

Introduzione

*Oberdan Tommaso Scozzafava **

1. Un convegno sugli usi civici? Agli operatori giuridici potrebbe sorgere il sospetto che si sia in presenza di un istituto vieto e di una problematica priva di interesse attuale. Ma basta tenere conto del recente dibattito, che si è sviluppato sui beni comuni, nonché delle soluzioni giurisprudenziali, che ha sollecitato l'istituto in esame, per rendersi conto come un siffatto giudizio sia erroneo. I vari interventi, che sono stati declinati nel corso del convegno, non solo confermano la rilevanza pratica dell'istituto, ma sottolineano anche il rilievo teorico, che esso presenta. In realtà, io credo che la legge n. 1766 del 1927, non solo non abbia risolto i problemi, che si proponeva di risolvere, ma ne ha addirittura creati dei nuovi. E, per le ragioni che esporrò tra poco, credo che la giurisprudenza, in buona sostanza, abbia finito per aggravare le problematiche, connesse all'istituto in esame (penso, ad esempio, a quella giurisprudenza che ritiene che la domanda di affrancazione rispetto agli usi civici, che insistono su beni pubblici, possa essere sempre presentata).

Come si legge esattamente nell'intervento di Domenico Porraro la finalità della legge n. 1766 del 1927 era quella di liberare la «proprietà moderna» da un residuo feudale. Da un residuo feudale – aggiungerei io – che, francamente, non si riesce a capire come possa essere sopravvissuto ad oltre un secolo di legislazione, tesa a depurare la proprietà da altri pesi, che non fossero quelli tipicamente previsti dai codici civili «moderni» (alludo evidentemente ai diritti reali su cosa altrui).

In concreto, la legge in esame non ha consentito l'acquisizione di risultati soddisfacenti, se è vero che essa ha finito per configurare procedimenti alquanto complessi (ne dà atto nel proprio intervento Domenico Porraro), difficilmente attivabili e coltivabili dagli interessati; procedimenti che, poi, hanno finito per dare luogo ad interminabili contenziosi.

Peraltro, lo sviluppo economico che si è registrato negli ultimi cinquant'anni ha profondamente mutato il tessuto economico-sociale dell'intero paese, con la conseguenza che l'istituto in esame è divenuto viepiù marginale ed esso

* Professore ordinario di Diritto civile presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

sembra presentare una rilevanza alquanto circoscritta dal punto di vista geografico.

È stato, peraltro, osservato che difficilmente siffatte situazioni soggettive – sempre che quest'ultima espressione verbale possa esser, utilmente, adoperata rispetto agli usi civici – possono essere abolite, se è vero che esse soddisfano esigenze oggettive, dal momento che, in particolari contesti geografico-sociali, le stesse soddisfano bisogni essenziali della collettività (Pugliatti).

Osserva, esattamente, Luigi Principato che la legge del 1927 n. 1766 ha unificato linguisticamente una serie di istituti giuridici, se è vero che essa «ha dettato uno statuto tendenzialmente unitario ... per una pluralità di fenomeni, ben distinti nella loro storicità».

Ora siffatta evenienza, pur rilevante sotto molteplici aspetti, non sembra presentare conseguenze di rilievo sotto il profilo più propriamente prescrittivo, se è vero che la legge in esame, non si propone la finalità di incidere sulla configurazione o sulla disciplina di tali situazioni soggettive, essendo il suo scopo, esclusivamente, quello di regolare la liquidazione (e, dunque, in buona sostanza l'estinzione) di tali situazioni (Pugliatti; ma anche l'intervento di Antonino Marsacchia). Al riguardo, non è un caso che l'art. 2 della legge n. 1766 del 1927 gravi (a pena di decadenza) i titolari delle situazioni soggettive in esame di farne dichiarazione ai soggetti competenti ¹.

2. Ma quale situazione concreta identifica l'espressione usi civici *sub specie iuris*? Il fatto stesso che in questo caso si utilizzi una espressione linguistica al plurale, lascia chiaramente intendere che essa identifichi situazioni soggettive del tutto eterogenee (visto che il comma 3 dell'art. 2 della legge n. 1766 del 1927, include, addirittura, tra gli usi civici, sia pure quando appartengono ai Comuni su beni privati, «i diritti di vendere erbe, stabilire i prezzi dei prodotti, far pagare tasse per il pascolo ed altri simili»).

¹ Nei vari interventi si osserva che, di fatto, la giurisprudenza (cfr. Cass., 16 marzo 2007, n. 6165) ha distorto la prescrizione normativa di cui nel testo, dal momento che essa troverebbe applicazione rispetto al demanio universale o comunale. Tale soluzione viene desunta dal fatto che, dal momento che il legislatore avrebbe previsto «l'obbligo di denuncia esclusivamente per i diritti di uso promiscuo godimento», avrebbe «inteso riferirsi ai diritti di uso civico su beni altrui». La soluzione è di dubbia correttezza, giacché è discutibile che l'art. 1 della legge n. 1766 del 1927, operi un riferimento non solo a «qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento», ma anche al più generale concetto di «usi civici». Nondimeno, la soluzione prospettata da una giurisprudenza, oramai risalente nel tempo, ha una sua linearità. Si consideri, infatti che, in presenza di beni destinati alla fruizione collettiva, quali sono i beni «appartenenti al demanio universale o comunale», non si pone, con particolare urgenza, l'esigenza di liberarli dagli usi civici. Ciò è tanto più vero, se si considera che la stessa legge in esame, parte dal presupposto che esista una differenza di assoluto rilievo a seconda della natura del bene, su cui insiste la situazione soggettiva in esame.

Tanto per iniziare, eterogeneo è il contenuto di tali situazioni giuridiche soggettive: se è vero che esse attribuiscono al suo titolare facoltà limitate (nel senso che esse, ovviamente, non riconoscono poteri comparabili a quelle che caratterizzano il contenuto dei diritti reali), altrettanto certo è che tali facoltà non sono sempre omogenee (usi civici di pascolo, di legnatico ecc. ecc.).

Un' analoga eterogeneità si riscontra rispetto al bene, che costituisce l'oggetto di tali posizioni giuridiche, giacché se è certo che esso debba essere un bene immobile, diverso può essere il soggetto cui spetta il diritto di proprietà su cui esse insistono. La stessa legge n. 1766 del 1927, del resto, dà atto che i beni, su cui gravano gli usi civici, possono appartenere a privati o a soggetti pubblici (art. 1: Comune o frazione di Comune).

Vi è, poi, chi sembra ritenere che il bene, su cui insiste l'uso civico, possa appartenere alla collettività dei titolari di tale situazione soggettiva, avanzando così una soluzione che non può essere condivisa.

Infatti, nel sistema positivo attualmente in vigore, da un lato, la nostra Costituzione all'art. 42 dispone che la proprietà è pubblica o privata (con la conseguenza che i beni economici possono appartenere esclusivamente allo Stato, ad enti o a privati) e, dall'altro, l'art. 827 c.c. dispone che i beni che non sono di proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato. Si viene, pertanto, a delineare un sistema, in cui è impossibile ipotizzare che un bene in senso giuridico, non sia oggetto di proprietà privata o di proprietà dello Stato e tale sistema riceve il suo completamento grazie all'art. 586 c.c., il quale dispone che, in mancanza di altri successibili, l'eredità è devoluta allo Stato, il quale l'acquista senza che sia necessaria l'accettazione.

Il sistema di appropriazione delle risorse, che istituisce il nostro ordinamento, sotto tale aspetto, è, dunque, molto compatto, nel senso che esso solo attraverso il diritto di proprietà effettua l'attribuzione fondamentale dei beni e tale attribuzione la effettua solo in favore dello Stato, di privati e di enti (va da sé che le comunità titolari degli usi civici non integrano la fattispecie dell'ente).

Detto questo, bisogna rilevare che l'unico tratto in comune, che presentano le situazioni soggettive in esame, si individua nella circostanza che la loro titolarità spetta ad una pluralità di soggetti o, se si vuole, ad una collettività. Il che non è privo, come vedremo, di implicazioni sia di carattere pratico che teorico.

Gli usi civici, come si è accennato, attribuiscono ai loro titolari poteri *lato sensu* riconducibili nella facoltà di godimento. Ma il loro contenuto non presenta alcuna analogia con il contenuto dei diritti reali – e, se si vuole, neanche con quello dei diritti personali di godimento – tipizzati dal nostro codice civile. Si vedrà, infatti, che siffatte situazioni, solo in virtù di discutibili generalizzazioni, possono essere ricondotte nella fattispecie del diritto soggettivo (tra gli altri interventi, cfr. quello di Paolo Lazzara).

Sotto tale aspetto, non dovrebbero essere dubbi che si tratta di situazioni,

che rappresentano un residuo medioevale, sfuggite a quell'imponente unificazione delle forme di appartenenza nel diritto di proprietà.

Sul piano storico-sociale non può destare meraviglia il fatto che esse siano sfuggite a quel gigantesco «trasferimento della proprietà» (Rodotà), a cui il codice napoleonico darà il suo definitivo suggello. Ma ritengo di non andare lontano dal vero, se affermo che tale vicenda è imputabile alla marginalità, che tali situazioni hanno da sempre rivestito.

Vi è chi contempla tali situazioni soggettive con nostalgia, in quanto tende a ravvisare in tali forme di appropriazione il mezzo attraverso cui instaurare più equi rapporti sociali; ma non vi è chi non veda che, con la rivoluzione francese prima e, poi, con l'emersione di strutture economiche (produttive), sociali ed istituzionali con peculiarità affatto nuove, non è più possibile pensare di creare una società più giusta attraverso nostalgiche e improponibili fughe al passato.

3. Dicevo, dunque, che gli usi civici attribuiscono ai loro titolari alcune facoltà su beni altrui, ed ho anche chiarito che diventa arduo determinare l'esatto contenuto di dette facoltà. Tutto ciò, non solo a causa dell'eterogeneità delle situazioni, che, tradizionalmente, vengono designate con il termine «usi civici», ma anche perché non esiste alcuna fonte normativa che determini con esattezza, quali poteri possano esercitare sul bene i titolari della situazione soggettiva in esame.

Vi è chi richiama, al riguardo, i diritti reali su cosa altrui o fa riferimento ad un supposto diritto reale atipico. Ma il fatto è che, anche non assegnando rilievo al così detto principio della tipicità dei diritti reali, gli usi civici non si prestano ad essere ricondotti in categorie sufficientemente definite, proprio in ragione dell'indeterminatezza del loro contenuto.

Il che si pone in netto contrasto con il nostro sistema, che vuole che qualsiasi posizione giuridico soggettiva (sia essa reale, sia essa personale) abbia un contenuto determinato. Circostanza questa che non può destare meraviglia, se si considera che, come si è detto, gli istituti in esame rappresentano un residuo medioevale e, per tale motivo, la loro configurazione non è coerente con i principi del «diritto moderno». Per queste ragioni sono convinto che l'eventuale richiamo al diritto d'uso o ad un supposto diritto reale atipico (al riguardo, cfr. le relazioni di Domenico Porraro e Vincenzo Barba) e così via, abbia una limitata utilità.

Se è pur vero che in tal caso siamo in presenza di situazioni soggettive imprescrittibili, è dubbio che esse abbiano natura reale – a parte quello che si dirà tra poco –, visto che non si sa da quale fonte normativa si possa desumere una soluzione siffatta.

Sotto il profilo ricostruttivo, si potrebbe, certamente, assegnare rilevanza al

tratto comune, che presentano tali situazioni, vale a dire al fatto che esse si inverano in una situazione soggettiva, la cui titolarità spetta ad una pluralità di soggetti, giacché è indubbio che in tal caso si è in presenza di un fenomeno di contitolarità di situazioni soggettive. Al riguardo, non è un caso che con assoluta frequenza si faccia riferimento al concetto, legislativamente definito, di comunione (cfr., infatti, gli interventi, di Vincenzo Barba, Domenico Porraro, Luigi Principato), per sistemare in categorie sufficientemente definite il fenomeno in esame.

4. Ma alla riconduzione degli usi civici nella fattispecie della comunione ostano una serie di considerazioni.

In primo luogo, è lo stesso codice civile a disporre all'art. 1100 che la fattispecie della comunione si configura, quando la proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone. La comunione, dunque, presuppone l'esistenza di situazioni soggettive tra le quali, per le ragioni esposte, non possono essere ricondotti gli usi civici.

A ciò si aggiunga che è indiscusso che i titolari degli usi civici non sono abilitati ad esercitare sul bene (sul quale tali situazioni insistono) gli stessi poteri di cui sono titolari i comproprietari. I titolari degli usi civici sono abilitati, infatti, ad esercitare facoltà ben specifiche, laddove, come si è visto, nei limiti di cui all'art. 1102 c.c., i comunisti sono abilitati ad esercitare le medesime facoltà del proprietario.

In altro contesto, ho avuto modo di far constatare che la comunione è sorta sul terreno del diritto privato e, per questa ragione, essa presuppone l'esistenza di un limitato numero di comunisti, con la conseguenza che l'accrescimento dei soggetti contitolari della situazione soggettiva rende, con ogni probabilità, inutile lo stesso richiamo a tale istituto. Nel caso di specie, poi, l'eventuale riconduzione degli usi civici nel concetto di comunione è di dubbia utilità per altre assorbenti ragioni. Si consideri, infatti, che la riconduzione di una figura all'interno di una più ampia categoria giuridica, dovrebbe assolvere la funzione di consentire l'applicazione alla prima di una più ricca disciplina normativa. Tutto ciò non accade affatto nell'ipotesi in esame, se è vero che agli usi civici risultano inapplicabili una serie di norme, che la legge riserva alla comunione (ad esempio amministrazione, scioglimento, rilevanza del concetto di quota ecc. ecc.) (sul punto, cfr. Gambaro).

A ciò si aggiunga che è pacifico che ai titolari dell'uso civico è negata la facoltà di disposizione (cfr., al riguardo, la relazione di Luigi Principato). Con la conseguenza che alla riconduzione delle situazioni in esame nel concetto di comunione non osta tanto l'impossibilità di chiedere la divisione (si consideri che l'istituto della comunione necessaria è legislativamente definito: ad esempio, condominio negli edifici), quanto la circostanza che siamo in presenza di

una situazione, sfornita da un tratto essenziale dei diritti soggettivi: questi, infatti, solo in ipotesi del tutto eccezionali sono indisponibili.

