

OBIETTIVO 2. BENI COMUNI

Dai beni comuni all'uso pubblico e ritorno. Itinerari di giurisprudenza e strumenti di tutela

di *Rocco Alessio Albanese*

Questo scritto ha due obiettivi. In primo luogo si riassumerà sommariamente la sensibilità che la giurisprudenza civile italiana ha mostrato verso le situazioni collettive di appartenenza. Una attenzione carsica ma costante, quella dei giudici, che culmina nella cd. giurisprudenza di San Valentino, con cui le Sezioni Unite della Cassazione accolsero nel 2011 la nozione di “beni comuni” nel diritto vivente italiano; ma che prende le mosse da pronunce relative ai diritti d'uso pubblico di poco successive all'unificazione.

In secondo luogo, detto itinerario giurisprudenziale consentirà di mostrare che l'omologia tra cose in uso pubblico e *commons* è stata offuscata dal crescente ruolo teorico della tecnica proprietaria. Al fine di suggerire l'opportunità di rivisitare l'organizzazione tassonomica del diritto italiano dei beni si adatterà allora la prospettiva rimediale, ossia un punto di vista particolarmente affine alla posizione degli operatori pratici del diritto e dei giudici.

1. Dai beni comuni all'uso pubblico: una costante sensibilità giurisprudenziale

Una sommaria ricostruzione delle linee evolutive della giurisprudenza italiana in materia di beni comuni è operazione culturale complessa ma entusiasmante.

Ai “beni comuni”, infatti, fa esplicito riferimento solo una, sia pur significativa, vicenda giurisprudenziale. Trattasi, naturalmente, delle sentenze gemelle, cosiddette di San Valentino, grazie alle quali la nozione di beni comuni – nella ormai celebre definizione data dalla *Commissione Rodotà*¹ – è oggi parte del diritto vivente italiano. Utilizzando la tecnica dell'*obiter dictum* e così operando un “ampliamento di mo-

tivazione” rispetto ai giudizi d'appello ad esse rimessi, con questa giurisprudenza le Sezioni Unite civili della Cassazione qualificarono le valli da pesca della laguna di Venezia come beni comuni². A ben vedere, già con le decisioni impugnate la Corte d'appello veneziana aveva rigettato domande di accertamento della proprietà proposte da privati in merito a diverse valli che erano state a lungo possedute dai ricorrenti complice l'inerzia dei pubblici poteri. Ma la Cassazione aveva mostrato di ritenere insufficienti le motivazioni di appello, del resto opinabili sotto due profili: il richiamo apodittico a una “natura delle cose” che una volta aderente alle previsioni legislative sarebbe stata, secondo una datata concezione normativista del sillogismo giuridico, necessaria premessa della demanialità; una

1. Sono beni comuni «le cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona». Circa la commissione ministeriale che, presieduta da Stefano Rodotà, studiò proposte di riforma del diritto dei beni pubblici, v. U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *I beni pubblici. Dal governo democratico dell'economia alla riforma del codice civile*, Roma, 2010.

2. Si può richiamare la sentenza n. 3665, al cui riguardo v. E. Pellicchia, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro It.*, 2012, I, pp. 564 ss.. È però da rammentare la contraria sentenza resa dalla Seconda sezione della Corte Edu il 23 settembre 2014. Per un commento della decisione, v. T. Greco - M. Greco, *Valli da pesca, demanialità marittima ed espérance légitime del privato nella giurisprudenza Cedu*, in *Danno e responsabilità*, 2/2015, pp. 134 ss.. V. anche C. Angiolini, *L'interpretazione estensiva dell'art. 1, prot. 1, Cedu: fra tutele proprietarie e beni comuni*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2/2016, pp. 328-336.

certa confusione, nella ricostruzione dello statuto dei beni, tra il profilo degli assetti proprietari e il differente problema degli aspetti funzionali.

Così, le argomentazioni delle Sezioni Unite circa la “demanialità” delle valli da pesca avevano seguito due binari: la diretta applicazione di norme costituzionali (*in primis* gli articoli 2, 9, 42) che venivano collocate in un sistema pluralistico di fonti; un recupero della nozione di Stato-collettività, opposta e “preferita” a una troppo pervasiva visione dello Stato come mero apparato/persona giuridica³. L’esito del percorso ermeneutico è ormai celebre: «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».

