

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI “ROMA TRE”



ANNO ACCADEMICO 2008/2009

DIPARTIMENTO DI DIRITTO EUROPEO. STUDI GIURIDICI NELLA DIMENSIONE
NAZIONALE, EUROPEA, INTERNAZIONALE.

TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO AMMINISTRATIVO
(XXI CICLO)

*I BENI COMUNI.
FUNZIONE PUBBLICA E STRUMENTI DI TUTELA DELLE
RISORSE NATURALI.*

DOTTORANDO:
DOTT. ANDREA FARÌ

TUTOR:
CHIAR.MO PROF. GIAMPAOLO ROSSI

INDICE

Premessa. Il perimetro dell'analisi.	p.4
1. Interesse ambientale e beni.	p.6
1.1. L'interesse ambientale e l'ambiente come bene giuridico.	
1.2. Le risorse naturali. Delimitazione di una categoria.	
1.3. Le risorse come sistema: indivisibilità, interdipendenza e complessità.	
1.4. Scarsità della risorsa e rivalità nel consumo. L'approccio economico della teoria dei <i>commons</i> .	
2. Beni pubblici e beni comuni.	p.40
2.1. Sul connotato pubblico dei beni a fruizione collettiva.	
2.2. Il c.d. demanio naturale nelle confuse categorie codicistiche dei beni.	
2.3. I beni dall'appartenenza alla funzionalizzazione all'interesse.	
2.4. La fruizione collettiva nelle teorie sui beni. L'elaborazione della proprietà collettiva.	
2.5. L'incidenza dell'interesse ambientale sull'evoluzione delle teorie sui beni. L'ipotesi della categoria dei beni comuni.	
3. Gli effetti dell'interesse ambientale sul rapporto tra soggetti e beni. Problematiche emergenti.	p.94
3.1. Il superamento dell'appartenenza e la posizione del soggetto privato rispetto al bene. Oltre la dicotomia tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. Le prerogative di partecipazione procedimentale e legittimazione processuale.	
3.2. Quale soggetto? La funzione pubblica tra i processi di decentramento e la dimensione ascendente della sussidiarietà.	

4. Forme e strumenti di tutela e gestione della risorsa comune tra schemi autoritativi e strumenti di mercato. p.126
 - 4.1. Quale funzione pubblica? La regolazione dell'accesso alle risorse tra autorità e mercato.
 - 4.2. I vincoli. Conformazione pubblica di beni privati a fini di tutela ambientale.
 - 4.3. La proprietà pubblica come strumento. Demanio e concessioni nell'ottica di tutela delle utilità collettive.
 - 4.4. Il mercato indotto.

5. Le questioni aperte. Spunti di riflessione sulla sostenibilità delle scelte pubbliche di regolazione dei beni. p.182
 - 5.1. Dai beni pubblici ai beni comuni. Una ipotesi da rivedere.
 - 5.2. Il principio di sviluppo sostenibile come forma e limite della proporzionalità delle scelte. Il vincolo delle generazioni future e i problemi di effettività della tutela.
 - 5.3. Le questioni aperte

Bibliografia

p.200

Premessa. Il perimetro dell'analisi.

Nelle pagine che seguono si intende svolgere un ragionamento sull'incidenza dell'interesse ambientale nella disciplina dei beni, analizzando in particolare quale ruolo è assunto in tale contesto dal potere pubblico.

La scelta di adottare come misura dell'analisi l'interesse ambientale si impone come necessaria, poiché solo attraverso la lente dell'emersione del valore giuridico del bene giuridico ambientale si possono cogliere le peculiarità degli elementi che lo compongono, ovvero delle risorse naturali.

Secondo una prima approssimazione, si può affermare che le risorse in questione rilevino per il diritto sotto due aspetti.

In primo luogo, quali beni materiali. Per alcune di esse, come i laghi, le foreste, il suolo, è infatti facile cogliere tale essenza.

In secondo luogo, esse rilevano proprio quali elementi costitutivi dell'ambiente, inteso in senso complessivo e ampio, quale bene giuridico cui l'ordinamento riconosce tutela.

Tale duplice prospettiva costituisce necessariamente il fondamento dell'analisi proposta, poiché è proprio la relazione tra l'evoluzione del valore giuridico del bene-ambiente e il regime giuridico dei beni-risorse a costituire il dato specifico di questo settore dell'ordinamento ed a generare l'emersione di aspetti problematici di grande interesse.

La peculiarità dell'oggetto dell'analisi è data proprio da questa doppia e parallela dimensione in cui si muove la regolazione giuridica delle risorse, che rilevano in quanto beni, per i quali occorrerà analizzare il regime giuridico vigente e le prospettive di evoluzione di esso, ma anche quali componenti di un sistema complesso e superiore, in cui le proprietà e le caratteristiche unitarie non corrispondono alla somma delle caratteristiche delle singole unità di base,

ma presentano l'emersione di utilità ulteriori che la disciplina giuridica in materia ambientale ha di recente preso in considerazione.

Poiché l'ambito di interesse della ricerca, così definito, avrebbe potuto essere troppo ampio per le finalità assegnate, si è ritenuto opportuno concentrare l'attenzione sul ruolo del potere pubblico e sulla funzione di tutela ad esso assegnata dall'ordinamento.