Nell'ipotesi in esame, invece, l'indisponibilità discende dalla struttura stessa della situazione soggettiva, poiché essa, come esattamente si rileva nei vari interventi, è collegata ad uno *status*, che per sua natura è indisponibile. In tale contesto, sorge legittimo il dubbio che gli usi civici in null'altro si risolvano se non in uno *status*: e contro tale soluzione non milita il fatto, che essi danno luogo a delle facoltà di uso (godimento), poiché non è detto che lo *status* non possa realizzare l'attribuzione di tali facoltà. Si consideri, ad esempio, che lo *status* di cittadino dà luogo alla facoltà di appropriarsi delle utilità offerte da specifici beni pubblici.

Nei vari interventi, si dà atto dei tentativi, che sono stati compiuti dagli operatori giuridici, per spiegare il complesso rapporto, che viene a crearsi tra gli usi civici ed i beni cui essi insistono, richiamando la figura del vincolo di destinazione. Ma, per quanto si sottilizzi, io ritengo che tale figura non possa essere utilmente richiamata. Intanto, sul piano strettamente pratico, non vedo quale utilità pratica possa rivestire la constatazione secondo cui i beni, su cui insistono usi civici, siano gravati da un vincolo di destinazione. In più, a seguire tale prospettiva, si perviene alla dubbia conseguenza di dovere, poi, asserire che un vincolo analogo si instauri, ad esempio, sui beni gravati da diritti reali o personali di godimento. Da ultimo, si rammenta che i vincoli di destinazione si caratterizzano, proprio in ragione del fatto che l'uso del bene viene vincolato da una fonte normativa: vale a dire in un contesto che non sembra ricorrere nel caso di specie. In altri termini, l'impostazione in esame rischia di risolversi in una descrizione fuorviante del fenomeno.

5. Ciò posto, rimane da precisare come si possa sciogliere, sul piano giuridico, il problema degli usi civici.

Sotto il profilo dell'oggetto si è già detto che gli usi civici possono insistere solo su beni immobili, che, ovviamente, saranno caratterizzati dal tratto della materialità.

Quanto al contenuto, tali situazioni soggettive si connotano, per attribuire al loro titolare la facoltà di godere o di usare un bene altrui, solo che facoltà non ha carattere generale (come avviene, rispetto ai diritti reali di cosa altrui e, ed in una certa misura rispetto ai diritti personali di godimento), giacché essa non viene specificamente determinata.

In tale contesto riveste un considerevole interesse, determinare quale sia la fonte degli usi civici. La caratteristica delle situazioni soggettive in esame sta, infatti, nella circostanza che esse non trovano il proprio riconoscimento né in un atto negoziale, né in una fonte atto. Se è pur vero che gli usi civici sono riconosciuti dalla legge, nondimeno il loro contenuto è indeterminato o, al mas-

simo, esso viene determinato da fonti fatto. Ed è questa un'anomalia molto significativa, visto, da un lato, che nel nostro sistema legislativo i diritti soggettivi (specialmente se assumono direttamente ad oggetto un bene) dovrebbero trovare il proprio fondamento nella legge e, dall'altro, che, nel nostro sistema giuridico alla consuetudine viene riservato un ruolo del tutto marginale. Comunque, tale considerazione può essere utile, allo scopo di ribadire l'estrema variabilità di tali situazioni e la difficoltà ad individuare il loro preciso contenuto.

Tale circostanza ha, poi, notevoli riflessi, quando si è chiamati a determinare la disciplina applicabile agli usi civici, visto che le caratteristiche che essi presentano rendono estremamente arduo anche il ricorso all'interpretazione estensiva.

Quanto all'assolutezza – a parte i rilievi, su cui mi soffermerò tra poco – di tali situazioni, si osserva che, in tutte le ipotesi di contitolarità delle posizioni giuridiche soggettive, il tratto dell'opponibilità a terzi sfuma. Si tenga conto, infatti, che ciò che è opponibile *erga omnes* è la situazione soggettiva, che vantano i comproprietari sulla cosa e non già quella che vantano questi ultimi considerati singolarmente. Con la conseguenza che un analogo rilievo è estensibile agli usi civici.

Rispetto alla loro realtà, si precisa che tale tratto è tipico dei diritti reali. Da qui la conseguenza che gli usi civici, non essendo annoverabili tra i diritti reali, ad essi è estraneo tale attributo.

Ma la peculiarità, che più di ogni altra concorre a caratterizzare le situazioni in esame, sta nel fatto che esse devono essere necessariamente comuni, il che costituisce un'anomalia in un sistema che è ispirato ai valori dell'individualismo (cfr., ad esempio, art. 1111, comma 2, c.c.).

6. Tra i problemi, maggiormente, discussi e su cui, puntualmente, si soffermano i vari relatori è quello relativo alla circolazione dei beni, che sono gravati da usi civici. Ci si chiede, in altri termini, se di tali beni possano liberamente disporre coloro i quali vantano su di essi un diritto di proprietà. Al riguardo, si osserva che la legge n. 1766 del 1927 non contiene alcuna limitazione e, considerando che nessuna altra fonte normativa prevede alcun divieto, ne consegue che si deve ritenere che il proprietario possa liberamente disporre del bene oggetto del suo diritto. Ancora si discute – e di tale circostanza i vari relatori ne danno atto – quale tipo di tutela sia attivabile da colui il quale acquista la proprietà di un bene che, a sua insaputa, risulta gravato da un uso civico.

Chi scrive è convinto che la tutela, spettante all'acquirente di un bene gravato da uso civico, sia fortemente condizionata dalle peculiarità, che presentano tali situazioni soggettive. Senza avere la pretesa di avanzare una soluzione, ritengo di dovere offrire solo alcuni spunti problematici. I dati, da cui partire,

sono due: in primo luogo bisogna considerare che, sovente, chi aliena un bene, gravato da usi civici, non è a conoscenza dell'esistenza di questi ultimi. A ciò si aggiunga che l'esistenza degli usi civici dovrebbe essere conoscibile dai terzi. Fatta questa premessa, è ben noto che gli operatori giuridici, per risolvere il problema richiamano, talvolta la disciplina, che il nostro codice riserva all'evizione parziale (art. 1484 c.c.), talaltra la disciplina riserva ai vizi occulti della cosa (art. 1490), talaltra ancora ci si rifà alle regole, che disciplinano la mancanza delle qualità promesse, ovvero quelle essenziali per l'uso a cui è destinato il bene.

Ma tali tesi non sono convincenti, per molteplici ragioni ed esse sono, agevolmente confutabili. Infatti, che nell'ipotesi considerata non sia possibile fare capo all'evizione, sia pure parziale, risulta evidente se si considera che non è possibile ritenere che l'acquirente perda la, sia pure, parziale proprietà del bene acquistato, a causa dell'esistenza su di esso di un uso. L'acquirente potrà, al massimo, lamentare che sul bene insiste una situazione giuridica da egli non conosciuta.

Non è, poi, possibile, neanche far capo alla disciplina dei vizi della cosa, giacché essa presuppone di un vizio concreto nel bene alienato e non già l'esistenza di una posizione giuridica sul bene medesimo; senza contare, poi, che l'esistenza di un uso civico sul bene è circostanza conoscibile e, dunque, non può essere reputata «occulta». Non può essere, a mio avviso, richiamata neanche la normativa, dettata per la vendita di cosa priva delle qualità promesse, a meno che l'alienante non abbia espressamente promesso che sul bene non sussistevano usi civici. Mentre è possibile attivare la tutela, prevista dall'art. 1497 c.c., solo se, a causa dell'esistenza di un uso civico, al bene vengano, meno quelle qualità essenziali per l'uso a cui è destinato. La fattispecie, che stiamo esaminando, presenta alcune analogie con quella, prevista dall'art. 1482 c.c., solo che anche tale prescrizione normativa richiede che sul bene sussista una situazione soggettiva reale, ignorata dal compratore e non dichiarata dal venditore. Ma, ancora una volta, contro l'accoglimento di tale soluzione, militano quanto meno due circostanze. In primo luogo, si è visto che gli usi civici hanno una configurazione tale, da non consentire la loro riconduzione nella categoria del diritto reale. In secondo luogo, si è anche detto che non sempre il venditore è a conoscenza che il bene, che si accinge ad alienare, è gravato da un uso civico. A ciò si aggiunga che non si può proprio affermare che il compratore non potesse essere edotto dell'esistenza sul bene di un uso civico, poiché, come fra poco chiariremo, l'esistenza di una tale situazione è senz'altro, quanto meno, conoscibile.

Alla luce di tali chiarimenti, vorrei soltanto sollevare, come mi ero ripromesso di fare, alcuni problemi.

Prima di tutto, la circostanza che su un bene insista un uso civico è circo-

stanza suscettibile di essere accertata sia dal notaio rogante che dall'eventuale acquirente, visto che i Comuni dovrebbero curare appositi registri. Che, poi, i Comuni non siano in grado di assolvere la funzione, che spetta loro, è un altro problema (sul punto cfr. l'intervento di Massimo Togna), con la conseguenza che si può venire a configurare una loro responsabilità nell'ipotesi in cui essi non consentano ai terzi interessati di accertare l'esistenza di un uso civico. E tutto ciò è tanto più vero, se si considera che, sovente, come si è detto, lo stesso disponente non è a conoscenza che il bene di sua proprietà è gravato da un uso civico.

7. Di recente si tende ad istituire un collegamento tra gli usi civici e la tutela del paesaggio: tale orientamento si è rafforzato grazie alla sentenza della Corte cost., n. 210 del 2014. Si osserva in tale sentenza che l'apposizione sul bene di un diverso vincolo rispetto agli usi civici non avrebbe l'attitudine «di assicurare una tutela equivalente, poiché in questo caso il mantenimento delle caratteristiche morfologiche ambientali richiede non una disciplina meramente 'passiva', fondata su limiti e divieti, ma un intervento attivo, e cioè la cura assidua della conservazione dei caratteri che rendono il bene di interesse ambientale. Tale cura affidata alla collettività invece che alle istituzioni (come accade, ad esempio, per le zone umide e le lagune), si concreta in particolari modo d'uso e di godimento, che garantiscono insieme la fruizione e la conservazione del bene». Per quanto si possa sottilizzare l'argomentare del giudice costituzionale su null'altro si sembra basare se non sul «è così perché è così». Non si comprende, infatti, perché, per assicurare la tutela del paesaggio, sia necessario che sul bene insista un uso civico e non sia sufficiente la sussistenza di un vincolo paesaggistico. Sotto tale aspetto la difesa di una delle parti, nel giudizio di costituzionalità, aveva esattamente osservato che «la sclassificazione di un lotto di terreno non ne determinerebbe di per sé l'irrilevanza ai fini paesaggistici, in quanto un fondo è oggetto di tutela paesaggistica non solo quando su di esso gravi un uso civico, ma anche quando si verifichi una delle condizioni di cui agli artt. 142 e 143 del d.lgs. n. 42 del 2004». Da qui l'esatto rilievo secondo cui, se è certo che i beni, gravati da usi civici, sono vincolati, nondimeno è fuori discussione che essi possano essere ugualmente tutelati, quando presentano altri indici di valore paesaggistico.

Chi scrive è, dunque, convinto che in questa materia regni una estrema confusione. Ritengo, infatti, innanzi tutto, criticabile la soluzione adombrata dalla legge di conversione del decreto legge n. 312 del 1985, laddove dispone che le aree assegnate alle università agrarie, nonché le zone gravate da usi civici siano sottoposti a vincolo paesaggistico ai sensi della legge n. 1497 del 1939. Ciò perché la sottoposizione a vincolo paesaggistico dovrebbe essere subordinata alla presenza di ben precise caratteristiche. Infatti, non è detto che

solo perché un bene sia gravato dai predetti vincoli presenti valore paesaggistico (al riguardo, cfr. l'intervento di Paolo Lazzara). Così come non si comprende la ragione, per cui alla conservazione di un bene non sia sufficiente l'esistenza di un vincolo paesaggistico (e si è visto che i beni gravati da usi civici o/e assegnati alle università agrarie lo sono sempre), essendo a tal fine necessario anche che su di esso gravi un uso civico o che esso sia di pertinenza di un'università agraria.

Diritti reali delle collettività territoriali come predicato della sovranità popolare

Mario Esposito *

1. Il tema delle forme giuridiche di appartenenza e di godimento dei beni assume certamente un rilievo centrale e fondante – ancorché purtroppo sovente negletto, specialmente in dottrina – nell’ambito degli studi costituzionalistici.

Ne è prova certa l’art. 345 TFUE – già presente nel Trattato di Roma come art. 222 – che, non a caso, con formulazione ricognitiva, attesta che «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri», così confermando – ad onta di talune ricostruzioni – ben più che una posizione di mera neutralità dell’Unione Europea rispetto ai regimi proprietari, il più cospicuo ed essenziale profilo di qualificazione dei (soli) Stati come ordinamenti originari e, in quanto tali, sovrani.

Ed è proprio dalla giuridica conformazione del titolo sovrano che occorre prendere le mosse per la ricostruzione dei principi che attengono alle suddette forme di appartenenza e di godimento.

Non è certo questo il luogo deputato alla compiuta esplicitazione anche soltanto dei lineamenti dell’evocata opera di ricostruzione di ricostruzione.

Può essere utile, nondimeno, indicarne, ancorché sommariamente, alcuni tratti, anche al fine di confortare gli Autori nel commendevole sforzo di trarre la materia degli usi civici dalle secche di una elaborazione, sia pur di pregio, ma quasi esclusivamente giurisprudenziale, laddove proprio tali titoli collettivi recano tracce di estremo interesse di diretto legame con la sovranità, nella sua primordiale ed indefettibile espressione di apprensione del territorio ove è stanziata la collettività statale.