La giurisprudenza di San Valentino, innestandosi come ha fatto in un diritto codicistico dei beni pubblici che sarebbe eufemistico definire insoddisfacente⁴, è risultata uno spartiacque in grado di suscitare reazioni vivide⁵. A risaltare particolarmente sono due profili nodali, quali la dialettica tra tutela e titolarità e la parallela tensione tra soggetto e oggetto: seguendo questi spunti di riflessione è possibile contestualizzare l’approdo delle Sezioni Unite nel 2011 e restituire spessore storico a un discorso sui beni comuni attento al diritto vivente. In tal senso il diritto antecedente delle sentenze sui beni comuni può individuarsi nel ricco filone giurisprudenziale relativo alle situazioni giuridiche collettive, e in particolare ai diritti d’uso pubblico. Non è certo questa la sede per ripetere indagini autorevolmente svolte in dottrina⁶. Sarà pertanto sufficiente e necessario soffermarsi su poche tappe, utili a discutere i punti teorici sopra evidenziati e rappresentative di un itinerario lungo e complesso.

Per semplicità di esposizione, conviene isolare tre fasi: un primo periodo dall’entrata in vigore del codice del 1865 sino agli anni ‘30 del Novecento; una seconda fase di transizione, tra gli anni ‘40 e i ‘60 del secolo scorso; un terzo e ultimo periodo, cominciato negli anni ‘70 per giungere sostanzialmente sino ai giorni nostri.

2. Il primo periodo

Gli anni a cavallo dei secoli XIX e XX sono fondamentali per la definizione di un diritto giurisprudenziale in materia di uso pubblico. Furono infatti le Corti a sopperire, con attenta attività ermeneutica, a un dato positivo senz’altro insufficiente. Vero e proprio *leading case*, in proposito, è la celebre sentenza resa nel 1887 dalla Cassazione romana con riguardo a Villa Borghese. Combinando diversi dati testuali, desunti dal codice civile del 1865 e dalla legislazione speciale, con la pronuncia la Corte giudicante cominciò a delineare la ricostruzione dei diritti d’uso pubblico. In questo istituto si scorgevano situazioni giuridiche collettive *sui generis* e di natura reale, aventi ad oggetto utilità che non è scorretto definire paesaggistiche, fornite dalla Villa e ricondotte ad un interesse soggettivo riassunto nella fortunata formula “*jus deambulandi*”. Titolari di questi diritti erano non le autorità pubbliche, individualizzate nella persona giuridica dell’ente, ma i singoli componenti della comunità costituente il popolo romano. Oltre al profilo soggettivo appena menzionato, su cui si tornerà, tra gli snodi argomentativi della sentenza tre passaggi meritano attenzione: la decisione di tutelare non tanto l’ambito delle necessità di sopravvivenza, bensì «tra i bisogni di un popolo, specialmente civile, lo spaziare in un luogo ameno»⁷; l’estensione ai diritti d’uso pubblico della tutela possessoria dallo spoglio, elemento centrale, questo, che verrà ripreso in seguito; la consapevolezza di avere a che fare con una ca-

3. All’idea di Stato-collettività si fa corrispondere una impostazione sostanzialistica e funzionale, contrapposta ad una ricostruzione dello Stato-persona ritenuta formalistica e schiacciata su una nozione astratta di titolarità. Eppure, tale *divisio* era stata autorevolmente ritenuta portatrice di contraddizioni strutturali: v. G. Berti, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 11/12 (1982-1983), *Itinerari moderni della persona giuridica*, II, Accademia Nazionale dei Lincei, pp. 1001-1033.

4. Già in tal senso v. M.S. Giannini, *I beni pubblici*, Bulzoni, Roma, 1963, p. 52.

5. Contrario a un orientamento reputato ultroneo e fuori luogo C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 188. Di segno opposto le aperture di N. Lipari, *Le categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 132.

6. È d’obbligo, a riguardo, il rinvio a A. Di Porto, *Res in usu publico e “beni comuni”. Il nodo della tutela*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 43-73. V. anche P. Colombo, *I diritti di uso pubblico. Struttura e funzione*, Giuffrè, Milano, 1991.

7. Al netto del riferimento ai “popoli civili”, si riconosceva con questa sentenza il fatto che utilità di “mero diletto” potessero porsi alla base di situazioni giuridiche di uso pubblico. Si superava così ogni limitazione derivante dalla presunta, necessaria implicazione tra uso pubblico e necessità.

tegoria esuberante rispetto alla tradizione romanistica, tanto da osservare che «è fatto nuovo, rispetto al diritto classico, l'uso pubblico che si sovrappone alla privata proprietà (...). Questo spezzare il dominio in quote ideali non solo, ma in varie categorie di diritti per quante fossero le utilità di un fondo (...)».