L'ambiente e le risorse che lo compongono possono essere investigati sotto molteplici aspetti e da altrettanti rami del sapere scientifico, pertanto, nella convinzione dell'utilità di un approccio aperto anche alle discipline non giuridiche, ci si servirà, ove ritenuto opportuno, di acquisizioni in materia offerte anche dalle scienze naturali e dalle teorie economiche.

E' opportuno premettere che la materia oggetto dell'analisi rappresenta un filone di studi giuridici relativamente recente e pertanto soggetto alla facile tentazione di rinvenire nelle caratteristiche delle discipline di volta in volta considerate elementi di novità rispetto al passato. Appare proficuo invece aderire all'impostazione che guarda con prudenza e ponderazione ai risultati dell'analisi, accogliendo l'approccio metodologico che ricerca nei fenomeni giuridici dapprima le invarianti su cui poter ricostruire le varie discipline e successivamente segnala le specificità della materia studiata confrontando i risultati con istituti ed acquisizioni già presenti nell'ordinamento, individuando in tal modo tendenze evolutive, profili problematici e, se del caso, tratti innovativi .

CAPITOLO I

INTERESSE AMBIENTALE E BENI

1.1 L'interesse ambientale e l'ambiente come bene giuridico- 1.2 Le risorse naturali. Delimitazione di una categoria. -1.3 Le risorse naturali come sistema: indivisibilità, interdipendenza e complessità. - 1.4 Scarsità della risorsa e rivalità nel consumo. L'approccio economico della teoria dei commons.

1.1 L'interesse ambientale e l'ambiente come bene giuridico.

Il dato giuridico di partenza è costituito dall'acquisita evoluzione dell'interesse ambientale, che da giuridicamente irrilevante è divenuto "valore" costituzionalmente garantito, passando per le tappe intermedie dell'elaborazione che vi hanno di volta in volta riconosciuto un bene oggetto di tutela dalle caratteristiche dapprima materiali e successivamente immateriali.

L'interesse ambientale è un interesse il cui soggetto portatore è la collettività nel suo significato più ampio e globale, inteso in senso quindi indeterminato e non riferibile ad un gruppo di persone territorialmente definito o definibile. Per questo motivo la prima veste in cui appare all'occhio del giurista è quella dell'interesse diffuso, che dal piano della società di riferimento cerca legittimazione sul tavolo della rilevanza giuridica.

E' allo stesso tempo un interesse che si riferisce ad utilità che possono essere definite essenziali alla sopravvivenza dell'uomo stesso, e pertanto, da un lato all'inizio della sua evoluzione era ricompreso nel diritto alla salute, mentre all'altro lato sempre più spesso viene avvicinato da parte della dottrina ai diritti fondamentali¹.

Nella consapevolezza dell'oziosità di un approccio meramente cronologico e descrittivo, accogliendo il rischio di una trattazione che si ponga subito in *media res*, senza premesse di carattere generale, l'attenzione deve essere posta sulla capacità dell'interesse ambientale di permeare la realtà giuridica e condurre ad esiti specifici l'analisi.

Il passaggio che qui interessa è quello del riconoscimento all'interesse ambientale della natura di bene giuridico composito. Gli elementi di tale

¹ F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002, 215 ss.

composizione sono le risorse naturali, nell'accezione ampia e sistemica che si vedrà più avanti.

Ma l'interesse ambientale ha subito una evoluzione giuridica peculiare, che ha condotto molti interpreti a spendere per esso concetti dal significato diverso, come quelli cosa, bene e bene giuridico, sui quali è necessario soffermare brevemente l'attenzione per comprendere le direttrici del ragionamento.

Tralasciando le tappe dell'emersione dell'interesse ambientale, che si danno per presupposte, si vuole proporre una interpretazione di tale linea evolutiva.

E' opportuno infatti sposare l'angolo visuale di quanti² hanno visto proprio nell'interesse ambientale i tratti di una parabola concettuale confusa ed incerta in ragione della natura storica e servente rispetto alla disciplina di volta in volta applicabile che connota le definizioni giurisprudenziali di fenomeni nuovi.

La prima dottrina che, negli anni Settanta, ha sostenuto che quella di "ambiente" non sarebbe una nozione giuridica, ma soltanto la somma di una pluralità di profili giuridicamente rilevanti³, era la naturale espressione di una

² G.ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, 67 ss.

³ In un noto articolo intitolato «*Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*» (In *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973), M.S.GIANNINI ha sottolineato come il concetto di "ambiente" può essere inteso in senso naturalistico (paesaggio, beni culturali, bellezze naturali, parchi florofaunistici etc.), oppure come l'insieme degli aspetti inerenti al fenomeno dell'inquinamento (sanità, igiene del suolo, difesa delle risorse idriche, difesa dell'atmosfera, etc.), o, ancora, in senso urbanistico, come sinonimo di "assetto del territorio. Nella stessa posizione di M.S. GIANNINI si è trovata parte della contemporanea dottrina francese. Sul punto, cfr. J. LAMARQUE, *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, LGDJ, 1973, il quale, rifiutando una concezione estensiva della materia, ha fatto notare criticamente che «tutto può rientrare nell'ambiente; vi si possono includere contemporaneamente l'insegnamento, il tempo libero, il problema dei trasporti, il sistema di comunicazione nel suo insieme, i modi di diffusione del pensiero, le arti, la medicina ...» e ha suggerito pertanto di ridurre la nozione di ambiente ai casi in cui «un elemento naturale, come l'aria o l'acqua, divenga veicolo di nocività atto a compromettere l'equilibrio fisico-fisiologico dell'uomo». Nella medesima prospettiva R. DRAGO, *La protection du voisinage et de l'environnement*, PPS, 1979, p. 457, che ha definito "assurdo" considerare il diritto

società in cui l'autonomia concettuale di una tutela ambientale non era ancora maturata⁴.