2. Per ragioni alle quali qui non può neppure essere fatto cenno, l’art. 1 Cost. esprime l’apprensione del territorio italiano da parte del popolo (la *Nahme*) e, attraverso la declinazione della sovranità nelle regole che specificano la

* Professore ordinario di diritto costituzionale presso l’Università del Salento.

morfologia giuridica del soggetto collettivo (artt. 2, 3, 4 e 5 Cost.) e nei diritti costituzionali dei singoli cittadini, i principi basilari che devono orientare l'istituzione, la garanzia ed i limiti dei vari titoli di appartenenza, collettiva ed individuale¹.

La formulazione dell'art. 1 Cost., com'è ben noto, non è limitata – accade invece in altre carte costituzionali – alla evocazione della provenienza o derivazione della sovranità (statale) dalla collettività, ma ne enuncia la appartenenza al popolo, *quoad titulum et quoad exercitium*, e, quindi, la permanenza presso il medesimo e nell'ordinarsi di questo, ovviamente giovandosi (e nei limiti) delle strutture organizzative all'uopo necessarie o utili, dotate dei conferenti strumenti anche impositivi: il carattere democratico, nel senso più ampio e quindi non soltanto politico, secondo la tradizionale accezione, delle direttrici di ordinamento fissate in Costituzione comporta il disporsi della sovranità in fattispecie attive, tra le quali prime quelle di carattere *lato sensu* condominiale² in ordine all'uso e alla destinazione del territorio, quale bene di rilevanza «spaziale»³.

Il che – come si dirà tra breve – non vale unicamente per il c.d. uso generale, dal momento che le medesime ragioni e il medesimo fondamento sono idonei a sostenere il regime dei beni patrimoniali indisponibili, per il collegamento di questi con finalità direttamente fondate ancora una volta nei diritti costituzionali.

Per ora interessa segnalare l'idoneità dei diritti costituzionali a costituire titoli di appartenenza del territorio e, conseguentemente, dei beni immobili individuati per il loro nesso con interessi pubblici, in guisa tale che lo stesso *status* di cittadinanza rifletta la duplice proiezione dei diritti in parola: quali basi dell'autonomia garantita a ciascun componente della collettività – potere di ordinamento che ha causa nella sovranità popolare – e quali *quote* di ogni rapporto facente capo alla collettività, secondo un modello che affonda le radici nel diritto romano di epoca repubblicana. Un modello di organizzazione pubblica «che ha nel *populus Romanus* il centro di imputazione massimo e che in esso si puntualizza e con esso si identifica: un centro di imputazione nel quale avviene la unificazione di molteplici fasci di relazioni giuridiche che da esso si

¹ Rinvio, per ben più ampi svolgimenti e per riferimenti normativi, dottrinali e di giurisprudenza, a M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. BESSONE, vol. VII, t. I.2, Torino, 2008, *passim* e part. 67 ss.

² Quel che nei primi trattatisti moderni aveva consistenza di mera ipotesi storica, trova, insomma, oggi verifica positiva: che cioè vi sia una sorta di condominio territoriale, dal quale discende il complesso dei beni pubblici, quale prima produzione effettuale dell'esercizio del potere cui il condominio corrisponde.

³ SALV. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 337 ss., ora anche in ID., *Scritti minori*, II, Milano, 1980, 925 ss., dal quale si cita, 943.

dipartono e che in esso convergono. Ed è connesso con la stessa concezione di *populus Romanus*, come pluralità di cittadini, come tutti i cittadini, non come una persona, un'entità astratta, distinta dai *cives* che la compongono»⁴.

La distinzione tra pubblico e privato – e pertanto anche tra appropriazioni pubbliche e appropriazioni private – non scompare, ma trova un centro di composizione nel rapporto di immedesimazione tra popolo e cittadini. Gli interessi essenziali che compongono la potestà di autonomo ordinamento sono garantiti in misura e condizioni di eguaglianza e perciò non già e, soprattutto, non soltanto e innanzitutto, attraverso il potere di appropriazione individuale, ma anche mediante la esclusione del medesimo in relazione a quei beni acquisiti direttamente alla disponibilità di ciascun cittadino, sia essa per relazione di uso diretto ovvero per il medio di un servizio reso dall'attività di una organizzazione e avente per oggetto un bene del genere di quelli sottratti al potere suddetto⁵.

Il godimento dei beni esclusi dalla appropriazione individuale fa capo, quindi, sempre ad un potere individuale, «in ragione dell'intero sistema giuridico per cui ogni soggetto ha una duplice proiezione di libertà e di potere nella direzione pubblicistica e in quella privata»⁶.

⁴ Così, in un suo importante studio, A. DI PORTO, *Interdetti popolari e tutela delle «res in usu publico»*. *Linee di una indagine*, in *Diritto e processo nella esperienza romana, Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, 518 s., ma *passim*, il quale, tenendo conto anche delle moderne elaborazioni relativamente al rapporto tra cittadino e collettività, per lo più centrate sulla entificazione di quest'ultima in persona giuridica, richiama l'attenzione sul significato pregiudiziale della concezione del *populus*.

⁵ SALV. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, cit., 935 s., illustra con particolare efficacia che la struttura interna del potere proprietario può essere e tende anzi ad essere identica in vari, anche opposti sistemi giuridici: «Dove invece diverge è nel campo di interferenza con un'altra funzionalità, quella espressa da ordinamenti, generali o particolari, che pongono regole sul modo di esercitare poteri e diritti, obblighi di esercizio positivo o negativo. E l'elemento che ci è sembrato maggiormente chiarificatore è quello di ordinamento giuridico, in quanto la funzione di una causa è da porsi in relazione con un risultato costitutivo, modificativo, estintivo e comunque regolatore di rapporti interni di un ordinamento o tra ordinamenti diversi. Tendiamo anzi a considerare rilevante lo stesso interesse cui è funzionalmente collegato il conferimento dei poteri, in quanto interesse di ordinamento, sia quello generale espresso dallo Stato, sia uno dei molti particolari dei privati. Trattandosi dei beni più importanti il regime giuridico comporta proprio l'utilizzazione e la produzione secondo interessi di ordinamento. Il fenomeno della crescente estensione della proprietà pubblica risiede proprio nella valutazione di una autonomia privata non ritenuta sufficientemente funzionale – a torto o a ragione – nei riguardi di interessi di ordinamento».

⁶ S. ROMANO, *Sulla nozione di proprietà*, cit., 940 e ivi, ancora, il rilievo secondo cui «Trattandosi di cose utilizzabili su vasta scala, uno dei significati del sistema dei poteri si esprime nella stessa destinazione delle cose nel senso del loro affidamento al privato al privato o

Il cittadino conserva, perciò, *usus* e potere⁷.

Dal punto di vista oggettivo, può dirsi che esista una categoria di *cose costituzionali*, o, se si vuole, di cose che divengono beni – i.e., *ex art. 810 c.c., res* che possono formare oggetto di diritti – in forza del loro nesso strumentale con i diritti costituzionali e, dunque, della sovranità: ad esse corrisponde la capacità patrimoniale dei singoli *uti cives*, che normativamente rinvia ad ogni frammento di essa contenuto in ciascuna delle disposizioni costituzionali concernenti i diritti medesimi⁸.

all'organizzazione ritenuta più efficiente nell'utilizzarle. Vediamo che questa è la più forte ragione della proprietà pubblica, dello Stato, o di altro ente, sia nei casi in cui, attraverso concessioni, lo Stato ricerchi il soggetto più adatto all'esercizio dei diritti).

⁷ Il che implica un netto recupero democratico, nel senso indicato dalla tripartizione *ex artt. 2 e 3, comma 2, Cost.*, ossia nei riguardi dell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, laddove l'interposizione (non solo fittizia) della persona statale segna, viceversa – con significativa analogia rispetto alla esperienza giuridica romana – un percorso al termine del quale «la posizione del *populus* viene completamente capovolta», poiché esso «viene trasformato da protagonista a mera comparsa, a gregge di sudditi», secondo le testuali parole di R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, 213.

Con particolare riferimento al regime giuridico delle *res in usu publico*, «Al “modello” repubblicano si va così progressivamente sostituendo un “modello” imperiale, nell'ambito del quale [...] attraverso un passaggio dal “popolare” al “pubblico” (nel senso di pertinente all'amministrazione imperiale), ai magistrati (e, poi, ai funzionari imperiali) viene ormai riservata la cura di talune *res in usu publico* (tendenzialmente, si direbbe, delle più importanti), mentre al *civis* viene ancora mantenuto un ruolo attivo, ma appunto limitatamente ad alcune, poche *res in usu publico*. Il cittadino, si potrebbe insomma dire, conserva l'*usus*, ma perde il potere. Ed è a quest'ultimo filone che si ricollegheranno le moderne concezioni di bene pubblico, costruite secondo lo schema della proprietà individuale dello Stato-persona giuridica»: A. DI PORTO, *op. cit.*, 520.

⁸ Osserva acutamente O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche e di appartenenza*, Milano, 1982, 540 s., che, posta la rilevanza centrale che il tema dei beni pubblici destinati all'uso generale – ma ci pare che la notazione possa estendersi, per le ragioni di cui si dice nel testo, all'intera categoria dei beni pubblici, ove per essi si intendano cose la cui relazione di appartenenza è costruita diversamente da quelle oggetto di appropriazione individuale – occupa «nella teoria dei beni in generale», «Dall'attenta analisi di questo problema sembra, infatti, emergere con sicura evidenza che nel nostro sistema si rinvengono criteri di qualificazione dei beni, a cui è affatto estraneo il tratto della esclusività. In concreto accade che l'ordinamento, nel disciplinare l'uso delle risorse, idonee a sollecitare interessi umani, configura diverse modalità di appropriazione: dalle forme di godimento caratterizzate dal tratto dello *ius excludendi*, si va a quelle che non presentano tale attributo, essendo finalizzate a garantire a tutti i soggetti il godimento di un determinato bene».

Sebbene derivi dall'opinione dell'illustre A. – nella scia di una consolidata e autorevole linea dottrinale – che possa qualificarsi come diritto soggettivo soltanto una situazione soggettiva connotata dalla esclusività, nondimeno è di grande interesse l'ipotesi del medesimo che la situazione soggettiva spettante ai cittadini e avente ad oggetto l'uso dei beni pubblici destinati alla utilizzazione della collettività possa essere assimilata «per alcuni aspetti, alle libertà, costituzionalmente garantite e, per altri, all'interesse protetto».

Ed è il caso di rilevare che il rapporto di opposizione/incompatibilità tra il diritto (significativamente non diritti) di libertà⁹, avente natura schiettamente personale, e la classe dei diritti reali trovava alimento nella soluzione di continuità tra versante pubblico e versante privato dello statuto dei soggetti dell'ordinamento, la quale rifletteva la «sostituzione» della (concreta) figura giuridica soggettiva *popolo* con la sua astrazione nella *fiction iuris* dello Stato¹⁰ e la connessa esclusione dall'ambito del diritto costituzionale – più ancora che da quello maggiormente ampio del diritto pubblico – della più gran parte degli interessi e dei rapporti di carattere economico e sociale, se non attraverso l'altra mediazione – essa pure carica di astrazione – del dominio individuale, connotato paradigmaticamente dalla esclusività.

Cfr., inoltre, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, 25, 10, il quale acutamente rileva che «Non è nell'ambito del "regime amministrativo" che può essere ricercata una categoria particolare di beni immobili riconducibili alla nozione di proprietà pubblica enunciata dalla Costituzione. Occorre invece seguire la strada dell'indagine sulle forme dei regimi dominicali, ovvero, si direbbe meglio, sulle varie e complesse forme e manifestazioni delle relazioni intercorrenti tra le cose del mondo materiale che siano atte a divenire beni, che siano possibili oggetti di diritti, e soggetti che sulle cose abbiano diritti, che delle cose abbiano fatto – in base alla legge – propri beni giuridici. Ché accanto alla disciplina amministrativa concernente le varie categorie di cose del mondo materiale – che è quella che è, individuata, anche nei riferimenti soggettivi, dalla legge – esiste la varia e complessa disciplina delle relazioni tra le cose e i soggetti che in quanto siano gli enti rappresentativi delle collettività, ovvero senz'altro le collettività medesime, acquistano rilievo ed evidenza del tutto particolari sia sul piano sostanziale (cura degli interessi generali o pubblici, che non sono esclusivo appannaggio degli strumenti amministrativi), sia in termini formali (applicazione di differenziati strumenti amministrativi)». E v., altresì, V. CAPUTI JAMBRENGHI, voce *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, vol. II, 304 ss., il quale, pur partendo dalla suggestiva premessa secondo cui «considerati nelle norme qualificanti il loro regime giuridico (non meno che nel confronto con i beni in proprietà privata), i beni pubblici appaiono beni *quoad usum* piuttosto che beni *quoad proprietatem*», afferma però, relativamente ai beni destinati all'uso generale, che «una res legata alla proprietà pubblica che sia idonea a rendere soltanto utilità indivisibili, in dipendenza della sua struttura naturale o attribuitale dall'aménagement compiuto dall'ente proprietario, non rileva in senso pieno quale oggetto di diritti (art. 810 c.c.), né in definitiva, trova consistenza nell'ordinamento giuridico quanto al regime dell'appartenenza, se non come condizione per l'insorgenza di diritti diversi da quello di proprietà, come sono i diritti di uso pubblico. Rileva e trova riconoscimento giuridico, invece, il «godimento dei servizi che la cosa rende o è idonea a rendere se convenientemente impiegata».

⁹ Sul significato giuridico del passaggio dallo *status libertatis* ai diritti costituzionali, cfr., per tutti, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, III ed., Padova, 2003, 59 ss.

¹⁰ Sul tema, cfr. soprattutto P. CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, cit., *passim*; ID., *Sovranità della multitudo e potere negativo: un aggiornamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, I, Torino, 2005, 641 ss.; G. LOBRANO, *Diritto pubblico romano e costituzionalismi moderni*, II, rist., Sassari, 1994, *passim*, nonché, se vuoi, M. ESPOSITO, voce *Popolo-Parte giuridica (dir. pos. od.)*, in *Enc. di bioetica e sc. giuridica*, vol. X, Napoli, 2016, 494 ss.