Sul solco segnato dalla Cassazione romana si sviluppò un filone giurisprudenziale che a cavallo dei due secoli doveva risultare fiorente per una semplice ragione: in un Paese che aveva da poco raggiunto i traguardi dell'unificazione e della codificazione molti erano i nodi che, venendo al pettine, erano sottoposti ai giudici con riguardo alle situazioni collettive di appartenenza⁸. Un importante passaggio, ad esempio, è da individuarsi in una decisione del 1917 con cui la Cassazione romana, a Sezioni Unite, portò a maturazione gli spunti presenti nella giurisprudenza di trent'anni prima⁹. Di grande rilievo sono i tre principali contributi di questa sentenza: anzitutto, la natura *sui generis* dei diritti d'uso pubblico è riferita alla comunità utente – i cui *singuli* componenti sono i titolari dei diritti d'uso – e non alle persone giuridiche pubbliche; di conseguenza la figura dell'uso pubblico è emancipata dall'ambito teorico delle servitù, tanto reali quanto personali, per essere ricondotta «in gran parte al diritto pubblico»¹⁰; infine, è affermato che «i diritti d'uso pubblico spettanti agli abitanti di un Comune non sono disciplinati dal codice civile, ma trovano il loro regolamento negli usi osservati come diritto pubblico, che l'art. 2 cod. civ. riconosce esser fonte di diritto (...)».

Compimento di questa sedimentazione sono le pronunce che, nei primi anni '30, affrontarono il cruciale problema delle modalità di tutela dei diritti d'uso pubblico. Tale elaborazione giurisprudenziale è davvero degna di nota, poiché testimonia della centralità del ruolo del giudice/interprete e della complessità

dell'esperienza giuridica¹¹. Una testimonianza tanto più preziosa, in quanto formatasi al culmine del Ventennio e in un clima culturale che celebrava l'operoso individualismo piccolo-borghese per fagocitarlo in una ideologia organicista, legalistica e statalista.

Negli anni '30 la giurisprudenza, trattando dei diritti d'uso pubblico, delinea una ricostruzione "originale" delle relazioni giuridiche tra interessi soggettivi e utilità dei beni; tra proprietà privata e altre situazioni reali; tra singolo, comunità e autorità pubblica. In una sentenza del 1931 la Cassazione può perfino ritenere «*ius receptum*» l'orientamento sopra descritto¹². E nel 1934 la Suprema corte rigetta con forza le teoriche stataliste per qualificare *ante litteram* come diffusa la legittimazione alla tutela giudiziale dell'uso pubblico: «(...) deve riconoscersi che ciascun partecipante, per tale sua qualità, in quanto spetta al suo interesse, abbia diritto ed azione per la tutela del suo diritto civico individuale sia in via possessoria che petitoria, se si ritenga danneggiato dalla illegittima perturbazione dell'uso pubblico»¹³.

3. Il dibattito a partire dagli anni '40. La cesura degli anni '70: il caso della "comunità cristiana di S. Rocco"

A fine anni '30, dunque, poteva dirsi assestata la ricostruzione giurisprudenziale dei diritti d'uso pubblico. La loro peculiarità poteva essere osservata, in particolare, dal punto di vista rimediabile, con la distinzione tra le azioni a tutela dell'uso pubblico e il modello della azione popolare: possibile, questa e non le prime, solo se autorizzata poiché ritenuta una sostituzione processuale, posta in essere dal singolo con riguardo a un interesse esclusivamente in capo alla persona pubblica¹⁴.

8. V. il classico P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano, 1977.

9. V. *Foro It.*, 1917, Parte Prima, pp. 751 ss.

10. La confusione circa la categoria delle servitù, reali ovvero personali, è comprensibile: infatti, nell'*ancien régime* il pluralismo delle forme di appartenenza aveva portato sia a ritenere servitù personali l'usufrutto e i diritti affini, sia all'emersione di svariate figure di servitù irregolari. Sotto altro profilo, il richiamo al diritto pubblico deve ritenersi il passaggio argomentativo che abilitava l'interprete a svincolare i diritti d'uso pubblico dalle strettoie di un diritto privato che, nella codificazione, aveva adottato quali cardini il numero chiuso e la tipicità legale dei diritti reali.

11. Non è certo casuale che al rapporto tra "il giudice e la legge" sia dedicato l'importante fascicolo n. 4/2016 di questa *Rivista*, www.questionegiustizia.it/rivista/2016-4.php. Sul tema v., da ultimo, N. Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano, 2017.

12. V. Cass. del Regno, sez. II civ., ud. 24 aprile 1931, in *Giurisprudenza It.*, 1931, I, p. 1295.

13. V. Cass. del Regno, sez. II civ., 4 luglio 1934, in *Giurisprudenza It.*, 1934, Parte Prima, I, pp. 1228-1229. La pronuncia precisa anche la differenza tra tutela giurisdizionale dell'uso pubblico e azione popolare.