Le prime forme di tutela sono state infatti accordate attraverso una valorizzazione dell'interesse ambientale all'interno del diritto di proprietà ovvero del diritto alla salute, mentre lento è stato il processo di affrancamento delle posizioni giuridiche soggettive collegate all'ambiente dagli altri interessi incidentalmente coinvolti al fine di assumere, soprattutto attraverso l'opera della giurisprudenza costituzionale, un autonomo rilievo giuridico⁵.

dell'ambiente come una nuova disciplina giuridica. Significativa anche la posizione di M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1984, p. 2, che ha qualificato l'ambiente una «nozione camaleonte» e ha fatto notare come la stessa venga normalmente intesa come espressiva di almeno due significati: all'approccio ecologista che configura l'ambiente come un «insieme di dati ed equilibri di forze concomitanti che condizionano la vita di un gruppo biologico» si contrappone quello di urbanistico architettonico volto a qualificarlo come «la zona di contatto tra uno spazio costruito e il contesto (naturale o artificiale) in cui si colloca».

⁴ Allo stesso modo, la storicizzazione delle fasi di evoluzione del concetto giuridico di ambiente impone di soprassedere a quella visione patrimoniale della giurisprudenza della Corte dei conti che aveva definito il bene ambientale come «l'insieme di beni e di utilità economicamente apprezzabili che sono a disposizione ed in uso alla collettività, e nei cui confronti lo Stato (o l'ente territoriale) assume l'obbligo di tutela riconoscendo ad essi nelle leggi, ai diversi livelli, una particolare protezione». L'enfasi riposta sugli aspetti patrimoniali era tuttavia servente rispetto alla finalità di configurare il danno ambientale come una particolare specie del «danno erariale» ed agganciarvi la relativa giurisdizione contabile, inteso come danno cagionato direttamente allo Stato o in ragione della diminuzione patrimoniale del bene a questo appartenente, ovvero, come conseguenza delle spese necessarie per la riduzione in pristino. Ne consegue che l'introduzione dell'art. 18, legge n. 349/1986, devolvendo al giudice ordinario le controversie in materia di risarcimento del danno ambientale, ha segnato il graduale tramonto di questa ricostruzione che, secondo G.ROSSI, *Diritto dell'Ambiente*. Op. cit., 69, «non appariva comunque in grado di spiegare come la patrimonialità del danno incidesse sulla configurazione del bene ambientale in termini unitari».

⁵ Con la prima di queste impostazioni il diritto all'ambiente veniva si poneva in una dimensione strettamente proprietaria e la tutela era subordinata al rapporto di vicinanza tra il bene e le attività che potessero ostacolarne un pieno godimento. La protezione del singolo veniva infatti ricondotta al generale divieto di immissioni sancito dagli artt. 844 e 890 c.c. e si proiettava sui profili dominicali attinenti al rapporto fra un soggetto e il bene oggetto di proprietà. (Cass., S.U., 9 aprile 1973, n. 999, in *Foro it.*, 1974, I, c. 843). Questa posizione ha subito un primo ridimensionamento a partire dalla sentenza della Cassazione, S.U., 9 marzo 1979, n. 1463 (in *Foro it.*, 1979, I, c. 939) ove ai profili di appartenenza del bene si è affiancato uno specifico riferimento alla tutela della salute. Ma già in una sentenza di lì a poco successiva (Cass., S.U. 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Foro it.*, 1979, I, c. 2302) la Corte ha affermato l'esistenza di un «diritto soggettivo alla salubrità dell'ambiente» in rapporto di diretta derivazione con l'art. 32 Cost. e affrancato da ogni dimensione proprietaria. Nella pronuncia la Corte afferma che

Con la presa di coscienza di funzioni ascrivibili ad unica voce di tutela omogenea, intorno all'interesse ambientale è sorta una dimensione organizzativa, che ha reso possibile catalizzare le funzioni ad esso attinenti intorno a soggetti autonomi, a partire dall'istituzione del Ministero dell'Ambiente.

«Si è venuta così a formare, quanto meno sotto il profilo delle competenze, una nozione giuridica che, come spesso avviene, è diversa, più delineata, della nozione in uso nel linguaggio comune e che inizialmente è in prevalenza individuabile in chiave difensiva, nella lotta all'inquinamento e nella conservazione di zone determinate»⁶. L'influenza della dimensione organizzativa nel consolidamento dell'interesse ambientale è sottolineata in dottrina al punto da essere considerato il passaggio prodromico al riconoscimento di un bene unitario ambientale⁷.