Viceversa, alla luce del dato positivo della vigente Costituzione¹¹, emerge una forma di appartenenza collettiva radicata nello statuto costituzionale del soggetto privato e sintetizzabile nella formula della accessibilità, utilizzata nell'art. 42, comma 2, Cost.: non però accesso *in re aliena*, ma *in re propria*. Essa appartenenza configura, pertanto, anche una «garanzia patrimoniale reale» della sovranità del popolo, non limitata all'aspetto del dominio eminente – del quale può vedersi una manifestazione sia nell'istituto della espropriazione, sia in quello della successione dello Stato nelle eredità vacanti – perché ciò equivarrebbe – in contrasto con l'esplicito e inequivoco dato letterale dell'art. 1 Cost. – a predicare la spettanza al popolo della sovranità soltanto *quoad titulum*¹². Il popolo non avrebbe alcun'altra forma giuridica di “presenza” nel diritto costituzionale, se non quella espressa nella partecipazione *lato sensu* al circuito di formazione e decisione dei pubblici poteri e l'affermazione normativa della sovranità popolare nulla avrebbe immutato quanto al rapporto collettività-territorio.

Ed invece, nella direzione che si tenta qui di seguire, appare davvero un legame domiciliare tra popolo e territorio¹³, che, lungi dal retrocedere a vago presupposto o a mera evocazione, permane nell'esercizio di concrete prerogative che declinano nel patrimonio dei cittadini il portato giuridico dell'art. 1 Cost.

In definitiva, il sistema costituzionale vigente pare aver determinato e radicato un importante mutamento nel *nomos* originario, nel modo cioè di apprensione del territorio (la *Nahme*), dando ad esso struttura tale per cui già contiene – proseguendo con il lessico *schmittiano* – una regola del *nemein* che ha un immediato *portatore*, il *civis*, il quale esercita *pro quota* – e, soprattutto, può esercitare anche prima di ogni mediazione regolativa di fonte subcostituzionale – le prerogative in cui si articola la apprensione suddetta: diversamente da quel che si ha nel disegno sistematico di Donato Donati¹⁴, non v'è un inde-

¹¹ Purché, ovviamente, non se ne forzano i dati letterali e concettuali in una griglia sistematica creata sulla base di atti normativi di ben diverso contenuto e in contesti storici essi pure ben diversi: tendenza stigmatizzata con particolare forza già da V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, I, Padova, 1957, 412.

¹² Titolo che esaurirebbe, dunque, tutta la sua capacità regolativa nella «*delega di impero*» conferita al sistema dei pubblici poteri e alla loro articolazione soggettiva, alla quale dovrebbe farsi capo – come infatti accadeva in periodo pre-repubblicano e tuttora si verifica allorché si acceda alla tesi della proprietà individuale pubblica – per dare conto della struttura giuridica dei beni pubblici e delle relazioni di appartenenza che li concernono.

¹³ M. MANETTI, voce *Territorio – 1) Territorio dello Stato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994, *ad vocem*, vol. XXXI, 2.

¹⁴ Sul fondamentale contributo di Donati, mi permetto di rinviare nuovamente a M. ESPOSITO, *I beni pubblici*, cit., 106 ss.

terminato uso generale, ma determinati usi dei singoli *uti cives*, i quali possiedono così, potrebbe dirsi, sia *nomine proprio* – poiché membri della collettività sovrana – sia *nomine alieno*, affermando il titolo collettivo.

Il profilo di norme determinative di scopo attribuibile alle disposizioni concernenti i diritti costituzionali, nell'ordine combinatorio loro conferito per legame con gli artt. 1, 2 e 3 Cost., dà luogo cioè al presupposto di diritti individuali di appartenenza a titolo collettivo aventi ad oggetto il territorio e i suoi possibili usi, fino alle estensioni di utilità che, entro limiti di razionalità e proporzione, possono essere ricondotti al soddisfacimento degli scopi *de quibus agitur*.

3. Da tali presupposti deve muoversi per dedurne ogni conseguenza in ordine sia alla determinazione dell'ambito dei beni pubblici, sia alle forme di esercizio delle prerogative che si riannodano ai titoli costituzionali di appartenenza, nonché agli strumenti di garanzia e di tutela delle medesime.

Occorre, in primo luogo considerare, in punto di metodo, che il diretto e circostanziato rango costituzionale di tali titoli non consente di assumere la classificazione codicistica come dato ricadente in una zona di «indifferenza costituzionale»: esso impone, anzi, che la classificazione medesima sia sottoposta a vaglio di legittimità costituzionale.

Né efficacia dirimente può assumere la partizione tra beni del demanio e beni del patrimonio indisponibile. A fronte della complessità teleologica dei titoli costituzionali, infatti, deve concludersi che la maggiore o minore rigidità della disciplina giuridica riconducibile alle due tipologie – della cui reale diversità si è da più parti dubitato¹⁵ – o ad ogni altra classificazione tipologica che si ritenga di assumere¹⁶, non è rimessa ad una libera scelta del legislatore, ma dipenderà dalla relazione tra gli interessi costituzionali (soggettivizzati) ed i beni che ad essi sono strumentali. Tale partizione potrà allora indicare – conformemente del resto alla sua origine – il grado di «mediazione amministrati-

¹⁵ Pur muovendosi all'interno del sistema risultante dalla legislazione ordinaria, cfr., ad es., V. CAPUTI JAMBRENGHI, voce *Beni pubblici (uso dei)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1987, vol. II, 304, il quale ritiene che «Né il regime giuridico che ha ad oggetto la tutela della situazione di proprietà consente di registrare apprezzabili differenze nel confronto tra le varie categorie di beni. Per tutti i beni in proprietà dei pubblici poteri che dal codice civile, dal codice della navigazione, dalla legge di contabilità generale o da leggi speciali ricevono la classificazione demaniale o patrimoniale indisponibile vige infatti un'analoga disciplina positiva incentrata nel binomio autotutela e tutela giudiziaria».

Assai di recente, M. RENNA, *La regolazione*, cit., 67 ss.

¹⁶ Tra le più note e autorevoli revisioni della classificazione codicistica si annoverano, come ognun sa, quelle di A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, 277 ss., e di M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963.

va» presente nell'apprestamento delle condizioni necessarie a rendere il bene idoneo allo scopo.

È indubbio che nel caso del demanio naturale è (*rectius*: appare) più evidente il nesso tra diritti costituzionali e riserva di zone del territorio all'uso dei cittadini e, pertanto, l'aspetto di realtà dei primi che qui si è cercato di far emergere.

Tanto ciò è vero che, pur senza impegnare il principio di sovranità popolare, si è distinto innanzitutto tra cose di cui all'art. 822, comma 1, c.c. e cose a destinazione pubblica, le prime «individuabili in natura; e per il loro stesso essere con determinati caratteri naturali e strutturali [...] assoggettate a riserva», quelle cioè «la cui mera esistenza in natura è causa della loro pubblicità», le seconde, viceversa, bisognevoli di un atto amministrativo di destinazione e perciò costitutivo della loro pubblicità. Da tale distinzione se ne è fatta, poi, discendere un'altra, simmetrica, concernente la natura dell'uso pubblico, profilo «sinora ignorato dalla dottrina», giungendo alla conclusione che la situazione soggettiva dei singoli che usano delle cose riservate ha natura «di situazione giuridica soggettiva in senso tecnico, spettante al cittadino in quanto tale, nonché allo straniero che sia legittimato, in base alle leggi vigenti, a soggiornare e circolare nel territorio nazionale: come manifestazione della libertà di circolazione, garantita come diritto fondamentale dall'art. 16 Cost.»¹⁷.

Non che la libertà di cui all'art. 16 Cost. si identifichi senza soluzioni con l'uso, ma ne è una manifestazione, «Mentre la presenza delle cose pubbliche (come parte del territorio nazionale dove si possa circolare liberamente) in

¹⁷ V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, vol. XLV, 968 s. Tuttavia, la limitazione della ricostruzione di cui si dice nel testo ai soli beni riservati, identificati con quelli di cui all'art. 822, comma 1, c.c., produce il risultato paradossale per cui l'art. 16 Cost. non è capace di direttamente determinare alcun diritto di uso avente ad oggetto le strade.

A diverso risultato si giunge, viceversa, qualora si consideri che anche i beni rientranti nel demanio eventuale e nel patrimonio indisponibile ben possono soddisfare a bisogni che, sul piano giuridico, si collocano in posizione equiordinata rispetto a quelli espressi dalle libertà a contenuto, per così dire, elementare, quale la libertà di circolazione e di soggiorno. Conclusione confermata dalla constatazione per cui anche quest'ultima, a ben vedere, richiede una attività di predisposizione e manutenzione del bene assai prossima a quelle che ineriscono ai suddetti beni del demanio eventuale e del patrimonio indisponibile.

Non per caso O. RANELLETTI, *Della formazione e cessazione della demanialità*, in *Giur. it.*, LI (1899), IV, 1-62, ora anche in *Id.*, *Scritti giuridici scelti*, IV, cit., 411, oppugnava la tesi secondo cui la categoria del demanio necessario non conoscerebbe atto di destinazione, bastando il carattere naturale del bene: «Se questi sono demaniali, è perché concorrono anche per questi tutti gli elementi necessari, compresa la volontà dello Stato di riconoscere come proprietà sua queste cose, di ritenerle demaniali, e mantenerle nella funzione, che prima compivano. E questo si ha appunto nella legge, con la quale queste cose sono state dichiarate proprietà demaniale dello Stato».

adeguata misura diviene presupposto ineliminabile per l'esercizio stesso della libertà costituzionalmente garantita»¹⁸. Ne deriva un modello dogmatico che – sebbene riferito soltanto alla prerogativa *ex art. 16 Cost.* – è però di massimo interesse: «Come tale, la titolarità del diritto d'uso delle cose pubbliche (riservate) pertiene a ciascuno e si concretizza nell'uso stesso senza alcuna necessità di trovare il proprio presupposto in una situazione dominicale o altro diritto soggettivo comune relazionato con la cosa pubblica (il vicino, il frontista, ecc.) [...]. È, perciò, un diritto della persona: ma a differenza degli altri di questa categoria, ha un contenuto reale (ovviamente si tratta di diritti reali *sui generis*, come del resto i diritti collettivi d'uso pubblico e i diritti di uso civico, tutti estranei alla classificazione codicistica)». «Del diritto reale – continua l'A. –, i diritti in oggetto hanno la tipica struttura sostanziale che si concretizza in una relazione immediata e diretta del soggetto con una *res* prescindendo dall'intermediazione di un rapporto giuridico con altro soggetto; ed hanno il modulo tipico della tutela (cosiddetto diritto di sequela) che qui tuttavia si risolve nell'esercizio delle azioni possessorie data l'impossibilità tecnica dell'esercizio della *rei vindicatio* a fronte di cose riservate»: in definitiva, «La situazione soggettiva del singolo utente in ordine all'uso delle cose pubbliche (riservate) si configura quindi come diritto reale sui generis, capace di possesso, e tutelato in sede possessoria; dietro la cui sussistenza appare come emanazione della libertà di circolazione (art. 16 Cost.)»¹⁹ e si prospetta suscettibile di

¹⁸ V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 969.

Occorre avvertire, peraltro, che molte e tra loro diverse sono le opinioni in dottrina in relazione al rapporto tra il diritto di cui all'art. 16 Cost. e la disciplina dei beni pubblici, da quella di S. CASSESE, *I beni pubblici*, cit., 156, secondo il quale tale diritto non include quello di usare le strade, per il che quest'ultimo non gode della garanzia propria del primo, a quella, si direbbe, diametralmente opposta, patrocinata da U. DE SIERVO, voce *Soggiorno, circolazione, emigrazione, (libertà di)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1970, vol. XVII, 821 e, ancora prima, ma con accento ben più sfumato, da M. MAZZIOTTI, voce *Circolazione (libertà di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, vol. VII, 18.

G. AMATO, *Art. 16*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti civili*, Artt. 13-20, Bologna-Roma, 1977, 121, pur muovendo dall'assunto per cui le discipline concernenti la conformazione e la destinazione ad usi di circolazione o ad altri usi dei beni suscettibili di circolazione sono presupposte all'art. 16 Cost., si chiede «se l'art. che si commenta non renda doverosa l'esistenza di aree, come le strade, destinate alla circolazione»: e tuttavia considera la domanda «molto scolastica».

¹⁹ V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 969 s., il quale aggiunge poi che tale situazione giuridica soggettiva si configura come interesse legittimo nei riguardi dell'amministrazione «per quanto concerne le attività da questa dispiegate sia in ordine al governo della cosa che in ordine alla regolazione degli usi». Il che in nulla scalfisce la caratura costituzionale della situazione medesima, atteso che – come è stato acutamente rilevato da A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, cit., 80 – «le situazioni soggettive costituzionalmente previste se, in linea di principio, hanno la consistenza del diritto soggettivo, possono ciò non di

espansione sino a generare una più complessa «situazione di interesse del cittadino avente ad oggetto l'uso del territorio comprensivamente inteso come ambito della libertà comune, riconosciuta dall'ordinamento secondo diverse modalità, che a loro volta dipendono dai diversi oggetti d'interesse nei quali la situazione stessa si estrinseca»²⁰.

Ciò non impedisce, però, che diversamente da quel che diffusamente si ritiene in dottrina, possa ravvisarsi un effetto diretto del nesso di cui si è detto anche in relazione a cose che richiedono, perché possano fungere da strumento di soddisfacimento degli interessi sottostanti alle disposizioni che «codificano» i diritti costituzionali, una complessa attività amministrativa di predisposizione di un servizio – in senso lato, ossia senza dover distinguere tra funzioni e servizi in senso stretto, ma assumendo la nozione nella accezione ampia conferitale da Léon Duguit – che renda le relative prestazioni.

Va considerato, infatti, che, affermato il titolo di appartenenza del territorio al popolo – che ha sintetica espressione normativa negli artt. 1, 5, 114, 117, 118 Cost., cui accede, secondo il principio di autonomia pubblica, declinato da quello di sovranità popolare, l'imputazione di poteri gestori ad enti che «assolvono alla funzione di esporre all'evidenza pubblica in termini di comunità la pluralità di soggetti che in concreto traggono utilità fondamentali dalle attività di fruizione esercitate su beni idonei al godimento collettivo (o, almeno, plurimo)»²¹ – esso si manifesta *quoad exercitium* secondo la complessità finalistica e strutturale che si addice alla molteplicità delle situazioni giuridiche soggettive che attribuiscono sostanza e struttura alla sovranità popolare.

