEO; continuato da L. MENGONI; [poi] già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI ; continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2012
- A. GENTILI, Il diritto come discorso, in G. IUDICA, P. ZATTI, Trattato di diritto privato, Milano, 2013
- M. GRAZIADEI, Diritto soggettivo, potere, interesse in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNERI, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. SACCO in Il diritto soggettivo in Trattato di diritto civile diretto da R. SACCO, Torino, 2001
- A. GREGORY, H. DAGAN, Properties of Property, Aspen, 2012
- A. GREGORY, E. PENALVER, An introduction to property theory, Cambridge University Press, 2012
- P. GROSSI, Un altro modo di possedere, Milano, 1977
- M. S. GIANNINI, I beni pubblici, Roma, 1963
- F. LUCARELLI, Politica della casa e legislazione urbanistica, Napoli, 1979
- F. MACARIO, Art. 832. Contenuto del diritto in A. JANNARIELLI, F. MACARIO, Commentario del codice civile. Della proprietà, Milano, 2012
- C. B. MACPHERSON, The political theory of possessive Individualism - Hobbes to Locke, Londra, 1962
- C. B. MACPHERSON, Property. Mainstream and Critical Positions, Oxford, 1978
- P. MADDALENA, Danno pubblico ambientale, Rimini, 1990
- M.R. MARELLA (a cura di), Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni, Verona, 2012
- G. MARINI, *Delitti contro il patrimonio*, Torino, 1999
- U. MATTEI, La proprietà in R. SACCO (a cura di), Trattato di diritto civile, Torino, 2001
- U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile, Accademia dei Lincei, Roma, 2010
- U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica, Bologna, 2007.
- U. MATTEI, Beni Comuni. Un Manifesto, Roma – Bari, 2011

- U. MATTEI, *Controriforme*, Torino, 2013
- P.G. MONATERI, *La responsabilità civile – Le fonti delle obbligazioni* in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino 1998
- A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006
- E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Marsilio, Venezia, 2006
- G. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. RESCIGNO, vol. VII, Torino, 1982
- E. PENALVER, S. KATYAL, *Property Outlaws: How Squatters, Pirates, and Protesters Improve the Law of Ownership*, 2010
- L. PENNACCHI, *Filosofia dei beni comuni, Crisi e Primato della Sfera pubblica*, Roma, 2012
- P. PERLINGIERI, M. MARINARO, *Commento alla Costituzione Italiana. Art. 43*, Napoli, 2001
- S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in ID. *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954
- G. RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà: profili strutturali e funzionali nella vicenda dell'occupazione acquisitiva*, Torino, 2013
- M. RENNA, *Le prospettive di riforma delle norme del codice civile sui beni pubblici*, in G. COLOMBINI (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2009
- P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma, 1991
- S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma Bari, 2013
- S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e i beni comuni*, Bologna, III ed., 2013
- G. RICOVERI, *Beni comuni contro merci*, Milano, 2010
- G. RUFFOLO, *Il capitalismo ha i secoli contati*, Torino, 2008
- A. RYAN, *Property*, University of Minnesota Press, 1987
- R. SACCO – R. CATERINA, *Il possesso*, Milano, 2000
- R. SACCO, *L'abuso del diritto*, in G. ALPA-M. GRAZIADEI-A. GUERRIERI-U. MATTEI-P.G. MONATERI-R. SACCO, *Il diritto soggettivo*, Torino, 2001

C. SALVI, Il contenuto della proprietà in P. SCHLESINGER (diretto da), Il Codice Civile – Commentario, Milano, 1994

S. SETTIS, Azione popolare, Torino, 2012

D. SORACE, A proposito di proprietà dell'abitazione in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale, vol. III, Milano, 1977

P. THIELBORGER, The right(s) to water. The Multi – level governance of a unique human right, Springer, 2014

P. TRIMARCHI, Rischi e responsabilità oggettiva, Milano, 1961

M. TRIMARCHI, I beni e le proprietà, in A. TIZZANO (a cura di), Il diritto privato dell'Unione Europea, I, in Trattato di diritto privato diretto da M. BESSONE, XXVI, Torino, 2000

M. TRIMARCHI, La proprietà nella costituzione europea, in G. IUDICA, G. ALPA (a cura di), Costituzione europea e interpretazione della Costituzione italiana, Napoli, 2006

F. VALGUARNERA, Accesso alla natura tra ideologia e diritto, Torino, 2010

Voci Enciclopediche

R. ALBANO, voce Immissioni (diritto civile), in Novissimo Digesto Italiano., vol. VIII, Torino, 1962, p. 187 ss.

G. ARMANI, Invasione di terreni o edifici in Novissimo Digesto Italiano, vol. VIII, Torino, 1962, p. 10006 ss.

S. CATTANEO, Comunità di lavoratori e di utenti (diritto costituzionale), in Enciclopedia del diritto, Milano, 1961, vol. VIII, p. 347 ss.

V. CERULLI IRELLI, voce Servitù (diritto pubblico), in Enciclopedia del diritto, vol. XLII, Milano, 1990, p. 332 ss.

V. CERULLI IRELLI, voce Uso pubblico, in Enciclopedia del diritto, vol. XLV, Milano 1992, p. 953 ss.

M. COSTANTINO, voce Proprietà, II, Profili generali, Diritto Civile, in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XXV, Roma, 1991, p. 11 ss.

L. COSTANZO, voce Occupazione, in Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XXI, Roma, 1990

G. DEJANA, voce Abbandono (Derelictio), in Enciclopedia del Diritto, I, Milano, 1958, p. 9 ss.

U. MATTEI, voce Immissioni in Digesto Civile, vol. IX, Torino, 1993, p. 311 ss.

U. MATTEI, voce Proprietà (nuove forme di), in Enciclopedia del diritto, Annali V, Milano, 2011, p. 1117 ss.

R. VENDITTI, Invasione di terreni o edifici in Enciclopedia del Diritto, vol. XXII, Milano, 1972, p. 625 ss.