Il punto critico dell'elaborazione si è avuto nel passaggio successivo, quando cioè dal piano dell'interesse si è avvertita la necessità di inquadrare la disciplina sul danno ambientale nelle categorie conosciute e pertanto di individuare la natura sia del bene inciso che della situazione giuridica soggettiva corrispondente. Il tema è quindi strettamente connesso a quello che si

devono essere preservate «le condizioni indispensabili o anche solo propizie alla salute dell'uomo anche nei luoghi in cui si articolano le comunità sociali nelle quali si svolge la sua personalità; il diritto alla salute, piuttosto e oltre che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre». La tutela dell'ambiente viene quindi ancorata ad una prospettiva antropocentrica e subordinata all'azione individuale del singolo. Secondo questa impostazione non era riconosciuto l'ambiente quale bene in sé passibile di posizioni giuridiche proprie. Hanno comunque rinvenuto una specifica presa di posizione in ordine ad una possibile qualificazione dell'ambiente come oggetto di diritti soggettivi individuali, A. POSTIGLIONE, *Ambiente:suo significato giuridico unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 32 ss.; F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente. Inquinamenti e riforma sanitaria*, Milano, 1980; M. COMPORI, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Riv. giur. ambiente*, 1990, 2, 191 ss.; A. GUSTAPANE, *Tutela dell'ambiente*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 413 ss.; S. PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.*, 1980, 859 ss.

⁶ G.ROSSI, *Diritto dell'Ambiente*, op. cit., 12.

⁷ Così G. ROSSI, *Diritto dell'Ambiente*, op. cit. 15.

approfondirà in seguito, delle situazioni giuridiche soggettive, ma anche in questo caso, come è stato notato in dottrina, «conviene partire dalla considerazione del bene oggetto di tutela perché è più facile poi trovarne qualche soggetto titolare dell'interesse, mentre sarebbe impossibile qualsiasi passo ulteriore se il bene, in senso giuridico, fosse inesistente, esaurendosi nella semplice somma dei beni che lo compongono»⁸.

All'individuazione di un bene giuridico unitario è infatti pervenuta la successiva giurisprudenza della Corte costituzionale a ridosso della legge istitutiva del Ministero dell'ambiente.

In presenza di una disciplina appositamente dedicata al “danno ambientale”, il bene giuridico interessato dalla tutela doveva, infatti, essere necessariamente immunizzato dalle forze attrattive esercitate da altri diritti. Così, nell'ambito della pronuncia della Corte costituzionale, 28 maggio 1987, n. 210, si è giunti a configurare il diritto all'ambiente come diritto della persona ed interesse dell'intera collettività che incide su un «bene unitario comprensivo di tutte le risorse naturali».

I profili afferenti alle caratteristiche del bene sono stati poi oggetto di una più articolata riflessione nell'ambito della sentenza della Corte costituzionale, 30 dicembre 1987, n. 641, ove si afferma che «l'ambiente è un *bene immateriale unitario*, anche se è formato da varie componenti ciascuna delle quali può costituire isolatamente e separatamente oggetto di cura e tutela». Secondo la Corte «il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti ruoli, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione».

⁸ G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, op. cit., 96.

La Consulta ha poi avuto modo di definire meglio le caratteristiche del bene ambiente quando si è trovata a dover circoscrivere la definizione per permettere l'applicabilità del riparto di competenze legislative di cui all'art. 117, co.2, lett. S) della Costituzione. Non occorre aggiungere molto alle considerazioni espresse in quelle occasioni e riprese in tutta la giurisprudenza giunta fino ad oggi, poiché con riferimento all'ambiente è stato chiaramente affermato nella sentenza 378/2007, che «si tratta di un bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti. [...] Oggetto di tutela, come si evince anche dalla Dichiarazione di Stoccolma del 1972, è la biosfera, che viene presa in considerazione, non solo per le sue varie componenti, ma anche per le interazioni fra queste ultime, i loro equilibri, la loro qualità, la circolazione dei loro elementi, e così via. Occorre, in altri termini, guardare all'ambiente come "sistema", considerato cioè nel suo aspetto dinamico, quale realmente è, e non soltanto da un punto di vista statico ed astratto».

Ed è da notare, a questo proposito, che la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisce ad un interesse pubblico di valore costituzionale primario (sentenza n. 151 del 1986) ed assoluto (sentenza n. 210 del 1987), e deve garantire (come prescrive il diritto comunitario) un elevato livello di tutela, come tale inderogabile da altre discipline di settore.

In particolare, si sottolinea come la definizione di ambiente che ne scaturisce è quella di una «entità organica», con riferimento al quale «le norme di tutela hanno ad oggetto il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto». Tuttavia, accanto al bene giuridico ambiente in senso unitario,

possono «coesistere altri beni giuridici, aventi ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma concernenti interessi diversi giuridicamente tutelati»⁹.

Su un piano differente, al termine di un percorso interpretativo volto a definire il perimetro delle funzioni, la giurisprudenza della Corte è giunta in seguito a posizionare l'ambiente tra i valori costituzionali¹⁰, cui attribuisce il connotato di primarietà, abbandonando per certi versi la prospettiva del bene¹¹.

Ciò che tuttavia interessa per il ragionamento sulle risorse naturali, è che l'interesse ambientale si è cristallizzato in bene giuridico, la cui natura è composita e complessa, poichè è formata dall'insieme di altri beni, le risorse naturali, ma non si esaurisce nella somma di esse.

⁹ Tutte le citazioni da C.Cost. 378/2008, ma analoghe affermazioni si rinvengono anche, *ex multis*, in C.Cost. 104/2008 e, da ultimo, C. Cost. 12/2009.