14. V., a commento di Cass. del Regno, sez. II, n. 2463 del 1939, R. Resta, *Gli usi pubblici e la loro tutela giurisdizionale*, in *Il diritto dei beni pubblici*, 1940, p. 288.

La seconda fase dell'itinerario sopra individuato è caratterizzata invece, nel periodo dagli anni '40 alla fine degli anni '60, da due profili di transizione: da un lato, l'avvento del nuovo codice civile fu occasione per i primi mutamenti negli orientamenti giurisprudenziali; dall'altro lato, la dottrina cominciò a manifestare un disagio sempre più esplicito nei confronti di un certo diritto vivente, ponendo le basi per l'affermazione di una diversa sensibilità teorica. Val la pena, in proposito, di menzionare due pronunce esemplari della Suprema Corte: la sentenza n. 33 del 1949; la decisione n. 718 del 1964¹⁵.

Con il primo arresto la Cassazione sembrava dimenticare la differenza tra ambito delle servitù e situazioni d'uso pubblico, pur rilevando che «(...) esse sfuggono evidentemente, per la loro stessa natura, ad ogni classificazione, secondo gli schemi fissi del codice civile (...)». Tale confusione terminologica e categoriale era rafforzata da due elementi: l'impiego – in luogo dell'art. 11, erede dell'art. 2 cc 1865 – dell'art. 825 del codice del 1942, quale riferimento positivo per la disciplina dei diritti d'uso pubblico; la connessa valorizzazione della «volontà della pubblica Amministrazione, titolare del diritto», ai fini della sdemanializzazione di beni interessati da uso pubblico. Ne risultava un quadro ben più contraddittorio di quanto non fosse solo dieci anni prima. E infatti autorevole dottrina poteva puntualmente osservare, circa la dialettica tra visioni “comunitarie” e “stataliste” dell'uso pubblico, che «un esempio tipico dell'oscillazione fra i due opposti poli si ha nella sentenza annotata»¹⁶.

A fronte di tale oscillazione, con la seconda delle sentenze richiamate il Supremo collegio dimostrava come la concezione “tradizionale” restasse prevalente. In particolare la pronuncia in commento riconduceva – «secondo la costante giurisprudenza» – le cosiddette servitù d'uso pubblico alla titolarità di comunità, i cui profili essenziali erano l'informalità e l'assenza di personificazione nell'ente pubblico. In proposito, ruolo centrale era assunto dai riferimenti alla sfera di bisogni e necessità collettive: «ed è evi-

dente che, nel quadro necessariamente vario e complesso di tali finalità e del loro atteggiarsi in relazione alla configurazione dei luoghi, non possano valere criteri di giudizio meramente quantitativi (...)». Non è casuale che simili accenti fossero accolti in maniera tiepida dalla dottrina, che proprio puntando sull'art. 825 cc individuava nelle persone pubbliche – e non nei componenti delle comunità – gli unici titolari dei diritti d'uso pubblico: salvo accordare anche al singolo utente la legittimazione attiva per la tutela di quello che era qualificato solo come «il proprio diritto di libertà»¹⁷.

Come si è segnalato i semi piantati dalla dottrina, specie pubblicistica, dovevano dare i propri frutti nel periodo, il cui inizio può convenzionalmente fissarsi negli anni '70. Ad avviso di chi scrive, infatti, è in questa terza fase – e non prima, come pur ipotizzato – che anche sul terreno giurisprudenziale si registrano maggiori chiusure verso le “vecchie” ricostruzioni dei diritti d'uso pubblico¹⁸.

È sufficiente evocare una sola vicenda per asseverare quanto rilevato: ci si riferisce al noto caso della “comunità cristiana di S. Rocco” della cittadina calabrese di Gioiosa Jonica¹⁹. In particolare tra il 1973 e il 1975 si sviluppava attorno a una parrocchia un movimento religioso “di base” che, dopo aver affisso al frontone dell'edificio la scritta «la Chiesa è del Popolo», dava vita a una esperienza di autogestione. Il sacerdote preposto alla parrocchia litigiosa manifestava – così nella sentenza del 5 aprile 1976 del Tribunale di Locri – «(...) aperta adesione a movimenti in contrasto con la dottrina della Chiesa cattolica, partecipando in misura sempre maggiore alle attività di essi». La rimozione ad opera delle gerarchie ecclesiastiche non tardava ad arrivare. Tuttavia, non potendo rientrare “in possesso” del beneficio parrocchiale, il vescovo di Gerace avviava una causa sostenendo: che la rimozione del sacerdote avesse comportato la cessazione della detenzione qualificata prima in capo allo stesso; che tale vicenda estintiva avesse fatto sorgere un'obbligazione restitutiva rimasta inadempita nei confronti della diocesi. Nella causa principale gli organi

15. Quanto a Cass., sez II, n. 33 del 1949, v. *Foro It.*, 1949, Parte Prima, pp. 579 ss., con nota di G. Pugliese, *Questioni sull'acquisto e l'estinzione delle servitù di uso pubblico*. Quanto a Cass., sez. II, n. 718 del 1964, v. *Giurisprudenza It.*, 1965, Parte Prima, I, pp. 88 ss., con nota di L. Orusa, *Riflessioni in materia di diritti di uso pubblico*.