Il sistema dei diritti costituzionali, insomma, considerato come complesso di determinazioni di scopo dell'azione dei pubblici poteri, in forza della combinazione dei singoli diritti con gli artt. 1, 3, comma 2 e 42, comma 2, Cost., genera diritti di appartenenza secondo almeno tre direttrici: il godimento delle libertà con contenuto c.d. biomeccanico; il governo delle appropriazioni, in rapporto ai canoni costituzionali della redistribuzione, e, per quel che qui più interessa, della accessibilità di tutti i cittadini agli strumenti essenziali per l'esercizio di tutti i diritti costituzionali (artt. 42, comma 2, e 43 Cost.); il controllo e la difesa del

meno rilevare come interesse legittimo (con conseguente mutamento del giudice a cui rivolgersi in caso di asserita violazione), qualora il legislatore ordinario, nel rispetto delle norme costituzionali, attribuisca alla p.a. la possibilità di condizionare al rispetto del pubblico interesse (di volta in volta specificamente individuato) l'esercizio di quel dato diritto costituzionale».

²⁰ V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 973, il quale espone, peraltro, una triplice articolazione della complessa situazione di cui si dice nel testo, caratterizzata dal tratto comune dell'uso del territorio «come spazio della vita e della libertà comune».

²¹ V. CAPUTI JAMBRENGHI, voce *Beni pubblici (uso dei)*, cit., 304, il quale opina, però, per la sussistenza di vera e propria titolarità in capo agli enti medesimi e limita, in ogni caso, la prospettiva ai soli beni assoggettati ad uso generale.

territorio, perché sia mantenuta integra la appartenenza al popolo e la funzione del medesimo quale sua sede domiciliare. E l'esercizio del titolo di appartenenza conformemente alla sua struttura giuridica, si riannoda agli artt. 1, 3, 13, 14, 15, 16, 17, 21, 24, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 42, 43 e 44 Cost.

A fronte di tale variegato sistema emerge che, in definitiva, la individuazione del bene vocato al soddisfacimento del corrispondente complesso sistema di interessi, non può prescindere dai connessi profili organizzativi: per ogni classe di beni pubblici, del resto, anche quella del c.d. demanio naturale, è necessaria una attività, sia pure minima, volta a mantenerla nelle condizioni che servano all'uso²². Conseguentemente può ben dirsi che esista, in capo alla collettività *uti cives*, un profilo pretensivo nei confronti dei mandatari istituzionali in ordine a tutti i beni pubblici.

La collocazione del fondamento teleologico di tali beni, del resto, fa sì che, più o meno ampia che sia l'attività di «apparecchiamento» degli stessi²³, questa rappresenterà sempre un *posterius*, logico e giuridico, rispetto alla individuazione dell'interesse cui ciascuno di essi risponde: in altri termini, il bene pubblico è costituito dalla combinazione tra la *res* materiale (la porzione di territorio) e la organizzazione amministrativa deputata a farne lo strumento di assolvimento dei bisogni della collettività sottesi alle situazioni giuridiche soggettive costituzionali.

È su questa base che si innesta la funzione del legislatore, chiamato, *ex art.* 42, comma 2, Cost., a dare più concreta configurazione al suddetto sistema dei titoli di appartenenza: funzione, potrebbe dirsi, di accertamento e dichiarazione e, dunque, in primo ed essenziale luogo, di censimento delle necessità connesse al ridetto sistema. L'assolvimento di tale funzione è, perciò, soggetto ad uno scrutinio di razionalità particolarmente stringente, per la forza condizionante su di esso esercitata dalle più volte richiamate disposizioni costituzionali, sia per l'aspetto che si direbbe quantitativo – in termini cioè di sufficienza delle varie categorie individuate –, sia per l'aspetto di organizzazione e dotazione amministrativa, ossia di servizio adietto alle categorie in parola, sia, ancora, per quel che concerne gli strumenti a disposizione dei cittadini per la tutela delle proprie prerogative.

L'aspetto ricognitivo e non già costitutivo della pur, ovviamente, sussistente

²² Il rilievo di cui al testo trova corrispondenza anche nella diversa sistematica dei beni pubblici come beni in proprietà dei pubblici poteri, allorché si sostiene che l'uso pubblico dei beni debba essere accomunato alle altre destinazioni dei beni pubblici: cfr., in tal senso, S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, 24 ss., 121 ss.; A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit. 286; G. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, *Proprietà*, Torino, 1982, vol. VII, t. 1, 188 ss.

²³ Secondo l'espressione di V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit.

sfera di discrezionalità legislativa trova conferma, peraltro, nell'art. 43 Cost., che, indicando gli elementi della fattispecie istitutiva del potere di riserva o espropriazione di imprese o categorie di imprese, contempla i servizi pubblici essenziali di preminente interesse generale quale dato presupposto ad essa disposizione. Trattandosi, a differenza almeno delle fonti di energia, ma probabilmente anche delle situazioni di monopolio, di nozione giuridica e non già di elemento soltanto fattuale – ossia individuabile a prescindere da ogni qualificazione giuridica – essa deve essere tratta dalla stessa trama normativa nella quale è inserita. In tale ottica, il riferimento alla *essenzialità* presenta una univoca valenza combinatoria proprio con i diritti costituzionali, trattandosi, anche nel caso dell'art. 43 Cost. (in modo simile a quel che accade con le clausole dei contermini artt. 41 e 42 Cost.), di misure restrittive del potere di appropriazione attribuito ai soggetti privati, le quali, pertanto, devono trovare fondamento in valori almeno equiordinati rispetto a quello dalle medesime compreso.

Ancor più esplicita conferma viene, poi, dall'art. 117, comma 2, lett. m), Cost. L'attribuzione in via esclusiva allo Stato della competenza legislativa in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» – elevato a presupposto persino del potere sostitutivo disciplinato dall'art. 120 Cost. – dovrebbe, infatti, comportare, quale sua prima e basilare espressione e indispensabile presupposto di ogni altra, la individuazione delle categorie di beni adibiti a strumento di esercizio dei «diritti civili e sociali»²⁴.

Ruolo e funzioni degli enti pubblici territoriali in materia di beni pubblici devono essere definiti, come qui si è tentato di dimostrare, invertendo il metodo proprio di una consolidata consuetudine, a partire dalla avvenuta constatazione della esistenza, nel nostro ordine giuridico costituzionale, non solo di un

²⁴ La inclusione dei diritti sociali rende ancor più evidente che, ai fini della disciplina dell'azione pubblica volta alla loro protezione, non vi è differenza di classe tra tali diritti – caratterizzati, come è ben noto, da una pretesa ad una prestazione *lato sensu* amministrativa – e i classici diritti di libertà: cfr., sul punto, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, vol. II, 97 ss. e spec. 112 ss. Né vi sono elementi per ritenere che tale differenza, non postulabile in linea generale, ricorra invece per quel che attiene alla individuazione e approntamento dei beni pubblici, a seconda che essi incidano, per così dire, nell'area impegnata dai diritti civili, ovvero in quella propria dei diritti sociali.

D'altra parte, si è fatto giustamente rilevare che anche i classici diritti di libertà, un tempo ricostruiti come diritti all'astensione, si affermano, nel sistema costituzionale italiano, per il loro contenuto: A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, cit., spec. 72 ss. Se questo è vero, appare allora evidente che anche tali diritti implicano una attività di prestazione qualitativamente non diversa da quella corrispondente ai diritti sociali, secondo una logica che evoca la teoria del *contratto di protezione* di J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, cit., 174 ss.

fondamento, ma anche di una precisa articolazione dei titoli di appartenenza dei beni stessi, che va ben oltre il semplice nesso di implicazione tra libertà di circolazione e soggiorno ed uso del territorio, ma si estende alla prestazione di servizi complessi che richiedano l'utilizzazione di beni immobili: ne discende, allora, che la matrice del diritto dei beni pubblici e, dunque, la relativa attività di individuazione, predisposizione e mantenimento corrisponde ad una aspettativa che non ha la consistenza di interesse semplice – come postula, invece, la dottrina tradizionale²⁵ – ma quella di una pretesa di rango costituzionale,

²⁵ ... sulla base, è opportuno rammentare, di un ordinamento normativo che rifletteva la concezione secondo cui nel diritto pubblico la collettività era sempre rappresentata e mai direttamente presente, era cioè base della ipostasi della persona giuridica statale, mentre sul versante privatistico essa conservava tutto il suo dominio di azione concentrato nelle prerogative individuali e, in particolare, in quella proprietaria, che, come si è avuto modo di dire, segnava esattamente il confine tra due ordini giuridici. Concezione cui seguiva un metodo ricostruttivo – non del tutto estinto oggi ancora – che, per dirla in estrema sintesi, condizionava l'attribuzione di giuridico significato (o, se si vuole, di giuridico valore e di correlativa attitudine regolativa) alle disposizioni costituzionali alla traducibilità di queste secondo gli strumenti concettuali derivanti dalla lettura sistematica della normazione legislativa o sub-legislativa.

Tale ordito concettuale resiste, però, non solo in generale nei contributi della dottrina repubblicana (cfr., ad es., A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 134 s.; A. BARETTONI ARLERI, voce *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. dir.*, 1979, vol. XXIX), ma persino nella trama di quelli più favorevolmente orientati a ricostruire i diritti di uso pubblico – nella loro più ampia accezione – dando ad essi opportuna collocazione nel quadro dell'ordine costituzionale, tra i quali soprattutto V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 955 ss., il quale significativamente stigmatizza l'intima contraddizione tra «il comune sentire circa il fatto che il singolo utente usa della cosa pubblica per un suo proprio interesse di vita, di carattere fondamentale, come quello che concretizza la stessa libertà di circolazione e di movimento nell'ambito del territorio – com'è noto una delle libertà fondamentali –, che senza cose pubbliche non sarebbe neppure concepibile», da un lato, e, dall'altro lato, il rilievo «che la prestazione, l'apparecchiatura, delle cose pubbliche nella loro materialità e funzionalità è oggetto di una funzione pubblica (cosiddetta funzione di approntamento delle infrastrutture: per il nostro tema, si pensi soprattutto alle strade) attribuita dalla legge in via esclusiva all'amministrazione dello Stato (o di altro pubblico potere)». Qui, paradigmaticamente, si interrompe la tessitura del *continuum* tra «caratura» costituzionale degli interessi subiettivizzati, cui i beni sono necessariamente strumentali – per cui la stessa concepibilità, secondo la ficcante locuzione alla quale ricorre Cerulli Irelli, delle situazioni giuridiche soggettive di libertà dipende dalla disponibilità (deve intendersi, assicurata in condizioni di stabilità, di sicurezza e di eguaglianza) dei beni – e attività dei pubblici poteri che, pur essendo definita in termini di funzioni, in quanto volta a prendersi cura dei ridetti interessi, non corrisponde, tuttavia, ad alcun interesse soggettivo a struttura pretensiva: a fronte della suddetta attività di approntamento «come di ogni altra attività amministrativa di diritto pubblico, situazioni soggettive tutelate (anche nella forma degli interessi legittimi) appaiono difficilmente configurabili, almeno allo stato del nostro diritto positivo, o addirittura senz'altro inconcepibili, in capo ai singoli interessati alle prestazioni che ne sono oggetto; e i cui interessi perciò, pur reali e vitali, se così può dirsi, regrediscono ad interessi di mero fatto, semplici, o corporativi, o civici (secondo le diverse dizioni usate in dottrina), comunque rilevanti in sede sociale o politica, ma non sul piano giuridico dove appaiono

consustanziale – può ben dirsi – allo statuto di cittadinanza, che, se per la sua piena espansione richiede la mediazione del legislatore e della amministrazione, nondimeno conosce modi di manifestazione che possono prescindere. Modi che, anche allorquando non consentano di attingere il medesimo risultato cui si sarebbe giunti attraverso la completa formazione delle relative fattispecie, per un verso confermano la originarietà, consistenza e preminenza della pretesa e il suo legame sistematico con i principi fondamentali di assetto giuridico della collettività, per altro verso, e quando ciò sia materialmente possibile, rendono ai titolari utilità comparabili a quelle che loro spetterebbero in ipotesi di fisiologica esecuzione, da parte degli enti esponenziali della collettività, del mandato gestorio che loro compete.

Agli enti medesimi non spetta, quindi, un potere di disposizione dei beni, ma un *munus* avente ad oggetto la loro amministrazione²⁶: *munus* certamente di particolare ampiezza, non tale però da consentire una così ampia libertà di determinazione che possa ridondare in mancata individuazione dei beni, ovvero nella sottrazione di questi all'esercizio delle prerogative proprie dei cittadini.

Si pone, allora, come questione centrale e decisiva per la verifica di coerenza della configurazione che si è qui abbozzata, il censimento (almeno) degli indici sintomatici che autorizzino la conclusione secondo cui i titoli di appartenenza dei beni pubblici godano di una diretta efficacia anche in assenza totale o parziale della suddetta attività strumentale di pubblica amministrazione.

Viene in rilievo, in primo luogo, il complesso novero dei diritti collettivi, non a caso ridotto, nel disegno teorico basato sulla proprietà pubblica quale proprietà della persona statale (o degli altri enti territoriali), in un'area remota e di confine, con funzione, dal punto di vista storico e da quello sistematico, sostanzialmente residuale²⁷.

privi di tutela». Paradossalmente, insomma, diritti costituzionali inconcepibili senza corredo strumentale reale non possono generare neppure interessi creditorî tutelati, in quanto inconcepibili.

Eppure tale inconcepibilità della tutela si rivela piuttosto postulata che non dimostrata: ma ciò dipende, probabilmente, dal fatto che le diverse opzioni interpretative si legano strettamente alle «concezioni generali che si abbiano in ordine alle nozioni costituzionalistiche di base» (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., Padova, 1980, 129, nt. 2, il quale così si esprime a proposito della interpretazione degli artt. 41 e 43 Cost.).

²⁶ Per quel che si viene dicendo nel testo, deve intendersi che anche la legislazione in materia di beni pubblici abbia consistenza di attività di amministrazione, atteso il rapporto di esecuzione che si configura tra essa e i titoli di appartenenza.