¹⁰ Tra le abbondantissime pronunce, Corte costituzionale, 18 marzo 2005, n. 108, in *Foro amm. CDS*, 2005, f. 3, p. 679; Corte costituzionale, 22 luglio 2004, n. 259, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 2447 ss.; Corte costituzionale, 28 giugno 2004, n. 196, in *Riv. giur. Edilizia*, 2004, I, p. 1137 ss.; Corte costituzionale, 4 luglio 2003, n. 227, in *Dir. e giur. agr.*, 2004, p. 86 ss.; Corte costituzionale, 24 giugno 2003, n. 222, in *Ragusan*, 2003, f. 233-4, p. 413 ss.; Corte costituzionale, 20 dicembre 2002, n. 536, in *Giur. it.*, 2003, p. 1995 ss.; Corte costituzionale, 26 luglio 2002, n. 407, in *Regioni*, 2003, p. 312 ss.

¹¹ Come attestano ormai varie sentenze, l'asserita primari et  non accredita un postulato di preminenza dell'ambiente sugli altri valori costituzionali.

Il principio di primariet  impone piuttosto alle istituzioni di non estromettere il valore ambientale dalle operazioni di bilanciamento, che nondimeno restano come tali libere di confluire in equilibri di volta in volta diversi, in rapporto al peso relativo degli interessi in gioco. Basti un rinvio, tra i molti precedenti che esprimono l'idea, alla pronuncia della Corte costituzionale, 27 giugno 1986, n. 151, in *Foro amm.*, 1987, p. 3 ss, nonch  alla sentenza della Corte costituzionale, 28 giugno 2004, n. 196, in *Riv. giur. Edilizia*, 2004, I, p. 1137, ove si premette che "gli interessi [...] relativi alla tutela del paesaggio come forma del territorio e dell'ambiente, sono qualificabili come valori costituzionali primari", per aggiungere per  nel seguito che "tale primariet  non legittima un primato assoluto, ma che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni". In dottrina, tra i molti, G. CAIA, *La gestione dell'ambiente: principi di semplificazione e di coordinamento*, in AA. VV., *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO cit., p. 237 ss.; S. GRASSI, M. CECCHETTI, *Profili costituzionali della regolazione ambientale nel diritto comunitario e nazionale*, in AA. VV., *Manuale delle leggi ambientali*, cit., p. 34 ss. 268.

Se la teoria del danno ambientale e le pronunce giurisprudenziali richiamano l'attenzione alla teoria del bene in senso giuridico, occorre capire in che senso è possibile parlare dell'ambiente come di un bene giuridico.

Già Pugliatti¹², in antitesi con una vecchia opinione che considerava bene in senso giuridico soltanto il bene individualmente appropriabile (e perciò definito “patrimoniale”), ha distinto tra beni giuridici in senso stretto (per l'appunto beni economici oggetto di appropriazione individuale) e beni giuridici in senso lato (i beni che sono da considerare tali per effetto di una tutela diretta da parte della legge nell'interesse della collettività).

In questa composizione della nozione, è agevole constatare come la tutela che reclama il bene ambiente è diversa da quella che richiedono i beni economici, che hanno la funzione di soddisfare i bisogni individuali e al cui tutela giuridica serve a garantire tale funzione. Per quest'ultimi, infatti, lo strumento più idoneo ai fini di tutela è apparso, ovviamente, lo strumento proprietario: è la proprietà, infatti, che garantisce il potere del soggetto di godere e di disporre del bene in modo pieno ed esclusivo. L'ambiente, invece, considerato nel suo complesso, non soddisfa bisogni individuali, ma bisogni collettivi, non assolve ad una funzione di scambio, ma ad una funzione di fruizione collettiva. Pertanto l'ambiente non può che essere considerato un bene giuridico in senso lato¹³.

¹² S.PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1964, 61 ss.

¹³ In proposito, P.MADDALENA, *Il danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990, ricorda come sia un falso mito quello per cui i beni giuridici sarebbero solamente quelli individualmente appropriabili. Ed infatti, i giuristi romani distinguevano la disciplina del ius naturale da quella dello ius civile, indicando due concetti di bene differenti in ciascuno dei due. Secondo Ulpiano, esistono due concetti di bene in senso giuridico: l'uno, più ampio, dato dal diritto naturale, definisce bene ciò che è utile; l'altro, più ristretto, è quello offerto dallo ius civile, che indica come tali soltanto i beni appropriabili. L'appropriabilità, quindi, è determinante solo per lo ius civile, e non per l'altra accezione. Se ne può per sommi capi dedurre che il concetto di bene giuridico veniva ricondotto all'utilità del bene stesso, requisito sufficiente per poter appunto parlare di “bene”, mentre la patrimonialità è un elemento ulteriore che concerne solo lo ius civile.

Emerge quindi dal quadro delineato un ambiente come concetto “sistemico”, che tuttavia potrebbe far ritenere che esso sia riconducibile alla relazione tra le sue componenti, mentre esso implica la presenza di risorse che stanno tra loro in una certa relazione, ma non si risolve nella relazione stessa¹⁴.

Qui occorre segnalare come nell’elaborazione dei concetti riguardo all’ambiente ed alle sue componenti, poca attenzione è stata posta sui concetti di “cosa” e di “bene”.