16. G. Pugliese, *Questioni*, cit., p. 584.

17. L. Orusa, *Riflessioni*, cit., p. 93.

18. Il mutamento di sensibilità è collocato negli anni '40 e '50 da A. Di Porto, *Res*, cit., pp. 65 ss.

19. Le decisioni giudiziarie sul caso presentato nel testo sono facilmente reperibili, proprio per l'interesse che la vicenda aveva suscitato. V. *Il Foro It.*, 1979, I, pp. 506 ss. e pp. 2758 ss.; nonché, per la sentenza di Cassazione, *Il Foro It.*, 1982, I, pp. 1038 ss. V. anche M. Liotta, *Violazione ex art. 1170 cc della libertà religiosa a causa della richiesta di rilascio di chiesa aperta al culto?*, in *Dir. Fam. Pers.*, 1980, pp. 1187-1197.

giudicanti davano ragione alla diocesi, condannando il già parroco al rilascio della parrocchia.

Sennonché al tentativo di esecuzione forzata per consegna e rilascio dovevano reagire i componenti della “comunità di San Rocco”. Questi davano corso a diverse azioni “collaterali”, tra le quali risultava inaspettatamente vittoriosa quella possessoria proposta ai sensi dell’art. 1170 cc dinanzi al pretore di Gioiosa Jonica. In particolare, secondo la sentenza del 24 agosto 1979 «il possesso (continuo e ininterrotto, acquistato in buona fede da oltre un anno) da parte di una comunità di fedeli, corrispondente alla servitù di uso pubblico consistente nel diritto di assistere e partecipare alle pratiche di culto che si svolgono in una chiesa, è tutelabile tramite azione di manutenzione contro la turbativa concretata dalla notificazione di un avviso di rilascio della chiesa, eseguita su istanza del vescovo al parroco da lui revocato, sulla base di una sentenza non pronunciata in contraddittorio dei fedeli».

La decisione del pretore veniva ribaltata dalla sentenza della Suprema corte che, all’inizio del 1982, rappresentò l’ultimo atto della storia della “comunità di San Rocco”. La Cassazione reputava dirimente che le chiavi degli armadi, gli arredi sacri e i registri di contabilità fossero rimasti a disposizione, ossia “nel possesso”, del parroco rimosso. Questo accertamento consentiva alla Corte di rigettare i motivi di ricorso proposti dai componenti della comunità ma anche, di riflesso, di ribadire la legittimazione passiva del sacerdote. È tuttavia da rilevare come nel giudizio principale quest’ultimo avesse appunto eccepito il difetto di legittimazione passiva, ritenendo di aver abbandonato i beni in propria detenzione per partecipare al movimento religioso.

Proprio l’asserito abbandono del sacerdote risultava il “motore” della vicenda processuale riportata. Tale atto, facendo venire meno la detenzione del parroco e quindi il rapporto bilaterale tra questi e la diocesi proprietaria, doveva consentire di porre il problema giuridico più articolato dell’interferenza delle posizioni della comunità dei fedeli e del sacerdote rimosso con le ragioni della proprietà. In altri termini, sarebbe risultato – così, ancora, la sentenza del Tribunale citata – «(...) notorio che la comunità già da prima si riuniva nel tempio di San Rocco del quale era pertanto divenuta detentrica. (...) si dovrebbe pervenire alla conclusione che la legittimazione passiva spettava alla comunità, la quale non è certamente dotata di personalità giuridica e non può essere considerata

come associazione non riconosciuta o come comitato, ai sensi rispettivamente degli art. 36 e 39 cod. civile».

Insomma, il nodo della vicenda dell’esperienza “eretica” di Gioiosa Jonica va individuato nella fisionomia della posizione giuridica ravvisabile in capo ai singoli in quanto componenti della comunità. A fronte della complessità della questione, l’impiego della locuzione “servitù di uso pubblico” è senz’altro poco perspicuo²⁰. D’altra parte le argomentazioni del pretore, valorizzando una lettura congiunta dell’art. 831 comma 2 cc e dell’art. 19 Cost., fornirono dell’uso pubblico una ricostruzione convincente poiché caratterizzata: dalla configurazione reale *sui generis*; dal rilievo conferito al momento dell’uso; dalla riconduzione di posizione soggettiva e legittimazione attiva alla tutela ai *singuli* quali componenti della comunità non entificata.