²⁷ Sul tema, riscattato infine dall'esilio teorico, cfr., soprattutto e fondamentalmente, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., ove si rinviene, tra l'altro, una particolareggiata analisi dogmatica delle varie specie di situazioni giuridiche che compongono la classe dei diritti collettivi (diritti di uso pubblico, diritti di uso civico, proprietà collettiva).

Lo stato di minorità al quale sono stati ridotti i diritti collettivi nella trattazione scientifica è

Seppure i beni su cui si esercitano i relativi diritti possano annoverarsi nel più ampio ambito delle cose pubbliche²⁸, esso manifesta più schiettamente sia il legame con il regime giuridico del territorio – poiché tali diritti incidono su «una parte del territorio nazionale che è *aperta* a tutti, o comunque di una collettività di persone, e non può essere chiusa, come, invece, dispone il diritto comune (Art. 841)»²⁹ – sia quello con la particolare struttura del soggetto cui si imputa, che antecede – secondo una direttrice alla quale si è avuto occasione di fare cenno – il bene ed è di questo parte essenziale e costitutiva: «L'identificazione dei beni collettivi avviene invece esclusivamente attraverso l'individuazione della sussistenza di diritti collettivi aventi ad oggetto determinate cose immobili. È dal diritto collettivo (di cui è oggetto) che deriva la pubblicità del bene, e giammai viceversa», di tal che «La presenza stessa del diritto circa il bene – diritto che è qualificato essenzialmente per il suo riferimento soggettivo, ad una comunità di abitanti, appunto, piuttosto che per il suo oggetto, anche se ha sempre ad oggetto *utilitates* proprie della collettività nel suo complesso, epperò *pubbliche* in senso sostanziale – produce l'assoggettamento del bene stesso ad un qualificato regime pubblicistico (una forma di proprietà pubblica, come si accennava). Ché la legge tutela – indipendentemente, si potrebbe dire, dalle caratteristiche stesse del bene, dalla sua identificazione fattuale e strutturale – il diritto collettivo come tale, *il fatto del diritto collettivo*, si potrebbe dire, *l'appartenenza* collettiva della proprietà in quanto tale, *la permanenza* del godimento e dell'uso spettante alla collettività»³⁰.

Il ridetto complesso sembra cioè consentire la osservazione *in vitro* della originaria – e sempre permanente, in virtù del predicato di appartenenza di cui all'art. 1 Cost. – capacità delle collettività territoriali (riguardando esso non

comprovato dal prevalere, viceversa, di una rigogliosa (e coraggiosa) giurisprudenza in materia: cfr. V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 961 ss.

²⁸ Definite da V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., 165, come «quei beni immobili, appartenenti sia allo Stato o ad altro ente pubblico, sia a privati, sia a collettività, o comunità di abitanti – beni dunque per i quali indifferente appare il profilo dell'appartenenza – che sono caratterizzati da ciò, di essere *aperti* al godimento e all'uso di una collettività più o meno ampia, a volte indifferenziata a volte individuata, di persone».

²⁹ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, loc. ult. cit., il quale – richiamando la teorica di Donati, sulla quale ci si è ampiamente soffermati in questa sede – spiega che «Si tratta di porzioni di territorio sulle quali il “diritto fondamentale di libertà” è rimasto integro – articolandosi in una serie di istituti applicativi – perché l'appropriazione intesa nel senso letterale e “fattuale” del termine, non si è prodotta secondo le comuni regole, la cui applicazione, in diritto moderno, scatta al momento in cui una cosa diviene bene giuridico in dominio di qualcuno» (165 s.).

³⁰ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., 60 ss. (corsivo di chi scrive, n.d.r.), ma anche 51.

solo la collettività massima, il popolo, ma altresì e con maggiore evidenza le collettività minori che della prima sono parte integrante) di apprendere «spazi di libertà comune, laddove non altrimenti resi disponibili»³¹: attraverso i diritti collettivi di uso civico, insomma, si esprime direttamente quella azione ordinante che *quoad titulum* pertiene sempre alla collettività e che, nell'assetto fisiologico delineato dalla nostra Costituzione, prevede un cospicuo ruolo della organizzazione dei pubblici poteri³², giusta il cenno fattone, ma può estrinsecarsi, in caso di omissione imputabile ai medesimi, in forma diretta, ossia integralmente *quoad exercitium*.

I diritti collettivi sono matrice di ogni altra categoria di beni sottoposti ad un regime giuridico direttamente connesso con interessi collettivi, al punto che è stata posta la suggestiva questione «se la verità non sia quella dei vecchi giuristi: che una categoria propria e separata dei beni pubblici sussiste soltanto circa i beni che pubblici sono perché del popolo (cose pubbliche, nel senso qui evidenziato)»³³.

La collettività mantiene, in altri termini, capacità produttiva di regolamentazione di quei rapporti giuridici che servono alla propria sussistenza, nonché al proprio sviluppo, prima e a prescindere da ogni intervento autoritativo. Ben a ragione si è detto che «è da ritenere vigente un principio di carattere generale secondo cui le comunità di incolato, o d'abitanti, possono acquistare diritti reali di godimento e d'uso aventi ad oggetto qualsiasi *utilitas* che alla comunità stessa (nel suo insieme) può essere fornita da beni immobili»³⁴.

³¹ Così V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 967.

³² Ed in tal senso può istituirsi un significativo parallelo tra fondazione della categoria giuridica della proprietà pubblica e costruzione di quella delle persone giuridiche pubbliche: cfr., in merito, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., 19, il quale rileva, peraltro, «una profonda differenza: che il modello “persona giuridica” nasce come modello normativo, “espressione riassuntiva di una determinata normativa”, mentre il modello “proprietà” nasce come modello tipologico della realtà, come termine indicativo di un tipo di relazione reale di un soggetto con un bene. Anche se poi diviene modello di disciplina».

³³ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., 14 s.

³⁴ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., 61, il quale osserva inoltre che «La categoria dei beni collettivi rispetto alle altre categorie di beni pubblici che si sono evidenziate, presenta alcune spiccate particolarità. Anzitutto, la categoria non viene fissata attraverso il riferimento a classi di fattispecie intese come cose-porzioni del mondo materiale (come avviene per i beni riservati): ché cose pubbliche possono essere cose del tipo più vario, con i più diversi caratteri strutturali e fattuali; le quali neppure sono identificabili per categorie ma solo nella indifferenziata singolarità degli oggetti. Né, la categoria può essere identificata nella sua composizione concreta attraverso lo schema della destinazione ma anzi da tale schema prescinde senz'altro, esso appare invero a tal fine non utilizzabile: la destinazione deriva da un'attività o da specifiche decisioni dei pubblici poteri circa beni che sono nella loro piena disponibilità, se non nella loro appartenenza senz'altro, mentre qui ci troviamo di fronte a beni che ai pubblici poteri non

Codesto principio generale, che, per la impostazione qui seguita, trova causa e fattispecie normativa nell'art. 1 Cost. e, dunque, nel complesso di disposizioni le quali, riannodandosi a tale articolo, configurano la collettività dotata di poteri attivi di ordinamento, si estende, per espressa volontà costituzionale, anche al dominio materiale delle attività di servizio pubblico (arg. ex art. 43 Cost.), valendosi di specifiche figure soggettive – oltre a quelle istituzionali – che sono, perciò, destinatarie degli atti legislativi ivi legittimati, (le comunità di lavoratori o di utenti), le quali, però – conferito adeguato rilievo al rapporto dell'art. 43 Cost. con l'art. 3, comma 2, Cost.³⁵ e, quindi, al profilo della partecipazione alla organizzazione non solo economica, ma anche politica e sociale del Paese – paiono comunque dotate di una legittimazione attiva alla costituzione di rapporti (anche) rispetto a beni, in ragione degli interessi che possono essere compendati nelle valenze combinatorie del lavoro e della utenza con i servizi pubblici essenziali, le fonti di energia e le situazioni di monopolio³⁶.

Nello stesso senso rileva, peraltro, il vincolo storico e logico che pone in relazione l'art. 42 e l'art. 43 della Costituzione. La circostanza per cui il riferimento alla proprietà collettiva, presente nel testo del primo approvato dalla III Sottocommissione per la Costituzione il 27 maggio 1946³⁷, venne espunto

appartengono, anche se su di essi questi ultimi esercitano funzioni amministrative espressamente previste dalla legge; ma che si trovano nella disponibilità di collettività, delle quali i pubblici poteri si limitano ad esercitare funzioni di rappresentanza».

³⁵ Cfr., sul punto, F. GALGANO, *Art. 43*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti economici*, t. II, Artt. 41-44, cit., 199. Sull'art. 43 Cost. quale disposizione «generatrice» di figure giuridiche soggettive, v. C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, in *St. ec.-giur. Fac. Giur. Cagliari*, 1953, ora in *Id.*, *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 739 ss., spec. 800 ss.

³⁶ Sull'art. 43 Cost. – che non può qui, ovviamente, formare oggetto di specifica analisi – la bibliografia è amplissima, sebbene ormai piuttosto datata, anche in ragione del diffuso – ma non condivisibile – convincimento che tale disposizione versi ormai in situazione di «sospensione di efficacia» in forza della c.d. costituzione economica comunitaria. Ci si limita, quindi, a richiamare alcune opere che offrono ampi richiami di letteratura: oltre al già cit. F. GALGANO, *Art. 43*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, cit., 193 ss.; v. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., Bologna, 1985, 125 ss.; A. DI MAJO, *L'avocazione delle attività economiche alla gestione pubblica o sociale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Padova, 1977, 333 ss.; G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, II ed., Padova, 1980, 78 ss.; G. DI GASPARÉ, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003, 89 ss.

Merita poi rilevare che, nella più gran parte dei casi, le analisi concernenti l'art. 43 Cost. si soffermano soprattutto sugli aspetti connessi alla c.d. democrazia dei produttori, di tal che ne risultano sacrificate le più ampie valenze combinatorie che essa pare, viceversa, offrire.

³⁷ «I beni economici possono essere oggetto di proprietà privata, cooperativa e collettiva»: cfr. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*,

dal medesimo nel testo del progetto definitivo della Commissione presentato all'Assemblea Costituente il 31 gennaio 1947, non autorizza a concludere che tale istituto non abbia cittadinanza nel nostro sistema costituzionale. E ciò non solo per ragioni procedurali – l'eliminazione *de quo* si deve alla sede di coordinamento – ma, ben più profondamente, perché «la esigenza sottesa all'insediamento nella norma del riferimento alla “proprietà collettiva” veniva sostanzialmente esaudita attraverso la formulazione di quello che sarà l'art. 43, insomma con l'esplicita previsione dell'istituto della collettivizzazione che attiene all'impresa e solo indirettamente alla proprietà»³⁸.

La natura di «fattispecie di base» attribuibile ai diritti collettivi emerge con chiarezza anche dall'analisi delle loro più classiche e note forme: i diritti di uso pubblico, gli usi civici e i veri e propri diritti di proprietà collettiva.

Esse infatti, sia che abbiano ad oggetto beni «appartenenti, quanto al dominio, a soggetto terzo rispetto alla collettività utente»³⁹ – diritti di uso pubblico in senso stretto – sia che consistano in «diritti collettivi di origine dominicale anche se con oggetto *res alienae*, come quelli che trovano la loro fonte (almeno nella prevalente sistemica) in una originaria situazione di condominio (tra feudatario od altro signore territoriale e la comunità degli abitanti insediata sul territorio)»⁴⁰, sia, infine, che riguardino beni «di originario dominio di una comunità d'abitanti ovvero quelli ad essa pervenuti in esecuzione delle procedure di affrancazione degli usi civici e delle promiscuità previste dalla legge»⁴¹, presentano caratteri che ne dimostrano la rilevanza «sia sotto il profilo teorico sistematico, come quello attraverso il quale emerge il concetto positivo

vol. VIII, Roma, 1971, 2138 ss., ove si trova il resoconto dei lavori della III Sottocommissione.

³⁸ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., 23 s. La suggestiva tesi del chiaro A. può essere, però, altrimenti enunciata ravvisando diretto e non indiretto legame tra l'art. 43 Cost. e la proprietà: se è, infatti, innegabile che tale disposizione disciplini la riserva di categorie di imprese e l'espropriazione di determinate imprese, ciò non esclude e anzi implica – per l'incidenza reciproca tra disciplina del regime giuridico dei beni e disciplina dell'attività di impresa (cfr. M.S. GIANINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 129) – che valga altresì quale disciplina dei beni strumentali alla corrispondente attività di impresa: in altri termini, insomma, l'art. 43 Cost. esplicita che l'ambito di estensione dei titoli costituzionali dei quali si dice nel presente studio comprende anche quei beni che, inseriti in una organizzazione di carattere imprenditoriale, danno luogo ad attività privata finalizzata al lucro, inseriti, viceversa, in una organizzazione di carattere pubblico, fungono da strumenti per la produzione di utilità collettive.

³⁹ E si tratterà, allora, di diritti «consistenti nel godimento e nell'uso di determinate *utilitates* (limitate all'*uti* e non estese anche al *frui*) delle cose stesse, appartenenti, quanto al dominio, a soggetto terzo rispetto alla collettività utente»: V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 958.

⁴⁰ V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 959.

⁴¹ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., 265 s., ma anche 263 ss., e ivi amplissimi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

del diritto collettivo, che trova poi ampie e importanti applicazioni; sia per le nuove applicazioni che essa potrebbe avere nell'attuale esperienza segnata-mente nel settore ambientale (latamente inteso)»⁴².

I diritti collettivi affondano le proprie radici nella «idea remota» – che tende, secondo una dinamica che sembra ripetersi nella storia del diritto occidentale⁴³, a perdere di intensità a causa della progressiva «astrattizzazione» e della connessa concentrazione del potere verso l'alto – che le collettività di abitanti, legate da vincoli di incolato, il gruppo, insomma, dei *cives* insediati su un territorio, diversamente denominato «secondo le diverse esperienze storiche e le vicende legislative via via succedutesi – e così *Allmende, Universitas*, università, vicinia, consorteria, partecipazione, comune infine, e frazione, ecc. – possedesse (fosse legittimata a possedere) diritti anche a contenuto patrimoniale, aventi ad oggetto *utilitates* di varia specie e natura ricavabili dal territorio medesimo di insediamento, dalle cose e dalle risorse naturali che lo formano. E che tali diritti (in punto di fatto, come situazioni di godimento) trovasse forma propria e tipica di acquisto (al di là di titoli derivanti da concessioni regie o signoriali di vario tipo, invero poco diffuse) nel fatto stesso del godimento e dell'uso protratto nel tempo. Insomma la comunità si appropria all'origine della terra e delle sue *utilitates* semplicemente col possesso o, se si vuole, col lavoro»⁴⁴.