Da un lato, si fa notare infatti come dal punto di vista giuridico, non tutte le cose che formano il sistema ambiente sono prese in considerazione dal diritto, e quindi considerate beni. Il sole, le stelle, il firmamento, che pure formano il sistema, non rientrano nella previsione giuridica, la quale prende in considerazione solo quelle cose che ricadono nella disponibilità umana e tralascia quelle cose che sono praticamente fuori della sfera d’azione degli individui¹⁵.

Dall’altro si giunge a mettere in dubbio la legittimità stessa di un approccio che identifica l’ambiente come bene, poiché il passaggio dal concetto di cosa a quello di bene presuppone una visione antropocentrica di appropriazione della cosa che non può attagliarsi all’ambiente¹⁶. I concetti di

¹⁴ Particolarmente interessante, nella valutazione dell’interesse superiore ai singoli beni, può risultare l’elaborazione di M.S.GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1976, p. 26 ss. con riferimento ai beni culturali, in cui riecheggiano ragionamenti utili anche per le risorse naturali, ed a cui lo stesso autore, seppur indirettamente, fa riferimento¹⁴. L’interesse pubblico, infatti, si appunta sull’oggetto, sia esso in proprietà pubblica o privata, che abbia valore culturale, e crea il bene giuridico culturale. Tale bene giuridico, sottolinea Giannini «benché abbia a supporto una cosa, non si identifica nella cosa medesima, ma si aggettiva in quel valore culturale inerente la cosa. Detto in termini concreti, il quadro del grande pittore è una cosa, che è supporto insieme di uno o più beni patrimoniali, e di un altro bene che è il bene culturale. Come bene patrimoniale, la cosa è oggetto di diritti di proprietà; come bene culturale è oggetto di situazioni soggettive attive del potere pubblico, che alcuni ritengono diritti, e che sono invece potestà. Per i beni ambientali il discorso è ancora più evidente».

¹⁵ Così P.MADDALENA, *Il danno pubblico ambientale*, op. cit., 124.

¹⁶ L.PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1/2009, 1 ss.

cosa, bene e oggetto di diritto, vengono messe in discussione poiché «si reggono sui paradigmi dell'appropriazione della natura da parte dell'uomo, della centralità della proprietà delle cose materiali, della funzione economica delle cose e dei beni». Una simile impostazione, peccerebbe dell'adozione di un «orizzonte cartesiano della coincidenza tra razionale e reale e nelle geometrie euclidee delle cose»¹⁷.

Entrambe le prospettive peccano nell'approccio al problema ambientale.

La prima visione, infatti, nel considerare all'interno della nozione di ambiente solo ciò che è nella disponibilità umana, finisce con l'aderire ad una visione materiale non solo delle risorse ambientali, ma dell'ambiente stesso¹⁸. Tale visione merita di essere criticata, poiché postula una materialità del sistema e delle sue relazioni che non corrisponde alla natura delle risorse stesse e delle proprietà da esse emergenti, come si avrà modo di approfondire a breve.

La seconda invece, non considera che proprio l'approccio sistemico prevede un sostrato di elementi materiali, le risorse, che sono lo schermo attraverso il quale si coglie l'insieme. E' dall'interrelazione tra elementi materiali che si ottengono proprietà ulteriori. Le discipline positive si rivolgono indirettamente al fine di tutela ambientale, ma direttamente alla gestione delle risorse, in quanto beni. E' significativa a tal proposito la formulazione delle norme in materia di danno ambientale, che considerano la lesione all'ambiente

¹⁷ L. PERFETTI, op. cit., 26.

¹⁸ P. MADDALENA, op. cit., sposa infatti una visione del bene ambientale come bene materiale, composto dalle risorse quali altrettanti beni materiali. Infatti testualmente: «Della materialità dell'acqua, del suolo, della flora e della fauna, infatti, non è possibile dubitare. Ma non è possibile dubitare neppure della materialità dei beni ambientali più complessi, come il bene natura o il bene territorio. Il tutto, infatti, deriva dalla composizione di varie cose materiali, ed il bene che ne risulta non si risolve affatto nella composizione (o nel "sistema", come si preferisce dire), ma consiste invece nelle varie cose che stanno tra loro in un certo rapporto. Insomma punto di partenza è sempre una cosa materiale, e le qualità della cosa, la composizione delle cose non possono essere considerate entità distinte dalle cose».

come lesione che passa necessariamente per l'incisione delle caratteristiche delle risorse che lo compongono e delle loro relazioni.

La protezione giuridica del solo bene ambiente staccato dal bene materiale sarebbe affermazione priva di contenuto, non tutelerebbe affatto il bene. Ciò che importa è la conservazione e fruizione del bene, e queste possono avvenire soltanto se si protegge concretamente il bene materiale, e non idealmente il bene ambiente in senso lato.

Occorre porre in evidenza che sulla stessa cosa materiale possono insistere più beni in senso giuridico, appartenenti a soggetti diversi. E' lo stesso Pugliatti che in proposito precisa: «la cosa, nella sua individualità, è unica e identica; ma in quanto oggetto giuridico, assume vari aspetti»¹⁹. Nulla impedisce quindi che la stessa cosa possa appartenere a soggetti diversi in relazione ai diversi beni, e cioè alle diverse utilità che offre.

E qui si innesta la prospettiva che si ritiene più idonea per cogliere il problema della tutela delle risorse ambientali e della considerazione di esse e dell'ambiente come beni.