Un simile approccio ricostruttivo – erede dell’itinerario culturale descritto – fu disconosciuto dagli organi giudicanti del giudizio principale e dalla pronuncia con cui la Cassazione chiuse nel 1982 il parallelo rito possessorio. I primi premiarono *in toto* le ragioni della diocesi proprietaria e relegarono nella giuridica irrilevanza la posizione della “comunità di San Rocco”, additandola come «una associazione di mero fatto, specie se riguardata sotto il profilo dei rapporti con le cose appartenenti al beneficio parrocchiale (...)». Nella sentenza della seconda, invece, può cogliersi l’eco di precomprensioni di matrice individualistica. Nello specifico la Suprema corte “aggirava” le questioni poste dal pretore adottando una *distinctio*, e riqualificando la situazione della comunità da possesso di servitù di uso pubblico a possesso pieno della parrocchia: neppure così, però, poteva negarsi che «questo possesso pieno è correlato dai ricorrenti ad un diverso modo di intendere la posizione della comunità parrocchiale rispetto all’edificio e a un diverso modo di strutturare la partecipazione della comunità stessa alle pratiche di culto»²¹.

4. La cattura cognitiva dell’uso pubblico. Cose di cui non si può acquistare la proprietà. Il “possesso dell’uso”

La vicenda narrata è gravida di implicazioni, rilevate da quella dottrina secondo cui «la singolare commistione tra lo schema del passato (il possesso della

20. V. *retro*, nt. 10.

21. Nella specie, quindi, la Suprema corte negava l’effettiva sussistenza del possesso pieno della parrocchia in capo ai ricorrenti, considerando invece provata la persistenza del possesso presso il parroco revocato.

servitù pubblica) e l'utopia comunitaria del futuro è tanto palese da sembrare persino stridente. Eppure sarebbe arbitrario eludere la sostanza dei problemi con l'unico argomento che gli stessi non trovano risposta nel quadro del giudizio possessorio»²².

In effetti il disconoscimento delle istanze della comunità, che aveva una relazione d'uso pubblico con la parrocchia, può ritenersi un indice dell'affermazione delle ricostruzioni individualistiche e statalistiche dei diritti d'uso pubblico. Protagonista del ribaltamento di prospettiva, tanto importante da potersi definire una "cattura cognitiva", fu senz'altro la dottrina pubblicistica, operando su due fronti principali. Da un lato emergevano argomenti atti a "strumentalizzare" la confusione dovuta al lemma «servitù»: «quando si ammette che il diritto di servitù spetta all'ente, non si può nello stesso tempo riconoscere a favore dei singoli un diritto per sé stante, individuale, che limiti quello dell'ente, e perciò di natura reale (...), poiché in tale modo si verrebbe ad urtare la regola *nemini res sua servit*»²³. Dall'altro lato il problema dell'imputazione soggettiva doveva costituire uno spartiacque teorico. Infatti l'interpretazione formalista dell'art. 825 cc – ritenuto il riferimento per i diritti d'uso pubblico nel codice – fu occasione per mutare la prospettiva ricostruttiva in materia, transitando da una dimensione comunitaria riferita al momento dell'uso ad un approccio individualistico attento soltanto alla "persona" del titolare e, in ultima analisi, alla "logica proprietaria"²⁴.

All'esito di questo processo, la rilevanza della posizione soggettiva dei singoli, utenti e componenti delle comunità non entificate, era marginale tanto con riguardo all'uso pubblico di beni in proprietà

privata, quanto in ordine all'uso pubblico di beni in proprietà pubblica²⁵. Il nuovo assetto teorico e istituzionale doveva risaltare, ad esempio, nei richiami – vero *leitmotiv* della dottrina pubblicistica italiana – alla nozione di duplice appartenenza²⁶. Ma a rilievi non differenti si presta pure la giurisprudenza, anche recente, che ha riguardato l'art. 825 cc. Ben inteso, non mancano pronunce ispirate ai più aperti orientamenti tradizionali: è il caso di Cassazione, sez. II, 19 settembre 1995, n. 9903; ovvero di Cassazione, sez. II, 10 gennaio 2011, n. 333²⁷.

Tuttavia la sensibilità maggioritaria sembra sintetizzata in un giudizio di merito, per cui «è appena il caso di rammentare che le servitù di uso pubblico sono diritti reali di godimento – spettanti ad Enti pubblici – costituiti su beni immobili di proprietà privata a vantaggio di una collettività ivi insediata per il conseguimento di fini di pubblico interesse coincidenti con quelli derivanti dai beni demaniali»²⁸. E non è certo secondario che perfino la giurisprudenza di San Valentino, da cui si sono prese le mosse, abbia operato richiami all'art. 825 cc che appaiono fugaci e nel complesso apodittici.