La raffinata elaborazione giurisprudenziale – alla quale si è già fatto cenno – che, contrariamente a quel che è accaduto in dottrina, ove, come è stato stigmatizzato, le posizioni espresse sono state «invero di non grande interesse, a volte meramente recettive della costruzione giurisprudenziale senza tuttavia dare ad essa il necessario supporto concettuale, a volte viceversa inutilmente negatrici come quelle che contrappongono alla costruzione giurisprudenziale modelli di istituti diversi dal modello delineato dalla giurisprudenza senza tener conto che questi modelli “convivono” nell'ordinamento positivo con quello, senza escludersi a vicenda»⁴⁵ – ha fatto emergere gli elementi di struttura e, dunque, l'appartenenza del titolo alla collettività e non già all'(eventuale) ente esponenziale. In una suggestiva, risalente pronuncia della Cassazione romana si legge, infatti: «l'esercizio promiscuo dell'uso e l'appartenere esso alla generalità degli abitanti di un comune non valgono ad imprimergli il carattere di un diritto che possa spettare alla comunità concepita come ente morale e

⁴² Così V. CERULLI IRELLI, voce *Usò pubblico*, cit., 958.

⁴³ Per il diritto romano, cfr., oltre alla celebre opera di R. ORESTANO, *Il problema delle «persone giuridiche»*, cit., almeno E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, repr. Buffalo-New York, 2003.

⁴⁴ V. CERULLI IRELLI, voce *Usò pubblico*, cit., 959.

⁴⁵ V. CERULLI IRELLI, voce *Usò pubblico*, cit., 965.

persona giuridica distinta dalle persone individuali, quasi che queste ne avessero il godimento ma non la proprietà», poiché quest'ultima «appartiene a chi ha diritto di godere e disporre (della cosa) nei limiti consentiti dal titolo»⁴⁶.

Acutamente è stato posto in luce che l'opinione giurisprudenziale persegue essenzialmente due scopi. In primo luogo, la ricognizione della non riconducibilità dei diritti collettivi ad istituti della codificazione del diritto civile, quali le servitù prediali, e, quindi, la non applicabilità delle relative disposizioni, che avrebbero deformato la *ratio* di tali istituti: «La giurisprudenza in sostanza riconobbe che l'ambito dei diritti reali fissato dal codice fosse proprio dei rapporti interprivati; ma che al di fuori di questi rapporti sussistessero situazioni reali imputate a collettività, anziché a singoli o ad enti, che perciò solo prescindevano dalle strettoie poste dal diritto moderno ai *iura in re aliena* (a loro volta riconducibili al “rigore angusto del diritto quiritario”) come “diritti reali *sui generis*”, ai quali applicare una serie di istituti dalla stessa giurisprudenza enucleati sulla base essenzialmente della tradizione consuetudinaria»⁴⁷.

Ricorre, dunque, con un ruolo decisivo, la consuetudine, come espressione primigenia della capacità auto-organizzativa delle collettività⁴⁸: tanto ciò è vero che, sotto l'impero del codice civile del 1865, la giurisprudenza, per sostenere che «è ammesso che la consuetudine possa essere un fattore costitutivo della demanialità pubblica, per dare consistenza a diritti patrimoniali, derivabili ai singoli dalla demanialità»⁴⁹, fa leva sull'art. 2 del codice medesimo, ove si disponeva che «i comuni, [...] godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico».

Ed è, infatti, l'uso protratto nel tempo – al di fuori, però, delle regole civili-stiche della usucapione – che determina l'acquisizione del titolo in capo alla collettività, senza che sia necessaria alcuna manifestazione di volontà «costitutiva» da parte dell'ente esponenziale della collettività medesima⁵⁰.

Il secondo scopo cui intende l'elaborazione pretoria è l'affermazione della «legittimazione del singolo utente membro della comunità d'abitanti a tutelare, sia in sede possessoria che in sede petitoria, il diritto stesso, *uti singulus*, cioè come portatore di un interesse proprio, e non meramente come *civis* eser-

⁴⁶ Cass. Roma, 31 dicembre 1904, in *Giur. it.*, 1905, I, 1, c. 189, cit. da V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 960 s.

⁴⁷ V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 961, il quale richiama testualmente Cass. Roma, 9 marzo 1887, in *Foro it.*, 1887, I, c. 397.

⁴⁸ V. C. ESPOSITO, voce *Consuetudine (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, vol. IX, 456 ss.

⁴⁹ Cass. 22 febbraio 1924, in *Corte cass.*, 1924, vol. II, 66, con nota di P.E. BENZA, *Sulla usucapibilità della servitù pubblica di passaggio*, cit. da V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 961.

⁵⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 961 s.

cente azione popolare in sostituzione del comune»⁵¹.

La funzione degli enti territoriali rappresentativi delle collettività che, come si è visto, per loro propria capacità determinativa, acquisiscono titoli d'uso collettivo di beni immobili, è allora schiettamente strumentale: formatosi, anzi, il titolo, sorgono in capo all'ente obblighi di amministrazione, «poiché è solo dal momento che il diritto attraverso il fatto dell'esercizio pacifico e ininterrotto dell'uso da parte della popolazione può considerarsi acquisito, che l'ente è legittimato, e allo stesso tempo tenuto, ad intervenire in ordine all'esercizio dell'uso mediante i poteri amministrativi di sua spettanza»⁵²: si stabilisce, insomma, tra collettività ed ente un rapporto di mandato gestorio non esclusivo⁵³, in base al quale il secondo adiuva la prima nel compimento di quegli atti che più agevolmente riescono se coordinati da un centro unitario⁵⁴: e ciò vale anche per l'azione in giudizio⁵⁵.

⁵¹ V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 961.

Tale tipo di azione rientrerebbe, allora, nella tripartizione elaborata da V. SCIALOJA, *Prefazione* a C.G. BRUNS, *Le azioni popolari romane*, trad. it. V. Scialoja, in *AG. XXVIII*, 1882, ora in V. SCIALOJA, *Studi giuridici*, I, 1, Roma, 1993, 108 ss., ispirandosi a quella dell'insigne studioso tedesco e fondata sulla spettanza del provento derivante dall'esercizio dell'azione all'attore o alla cassa pubblica –, tra quelle della terza categoria, costituita dalle azioni popolari propriamente dette, che ricorrono allorché si ha «diritto spettante a tutti i membri della comunità, e da esercitarsi perciò da ciascuno di essi». Cfr., in proposito, A. DI PORTO, *Interdetti popolari*, cit., 491 ss.

⁵² V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 963, il quale, con particolare riferimento al comune, rammenta l'autorevolissima opinione di S. ROMANO, *Il Comune*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* a cura di V.E. ORLANDO, II, t. 1, Milano, 1907, 614 ss., alla cui stregua l'ente municipale è «il curatore – in senso largo – degli interessi di una comunità di persone avente dei fini speciali», nonché, del medesimo A., i rilievi che «Comprese nel comune e talvolta materialmente coincidenti con esso o con una sua parte, esistono delle collettività le quali su beni appartenenti ad esse stesse o al comune o a terzi godono di [...] diritti» e che tali collettività si distinguono dal comune e possono persino contrapporvisi: «gli utenti costituiscono o un soggetto giuridico a sé, o una pluralità di soggetti, stretti tra loro dalla comunità, in senso largo, del diritto di cui godono», tuttavia ben può accadere «quando la collettività non è eretta a persona giuridica e non ha una sua propria amministrazione, che il comune acquisti il carattere di un suo organo o rappresentante».

⁵³ Nota acutamente V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 965, che v'è un aspetto «che sembra sfuggire a gran parte della dottrina: l'imputazione collettiva del diritto non esclude affatto, “anzi implica”, la contestuale imputazione del diritto stesso all'ente, in quanto esponenziale della collettività medesima (sul piano sociologico) e perciò rappresentativo di essa (sul piano giuridico)»: a tal punto, la riconduzione – si ripete, non esclusiva – ad un centro unitario delle relazioni giuridiche connesse ai titoli collettivi non determina la riduzione a mero presupposto di fatto della collettività e dei singoli, anche *uti cives*, ma rende all'una e agli altri una utilità strumentale.

⁵⁴ Al più potrà dirsi, seguendo anche qui l'orientamento della giurisprudenza e movendo,

Da tutto quanto detto discende che l'interesse pubblico soddisfatto mediante la costituzione dei titoli collettivi coincide – ovviamente nei limiti di compatibilità rappresentati dalle garanzie costituzionali individuali – con quello liberamente assunto dalla collettività, esso cioè «è insito nel fatto dell'utilizzazione collettiva del bene», di tal che «al fine di stabilire la sussistenza del diritto d'uso pubblico, è necessaria ma anche sufficiente l'individuazione del carattere collettivo dell'insieme degli utenti»⁵⁶. Si ha così ulteriore conferma di quel che si osservava precedentemente, in tratto generale, intorno al modo di formazione della classe dei beni pubblici, allorché se ne consideri la consustanzialità rispetto alla collettività territoriale: che – come è stato sottolineato con grande efficacia – «la nozione di interesse pubblico si caratterizza esclusivamente per il riferimento soggettivo dell'attività svolta. È una pubblicità spontanea, se così può dirsi, che attiene a tutto ciò che interessa la collettività nel suo insieme prescindendo dalla valutazione, ovvero, dalle decisioni, dell'autorità amministrativa»⁵⁷: non v'è, né, soprattutto, è necessario che vi sia identità o anche solo omogeneità tra le utilità sottese ai diritti collettivi e quelle corrispondenti ai beni demaniali⁵⁸.

In definitiva, «La imputazione del diritto d'uso pubblico in capo alla collettività, la predicazione del diritto stesso come diritto collettivo, comporta sul piano tecnico soltanto due conseguenze – che sono quelle per la cui applicazione pratica la giurisprudenza ha costruito il modello –: a) l'acquisto del diritto per prescrizione, e cioè per effetto dell'esercizio di fatto, spontaneo, del-

quindi, dall'assunto che la collettività in quanto tale, non organizzata cioè come persona giuridica, sia incapace di agire – assunto però almeno in parte contraddetto proprio dalla strutturazione dell'istituto dei diritti collettivi –, che il comune, in quanto ente rappresentativo della comunità di abitanti insediata sul medesimo territorio, sia chiamato a «perfezionare, se così può dirsi, la carenza di strumentazione giuridica della manifestazione di volontà della comunità d'abitanti titolare del diritto collettivo» (V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 964).

⁵⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 962, il quale scrive che «La legittimazione a far valere il diritto in giudizio spetta sia al comune quale ente rappresentante la collettività dei *cives*, sia a ciascun cittadino *uti singulus* e in nome proprio». Il che è confermato dall'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, qualora sia il singolo ad agire, non si ha «un'ipotesi di litisconsorzio necessario che postuli l'intervento in causa del comune» (Cass., sez. II, 19 luglio 1974, n. 2188).

⁵⁶ V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 963.

⁵⁷ Così V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, 964, il quale aggiunge, poi, che alla stregua di un costante, chiaro indirizzo giurisprudenziale «i diritti di uso pubblico possono comprendere qualsiasi possibile utilizzazione del fondo gravato, anche a titolo di mera comodità, o addirittura di mero diletto».

⁵⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, loc. ult. cit., nonché 966 s., ove si confuta la tesi secondo cui i diritti collettivi di uso rientrerebbero nella fattispecie di cui all'art. 825 c.c., o, comunque, sarebbero limitati o addirittura impediti, quanto alla loro ammissibilità nel nostro ordinamento, dalla presenza di tale disposizione.

l'uso, per il tempo necessario a prescrivere, da parte della stessa collettività degli utenti, prescindendo da qualsiasi manifestazione di volontà in tal senso da parte dell'ente comune; b) l'imputazione in capo ai singoli utenti, oltre che dell'ente comune in quanto esponenziale della collettività degli utenti, dei poteri di tutela del diritto d'uso, sia in sede petitoria che possessoria, a fronte del proprietario della cosa oggetto dell'uso stesso»⁵⁹.

Ora, già dal semplice esame dei loro più salienti aspetti strutturali sembra profilarsi l'attitudine dei titoli collettivi a combinarsi con il principio di sovranità popolare, laddove esso sia espressamente riconosciuto e affermato come canone ordinante⁶⁰. Tale nesso combinatorio, rivelando la collocazione, nell'ambito dell'ordinamento costituzionale, della capacità della quale i titoli in parola sono espressione, induce ad alcune conclusioni.

In primo luogo, e definitivamente, circa la consistenza dell'interesse facente capo ai cittadini in relazione alla destinazione – in senso ampio e comprendente, perciò, anche i beni la cui fruizione non manifesta *prima face* l'intervento dei pubblici poteri, in forza sia della esiguità di questo, sia della imputabilità del medesimo anche alla più generale funzione di tutela dell'ordine pubblico – dei beni pubblici: non già interesse di mero fatto, semplice e perciò irrilevante sul piano giuridico perché privo di tutela.

Qualora si consideri, infatti, che, per quel che si è appena visto, il nostro ordinamento conosce e tutela, anche al di là delle disposizioni di rango primario, il diritto delle collettività a dotarsi dei beni ad esse necessari, ben prima e a prescindere da ogni elemento di formalizzazione e, quindi, di dichiarazione del corrispondente interesse che non sia quella insita nel *fatto* stesso della apprensione dei beni; e che tale tutela implica altresì la eventuale sovrapposizione di un regime pubblicistico a quello civilistico, allorché, per avventura, il bene sul quale si afferma il diritto collettivo sia in dominio individuale⁶¹; e, ancora, che vi sono elementi normativi che attribuiscono ai singoli legittimazione ad agire per la tutela di quei beni che non sono suscettibili di privata

⁵⁹ V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 965.