Le risorse sono indubbiamente beni, intese anche nel loro sostrato materiale, mentre l'ambiente è il sistema complessivo, che può essere colto partendo dalle relazioni tra le risorse, e che ha natura di bene giuridico in senso lato, non materiale. Si giunge quindi alla constatazione della relazione di reciproche influenze tra i diversi piani del discorso giuridico, quello del bene-ambiente e quello delle risorse naturali, nella acquisita consapevolezza che «un bene composto può quindi essere oggetto di specifiche situazioni giuridiche soggettive senza escludere il rilievo giuridico autonomo delle componenti»²⁰.

¹⁹ S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, op. cit., p.25

²⁰ Non si tratta, del resto, di una vicenda esclusivamente specifica dell'ambiente; è, anzi, propria di tutte le vicende collettive nelle quali l'insieme dei "fattori" produce un effetto superiore alla somma dei componenti: così la famiglia non è solo la somma dei suoi membri e così le associazioni, le società, gli enti territoriali. Ma anche con riferimento alla singola persona si

Per il perseguimento dei fini di tutela che riguardano l'ambiente, le forme della regolazione giuridica si appuntano sulle risorse, generando dinamiche giuridiche di particolare complessità.

Si noti sin da ora come infatti, scendendo alla dimensione normativa positiva, l'unicità del bene-ambiente ha inciso poi nell'elaborazione anche delle più recenti discipline che riguardano la gestione e la tutela di singole risorse, o alcune di esse.

Si è assistito progressivamente alla valorizzazione dell'elemento relazionale tra le risorse, quale connotato caratterizzante il bene ambientale inteso in senso ampio²¹.

verifica questo fenomeno per quei profili nei quali una serie di fattori producono un risultato complessivo di diverso valore: così la vita non è solo la somma di alimentazione, salute, etc..

²¹ Così, ad esempio, la normativa in materia di valutazione di impatto ambientale ove l'art. 24, d.lgs. n. 152/2006, recependo l'art. 3, della direttiva 85/337/CEE, prescrive che una tale valutazione debba necessariamente riguardare gli effetti del progetto «sull'uomo, sulla fauna, la flora, sul suolo, sulle acque di superficie e sotterranee, sull'aria, sul clima, sul paesaggio e sull'interazione tra detti fattori». Ancora più enfaticamente l'art. 5, comma 1, lett. c), del citato d.lgs. n. 152/2006 descrive l'ambiente come «sistema di interrelazioni». L'elenco potrebbe continuare. Per una rassegna dei riferimenti normativi volti a valorizzare le relazioni fra i singoli elementi dell'ambiente si rinvia a M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Milano, 2007, 32 ss..

Anche la dottrina che, al pari di M.S.GIANNINI, negava la possibile configurazione dell'«ambiente» come una nozione giuridicamente unitaria si è comunque premurata di ricercare elementi unificanti proprio sotto il profilo degli assetti organizzativi che, in assenza di un centro di istituzionale di riferimento, furono tratti da una valorizzazione degli artt. 9 e 32 Cost. Sul punto, v. la posizione assunta da E. CAPACCIOLI-F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela dell')*. *Parte generale e diritto amministrativo*, in *Noviss. Dig., Appendice*, I, Torino, 1980, p. 257 ss., ove si rileva che i valori espressi dalle citate norme costituzionali con riferimento alla protezione degli insediamenti e della qualità della vita umana consentivano comunque l'individuazione di funzioni omogenee nell'ambito della gestione sanitaria e di quella territoriale-urbanistica. Analoga è la posizione di A. PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, 1981, p. 503 ss., che attribuiva alla normativa sugli inquinamenti una funzione coagulante fra territorio e salute, discipline già accomunate proprio sotto il profilo organizzativo nell'ambito del Titolo V del d.p.r. n. 616/1977 inerente al trasferimento di funzioni alle Regioni ordinarie. L'ambiente verrebbe quindi ad assumere il ruolo di momento unificante di finalità per discipline pertinenti ad ambiti settoriali delimitati che verrebbero quindi ad integrarsi sistemicamente.

L'ampiezza delle riforme che a partire dal 1971 hanno investito l'assetto normativo francese, unitamente alla mutata coscienza sociale in materia ambientale, hanno condotto ad una riconsiderazione unitaria della materia che, anche in ambito francese, è stata segnata da una rilettura del fenomeno secondo un approccio sistemico.

Emblematica è, al riguardo, l'emersione della dimensione giuridica della problematica dei cambiamenti climatici. Se si ha, infatti, riguardo alla *ratio* della normativa in materia tutela del clima dagli effetti nocivi causati dalle emissioni di gas serra in atmosfera, con buona approssimazione riconducibile al Protocollo di Kyoto ed alla sua attuazione, ci si rende conto che la necessità di tutela del bene ambientale presuppone una considerazione dell'ambiente, in questo caso della regolazione climatica, come risultante da una complessa interazione tra i diversi elementi, le risorse appunto. L'acquisizione alla sfera giuridica della gestione e delle azioni di tutela per i c.d. cambiamenti climatici ha obbligato il giurista a porre l'accento ancora una volta sulla natura interdipendente dei diversi fattori che concorrono a creare un "sistema" ambientale, al cui interno si situa anche l'uomo, ed a considerare gli effetti prodotti in un determinato ambito territoriale come produttivi di effetti su una dimensione spaziale indeterminabile.