Allora ritornare al problema dei beni comuni, dopo aver sommariamente percorso il lungo itinerario della giurisprudenza in materia di uso pubblico, significa chiedersi cosa significhi porsi «al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico», nonché prendere sul serio i profili giuridici attinenti alla tutela. In altri termini, ad avviso di chi scrive sono oggi maturi i tempi per appianare il "solco", che tra *res in usu publico* e *res communes* è stato scavato dalla modernità giuridica per il tramite di tecnica e linguaggio proprietari.

22. Così, con il consueto acume, U. Breccia, *Possesso e denunce nel quadro della tutela civile dei diritti*, in *Giurisprudenza It.*, 1989 - parte IV, p. 184.

23. L. Orusa, *Riflessioni*, cit., pp. 93-94.

24. Per una analisi più approfondita su questo punto, davvero centrale, sia consentito il rinvio a R.A. Albanese, *L'uso pubblico e il diritto privato. Una relazione da ripensare*, in U. Mattei, A. Candian, B. Pozzo, A. Monti, C. Marchetti (a cura di), *Un giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, Milano, 2017, pp. 531-548 (in corso di pubblicazione).

25. V. A.M. Sandulli, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, V, 1959. Per una significativa evoluzione di sensibilità v. V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; Id., *Uso pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano, 1992.

26. Duplice è l'appartenenza riferibile "sostanzialmente" alla collettività, nonché all'ente pubblico a titolo "formale e di gestione". Ma in tale contesto ad essere in concreto decisiva – circa le utilità generabili con l'uso dei beni – è la volontà autoritativa delle persone pubbliche. A riguardo, è qui sufficiente osservare come questa teoria possa condurre a esiti compatibili con impostazioni critiche nei confronti dei beni comuni: v. N. Irti, *L'acqua tra beni comuni e concessioni (o la pluralità delle "appartenenze")*, in *Diritto e Società*, 3/2013, pp. 381-390.

27. Valorizza la sentenza del 2011 A. Di Porto, *Res*, cit., pp. 69-71. Per un commento della sentenza del 1995 v. F. Caggia, *Giurisprudenza It.*, 1996, Parte Prima, I, p. 1095.

28. Così Trib. Monza, sez. II, 21 novembre 2007. In termini, soprattutto con riguardo al pubblico passaggio su strade private, Cass., sez. II, 10 ottobre 2007, n. 21245; Cass., sez. II, 3 agosto 2007, n. 17037; Cass., sez. II, 14 dicembre 2005, n. 27567; Cass., sez. II, 12 novembre 1996, n. 9891.

Tale innovazione di paradigma si muove su due livelli. Sul piano storico, occorre rammentare che queste due categorie di beni sono specie del più ampio *genus* costituito dalle *res extra commercium*²⁹. Dal punto di vista teorico-generale, è necessario: superare il mito dell'illimitatezza delle *res communes*, che aveva supportato l'esclusione di esse dal novero dei "beni"; emancipare la nozione di bene dal ruolo della proprietà quale referente logico primario in grado di ordinare le relazioni tra interessi dei soggetti e utilità delle cose³⁰.

La *divisio* su cui il giurista è chiamato a concentrare una rinnovata attenzione corre, quindi, tra cose in commercio e cose fuori commercio. Né appare sufficiente rilevare che «[L]a distinzione tra *res in commercio* e *res extra commercium* è tradizionale, ma ormai ha perduto importanza»³¹. Al contrario, emancipare la teoria dei beni da un riferimento *a priori* a proprietà e mercato³² significa da un lato restituire centralità alla categoria di uso, dall'altro lato ricercare sofisticati strumenti giuridici per governare la fruizione di utilità e la tutela dei beni che queste utilità offrano. Risultano illuminanti, allora, gli insegnamenti che sottolineano la costitutiva «mobilità del diritto», nonché la determinante influenza dei rimedi sul regime giuridico delle cose – dunque sul corrispettivo riconoscimento di interessi soggettivi – e persino sulla possibilità di quantificare il valore delle stesse³³.

In termini più espliciti, occorre riconoscere che rischia di non cogliere nel segno la pur significativa previsione della cd *Commissione Rodotà*, a mente della quale (art. 1 comma 3 lett. c della proposta di articolato) «Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio». Nonostante l'impiego del meno stringente lemma "titolarità", infatti, questa conclusione – non fosse altro per effetto dei limiti della delega ministeriale ricevuta – pare

ancora legata al riferimento al medio della proprietà. Eppure, ribaltando la prospettiva, può scoprirsi che diventano fuori commercio, a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto cui sia imputata la proprietà, i beni per i quali giuridicamente prioritario sia non il dominio, bensì l'uso pubblico di certe utilità. Lungi dalla pertinenza di qualsiasi richiamo all'ambito delle servitù, è la legittimazione diffusa alla tutela di tale uso pubblico il meccanismo giuridico che tende a impedire – perché poco o niente lucrativa – la formazione di un ordinario mercato di diritti esclusivi sul bene, a riguardo del quale diventa dunque impossibile configurare un prezzo.