⁶⁰ Nei più volte citati studi di V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. e ID., voce *Uso pubblico*, cit., che pur spingono tanto a fondo l'analisi delle strutture radicali sulle quali basa il complesso edificio della c.d. proprietà pubblica, non si giunge ad instaurare un nesso diretto da titoli collettivi (d'uso o di proprietà) e principio di sovranità popolare: il che si riflette inevitabilmente sia sulla estensione del novero dei titoli medesimi – limitati a quei beni per i quali il ritenuto difetto di autonoma capacità di agire della collettività può essere agevolmente compensato dalla materiale attività dei singoli – sia sulla qualificazione della attività che il chiaro A. denomina come «*apparecchiamento*» di quelle cose che rendono utilità pubbliche soltanto per il mezzo della mediazione amministrativa, in rapporto alla quale egli non ravvisa una vera e propria obbligazione pubblica.

⁶¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, voce *Uso pubblico*, cit., 964.

proprietà (art. 1145 c.c.); se tutto ciò si considera, si delinea un assetto che ben può postulare l'esistenza, in capo ai pubblici poteri – ciascuno, ovviamente, per il proprio ambito di competenza – di una vera e propria obbligazione di prestare tutte le attività necessarie (normative, amministrative, esecutive e financo semplicemente materiali) affinché abbiano soddisfazione le situazioni giuridiche soggettive che, secondo quel che si è avuto modo di vedere, conferiscono giuridica struttura alla collettività medesima (o alle collettività locali, siccome parti del più generale «gruppo statale» e ad esso unite anche dalla posizione creditoria vantata *ex art. 117, comma 2, lett. m*), Cost., ove lo Stato appare responsabile ultimo e in solido con tutti gli altri enti pubblici).

Vera e propria obbligazione, si diceva, che ha precisa configurazione sia sul piano oggettivo, sia su quello soggettivo, essendovi un novero di obbligati – i pubblici poteri – e un creditore, che è figura giuridica complessa, il popolo⁶². Essa è, in sintesi, ma esaurientemente, regolata, *in capite*, dall'art. 2

⁶² È noto che il tema delle obbligazioni pubbliche, a dispetto della sua rilevanza e, più ancora, della sua sensibilità alla morfologia della organizzazione costituzionale – per ciò stesso che gli elementi di struttura del rapporto obbligatorio e, anzi, la stessa struttura del rapporto obbligatorio (a cominciare dalla sua stessa concepibilità in termini di rapporto) dipendono dalla modo di concepire i pubblici poteri – per lungo tempo è stato pregiudicato, come bene illustra A. BARETTONI ARLERI, voce *Obbligazioni pubbliche*, cit., 384 ss., dalla costruzione del diritto pubblico secondo moduli funzionali e non già teleologici e la estensione di questi anche ad attività non riconducibili alla logica delle funzioni autoritative, di tal che «la posizione degli amministratori fu ampiamente elaborata nella figura della soggezione nell'ambito dei rapporti di diritto amministrativo, mentre non fu neppure concepito un diritto delle obbligazioni della pubblica amministrazione in quanto il concetto stesso di obbligazione appariva riferibile ad essa nel rigoroso ed esclusivo ambito del diritto privato e, concretamente, soltanto in talune vicende contrattuali e quasi contrattuali». Il rapporto obbligatorio si riteneva, insomma estraneo, al diritto pubblico, di tal che sol che elementi normativi pubblicistici concorressero alla relativa disciplina, il rapporto, verrebbe quasi da dire, non era più tale: donde le variazioni intorno alle distinzioni tra dovere, obbligo e obbligazione, sulle quali non mette conto soffermarsi in questa sede, bastando il rinvio, oltre che alla citata voce di Barettoni Arleri, alla classica opera di M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, 1964.

Risalta però – e il punto merita di essere rilevato – che, ancora una volta, sembra che il tema medesimo possa e debba essere riconsiderato – anche al di là delle soluzioni successivamente elaborate dalla dottrina amministrativistica – alla luce del carattere costituzionale, allorché ricorra, degli elementi normativi di disciplina del rapporto. Ciò che acquista specifica incidenza nel nostro sistema ove, secondo si è detto, la Costituzione si caratterizza, innanzitutto, come organizzazione giuridica dell'ordinamento generale dei privati (il popolo), così che ad essa non è affatto estranea la dimensione del rapporto, dal momento che la posizione dei soggetti privati viene qualificata anche in termini creditorii nei confronti delle strutture di amministrazione: basti pensare, ovviamente, all'ampio novero dei diritti sociali, mediante i quali viene compiuta la c.d. soggettivizzazione dei pubblici interessi cui deve corrispondere una attività di prestazione della amministrazione.

Per quel che qui più interessa, l'obbligazione di cui si parla nel testo ha i caratteri della obbligazione pubblica *ex lege costituzionale*, poiché «la legge presenta nel suo contenuto tutti

Cost., ove i diritti inviolabili – che qui è sufficiente considerare come clausola riassuntiva, per ulteriore addizione qualificativa, dei diritti costituzionali numerati – sono posti in rapporto, si direbbe, creditorio rispetto all'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale⁶³. Fattispecie cui accede, con significativa simmetria testuale, la *Staatszielbestimmung* dell'art. 3, comma 2, Cost., sulla quale si è già avuto di soffermarsi.

Il soggetto debitore, unitariamente fatto consistere nella Repubblica, include, senza alcun dubbio, i pubblici poteri e quelli territoriali, innanzitutto, i quali, per la conformazione istituzionale della causa stessa della loro fondazione – per come risulta, ovviamente, dalla Carta fondamentale – sono costituiti debitori *ex Constitutione* e pertanto tenuti senz'altro alla organizzazione di quei servizi pubblici – nella accezione lata alla quale pure si è già fatto riferimento – che, secondo l'*échelle de la domanialité*, conduce dal c.d. demanio necessario sino al patrimonio indisponibile, tutte le volte in cui porzioni del territorio, di per sé considerate o come base di manufatti su di esse insistenti,

gli elementi soggettivi ed oggettivi costitutivi del rapporto obbligatorio, e, nel determinare la prestazione da parte dell'ente pubblico, conferisce il diritto di credito a taluni soggetti direttamente contemplati senza richiedere la realizzazione di un dato fatto presupposto per la costituzione del rapporto» (A. BARETTONI ARLERI, voce *Obbligazioni pubbliche*, cit., 404).

⁶³ Sulla formazione direttamente in Costituzione, nella relazione sistematica dei disposti e, in particolare, di quelli concernenti i diritti con quelli volti a disciplinare l'attività amministrativa, nonché, più ampiamente, l'attività dei pubblici poteri e, quindi, anche degli organi costituzionali, v. le densissime riflessioni di C. ESPOSITO, *Riforma dell'amministrazione e diritti costituzionali dei cittadini*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, cit., spec. 247 ss., ove l'insigne A. scrive: «E la più parte delle proclamazioni dei diritti di libertà dei cittadini (quella che proclama la libertà personale, quella che proclama la libertà di domicilio, e la libertà di corrispondenza e di soggiorno e di riunione e di associazione e religiosa e di pensiero), insomma quella parte della Costituzione che si conchiude con la solenne affermazione della responsabilità personale dei funzionari e dei dipendenti dello Stato e degli enti pubblici per la lesione dei diritti, non disciplina anche la pubblica amministrazione? E molte tra le disposizioni sui rapporti etico-sociali non pongono principi fondamentali per l'attività amministrativa relativa a tali rapporti, e non tendono a disciplinare scuole statali, università ed istituti di alta cultura? E nel titolo terzo sui rapporti economici, non sono fissati i principi fondamentali degli interventi dello Stato-legislatore, ma anche e soprattutto dello Stato-amministratore, nel mondo dell'economia e dell'assistenza e della tutela dei lavoratori e dei cittadini in genere? E molte disposizioni sulle Camere, e sul Presidente della Repubblica, e sul Governo, e sugli organi ausiliari, e sulla giurisdizione, e sulle regioni e sulle provincie e sui comuni, non hanno ad oggetto la pubblica amministrazione? Porre la domanda vale già dare la risposta. Chi voglia sapere come è disciplinata l'amministrazione nella nostra Costituzione, non deve leggere due soli articoli, ma l'intera Costituzione». Di qui, in perfetta coerenza con tale assunto, l'affermazione che «Non è dunque né improprio né inesatto in una Costituzione, che afferma solennemente e con formula generale che "La repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo", parlare di diritti fondamentali dei cittadini alla democraticità, alla legalità, alla imparzialità o alla attività economica della P.A.».

si rivelino strumento per l'adempimento della ridetta obbligazione⁶⁴.

Ove, però, il debitore si renda inadempiente alla obbligazione – avvenga ciò per omissione assoluta o per adempimento soltanto parziale – gli stessi titoli collettivi sui quali si innesta – giusta il rapporto credito-debito – l'attività di prestazione dei pubblici poteri, alla quale si è più volte fatto riferimento, possono utilmente servire quali strumenti di autotutela individuale, surrogando, per così dire, il creditore nella posizione del debitore e legittimando tutte quelle attività dirette ad apprendere i beni necessari al soddisfacimento degli interessi cui i beni medesimi siano, secondo una valutazione di proporzionalità, strumentali.

Il mandante può cioè provvedere direttamente alla «gestione» degli affari dei quali è investito (istituzionalmente) il mandatario.

Ora, è evidente che questa forma di (auto)tutela dei titoli collettivi di appartenenza – che potrebbe annoverarsi tra i diritti di resistenza attiva⁶⁵ – presenta aspetti di particolare radicalità che, se non ne sminuiscono l'importanza sistematica, devono però essere necessariamente ponderati nei profili di compatibilità con la primaria e, si direbbe, altrettanto o, forse, più radicale esigenza di tutela dell'ordine pubblico: l'esercizio diretto dei titoli di appartenenza, che dà luogo ad una forma attraverso la quale si manifesta il dominio eminente della collettività sul territorio e, quindi, sui relativi assetti proprietari, del resto, non ammette soltanto comportamenti materiali di apprensione dei beni in questio-

⁶⁴ È appena il caso di rilevare che l'azione volta all'adempimento della obbligazione costituzionale della quale si dice nel testo prende e deve prendere avvio, almeno per effetto del combinato disposto degli artt. 42 e 97 Cost., dalla adozione delle leggi che consentano la limitazione della capacità dei soggetti privati in ordine alle zone di territorio interessate e conferiscano titolo di legittimazione alla successiva attività dell'amministrazione.

⁶⁵ Donde l'importanza sistematica di cui si dice subito dopo nel testo. Non è certo questa la sede per addentrarsi nella controversa tematica del diritto di resistenza. Merita però rammentare, con le parole di P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 250, che «Sembra dunque potersi riaffermare, in linea generale, che, soprattutto in mancanza di norme costituzionali in contrasto e, viceversa, in presenza di norme penali che legittimano il sindacato dell'ordine della P.A. da parte del privato – come accade in Italia – sia lecita la resistenza, sia individuale che collettiva, sia attiva che passiva, contro tutte le funzioni pubbliche e contro tutte le attività private che producano lesioni; che essa costituisce l'estrema tutela avverso tutte le lesioni delle situazioni soggettive costituzionali, sia cioè un vero mezzo di difesa del regime».

L'attinenza del tema dei beni pubblici alla più intima trama della organizzazione costituzionale, con i caratteri peculiari positivamente stabiliti al suo regime e, quindi, per quel che qui più interessa, la stretta connessione tra principio di sovranità popolare e diritti costituzionali e, per conseguenza, la proiezione «possessoria» dei medesimi nei confronti del territorio e, in pari tempo e verso lo stesso oggetto, pretensiva nei confronti dei pubblici poteri, giustifica – sembra di poter dire – la ipotesi che nella stessa direzione si collochino forme di resistenza attiva.

ne⁶⁶, quanto legittimazione ad usare le forme di tutela già note all'ordinamento vigente anche al di là dei limiti della relativa fattispecie, secondo un ordine concettuale proprio dell'azione popolare, per la coincidenza – che, per quel che si è avuto modo di vedere, si rivela paradigmaticamente in rapporto ai beni pubblici – tra interesse individuale *uti civis* e interesse della collettività.

È questo il caso, in via esemplificativa, dell'art. 1145 c.c., che – come si è rammentato – legittima i privati, nei loro reciproci rapporti, a servirsi dell'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». La fattispecie complessa che risulta dalla combinazione tra la disposizione appena citata e l'art. 24 Cost., consente di ritenere che la legittimazione in parola possa essere estesa più ampiamente alla difesa di «diritti di possesso» che si leghino ad esigenze della collettività *uti cives* in mancanza di beni aperti al pubblico uso per necessità ricollegabili ai diritti costituzionali, con conseguente loro negazione a favore di usi individuali, privati ovvero anche amministrativi⁶⁷.

A risultati analoghi conduce – ma qui è possibile solo un cenno fugace – la connessione tra titoli collettivi e strumenti della tutela cautelare atipica *ex art. 700 c.p.c.*, per la particolare attitudine che codesta disposizione del codice di rito civile esibisce alla salvaguardia di interessi costituzionali⁶⁸: proprio in ordine a tali interessi deve, infatti, ritenersi ammissibile la tutela finale di accertamento, che, in simili ipotesi, potrà avere ad oggetto la legittimità dell'esercizio individuale del titolo postulato, *sub condicione* del mancato adempimento, da parte dei pubblici poteri, della obbligazione di approntamento dei beni e delle relative strutture.

⁶⁶ ... che mantiene però significato e valore di fondamento del ricorso agli strumenti di cui si dice nel testo. Tuttavia, anche comportamenti materiali individuali finalizzati a procurare le utilità derivanti dai beni potranno essere «*scriminati*», laddove diano luogo a violazione di disposizioni poste a tutela di altre prerogative individuali, qualora tale nesso causale possa essere oggettivamente misurato quanto a coerenza e proporzionalità.

⁶⁷ Azioni di tal genere potranno poi formare presupposto per il ricorso ad altro strumento di tutela, di genere però più propriamente collettivo, ossia la eccezione di illegittimità costituzionale.

⁶⁸ Cfr. A. PROTO PISANI, voce *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, *ad vocem*, vol. XXIV, *passim*.