Per tale ragione il valore delle *res in usu publico* è inestimabile. E per la medesima ragione la tradizione, influenzata dalla priorità categoriale della proprietà, doveva coniare la fuorviante espressione «cose di cui non si può acquistare la proprietà», di cui all'odierno art. 1145 cc. Detta disposizione, rubricata "possesso di cose fuori commercio", priva di effetti il possesso di tali *res* (comma 1) e accorda, nei rapporti tra privati, «l'azione di spoglio rispetto ai beni appartenenti al pubblico demanio e ai beni delle province e dei comuni soggetti al regime proprio del demanio pubblico» (comma 2).

Nella trama codicistica emergono le contraddizioni di cui sopra si è discusso, e infatti l'interpretazione del non felice dettato dell'art. 1145 è stata sempre fonte di incertezze. Tuttavia non sembra casuale la circostanza, riferita dalla Relazione al codice civile, per cui il progetto originario di codice, redatto dalla Commissione reale, impiegasse una locuzione come "*possesso dell'uso*". A tal proposito, all'esito della trattazione svolta non pare peregrino ipotizzare la possibilità di riscoprire la portata del rimedio possessorio ex art. 1145 comma 2 cc. In altri termini, se il possesso "a vocazione proprietaria" non ha effetto, ciò significa che il potere di fatto esclusivo sui beni *extra commercium* è privato di conseguenze poiché

29. V. G. Astuti, *Cosa in senso giuridico. a) Diritto romano e intermedio*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962, pp. 3-5. Ma v. già F. Vassalli, *Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano* (1908), in Id., *Studi giuridici*, II, Milano, 1960, pp. 3-8.

30. V. ex multis S. Pugliatti, *Cosa in senso giuridico. b) Teoria generale*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1962; A. Gambaro, *I beni*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2012; F. Capra, U. Mattei, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, San Sepolcro, 2015.

31. S. Pugliatti, *Cosa*, cit., p. 89.

32. Proprio dall'analisi di questi problemi di fondo muove – nei primi due capitoli – la trattazione di U. Mattei, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Utet, Torino, 2015.

33. V. U. Breccia, *Beni immobili e mobilità del diritto*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2009, pp. 179-207. V., inoltre, il fondamentale Y. Thomas, *Il valore delle cose*, Quodlibet, Macerata, 2015, a cura di M. Spanò. Sui rimedi, v. da ultimo M. Spanò, *Il comune rimedio. Un'apologia minima della tutela*, in A. Quarta, M. Spanò (a cura di), *Beni comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni*, Mimesis, Milano-Udine, 2016, pp. 133-144. Prende ispirazione dal lavoro di Thomas, sia pur muovendosi in altre direzioni, A. Ciervo, *Agire per tutti e per nessuno. Appunti per una teoria processuale dei beni comuni*, nel presente fascicolo di questa *Rivista*, pag. 97.

sanzionato negativamente sul piano sistematico. Ma allora, se l'uso delle cose fuori commercio accettato dall'ordinamento consiste in una relazione inclusiva e non proprietaria tra mondo delle persone e mondo dei beni, è possibile arguire che è data azione contro lo spoglio non a colui che, usando in via esclusiva una *res extra commercium*, sia privato di tale relazione materiale, bensì in prospettiva opposta contro il soggetto che, instaurando sul bene un potere esclusivo,

tolga a chiunque altro – “chiunque” può quindi essere titolare dell'azione – la possibilità di usarne³⁴.

Col che, in conclusione, sembra potersi constatare – persino nell'impianto legalistico del codice italiano del 1942 – l'esistenza di quei rimedi possessori, così spesso impiegati a tutela dei diritti d'uso pubblico, e così promettenti con riguardo ai prossimi sviluppi dell'itinerario che va dai beni comuni all'uso pubblico, dall'uso pubblico ai beni comuni.

34. A queste conclusioni perveniva già G. Branca, *Sulla detenzione rispetto a beni demaniali*, in *Foro it.*, 1958, I, pp. 1148. In giurisprudenza solo nel 2001 v'era un'apertura con la sentenza n. 15289, resa a Sezioni Unite dalla Suprema corte. Ma v., *contra*, Cass., sez. II, 15 giugno 2012, n. 9873.