Tale mutamento di prospettiva emerge in due diversi scritti di M. PRIEUR, *Pourquoi une revue juridique de l'environnement*, in RJE, 1976, p. 3 e *Droit de l'environnement*, cit., 14. L'Autore che aveva definito l'ambiente come un semplice raggruppamento normativo privo di una propria specificità, poi, proprio sulla base di un approccio sistemico, ha finito per considerarlo un diritto ormai maturo caratterizzato da tratti particolari del tutto autonomi.

1.2 Le risorse naturali. Delimitazione di una categoria.

Cosa siano le risorse naturali appare di semplice percezione nella dimensione non giuridica. Quando invece si passa alla considerazione della rilevanza per il diritto di esse, appare utile rifarsi da subito per le finalità descrittive e definitorie, al supporto offerto dal dato normativo.

Il dato è offerto in questo caso dal legislatore comunitario, che nella direttiva sull'illecito ambientale²², definisce il danno, in termini generali, come deterioramento causato a risorse naturali o a servizi naturali²³. Ecco quindi che da subito emerge una prima caratteristica, che sarà approfondita in seguito, dell'oggetto dell'analisi che qui interessa: alle "risorse" naturali, la normativa significativamente associa i "servizi" naturali, quale elemento connesso del medesimo oggetto di tutela.

Il paragrafo 12 dell'articolo 2 della direttiva ricomprende, quindi, tra le "risorse naturali": specie e *habitat* naturali protetti, acqua e terreno.

Come sottolineato correttamente in dottrina, si tratta di un elenco parziale, la cui incompletezza, «dipende dalla dichiarata volontà della normativa di limitare il proprio ambito applicativo ad eventi dannosi che non siano già coperti da diversa normazione»²⁴. Occorre pertanto porre l'attenzione alla classe tipologica nella sua integrità, poiché altri segmenti del diritto ambientale - come le norme in materia di valutazione di impatto, di inquinamento, di valutazione strategica, di informazione ambientale - accordano tutela anche a risorse naturali che non compaiono nella direttiva sull'illecito.

²² Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/35/CE del 21 aprile 2004.

²³ Più precisamente, l'art. 2 comma 2 definisce il danno come "mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente".

²⁴ M. CAFAGNO, op. cit., 106.

Soccorre all'interprete la Commissione Europea, che nella Comunicazione intitolata "Verso una strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali"²⁵ riserva agli intenti definitivi uno spazio maggiore.

Il documento esordisce riconoscendo che «le risorse naturali sono alla base dei tre pilastri costituiti da sviluppo sostenibile, sfera economico-sociale e ambiente» e che il loro improprio sfruttamento può «minacciare gli ecosistemi e la qualità della vita umana»²⁶. Dopo aver preannunciato che esse comprendono «le materie prime necessarie per la maggior parte delle attività umane e i diversi comparti ambientali [...] che rendono possibile la vita sul nostro pianeta», la comunicazione propone di ricomprenderle in quattro ipotetiche classi.

Al concetto di "risorsa" appartengono innanzitutto «le materie prime (come i minerali, tra cui vettori di energia fossile e minerali metallici) e gli organismi animali e vegetali, come biomassa»²⁷, ricordando inoltre che «gli stock sono di entità finita e sono in via di diminuzione a causa delle attività umane», mentre «la biomassa è in genere rinnovabile in un orizzonte temporale umano. Essa annovera risorse rapidamente rinnovabili - come, ad esempio, le colture agricole - e risorse che si rinnovano lentamente, come il legname»²⁸.

Nel secondo gruppo sono considerati i «comparti ambientali, come aria, acqua e suolo», i quali, essendo gli elementi fisici entro i quali si svolge la vita sono alla base della stessa e «producono risorse biologiche». «Le quantità totali di aria e acqua sulla Terra», esemplifica la Comunicazione, «non cambiano in

²⁵ Comunicazione della Commissione, COM(2003) 572 def., utile anche la consultazione della successiva Comunicazione COM(2005) 670.

²⁶ Par. 2 della Comunicazione COM(2003) 572 def.

²⁷ Nozione ecologica che individua la massa di piante, animali e microrganismi per unità di area; v. per tutti E.P. ODUM, *Ecologia. Un ponte tra scienza e società* (trad. it.), 2001, 19 ss.

²⁸ Nondimeno, avverte la Commissione, anche «queste risorse biologiche, usate come materie prime, se sfruttate eccessivamente possono [...] esaurirsi», come dimostrano, tra i molti casi, i conosciuti fenomeni di depauperamento delle riserve ittiche provocati dal non sorvegliato esercizio della pesca commerciale.

un orizzonte temporale umano ma, a causa dell'inquinamento, la loro qualità è spesso scarsa». Allo stesso modo, una preoccupata attenzione viene rivolta alla «vitale importanza della diversità biologica»²⁹.

Il terzo gruppo è costituito da «risorse di flusso, come l'energia eolica, geotermica, mareomotrice e solare». Tali risorse, tuttavia, si caratterizzano per essere inesauribili e per il fatto che richiedono altre risorse per essere sfruttate³⁰.

L'ultima classe individuata dalla Commissione Europea è rappresentata dallo «spazio fisico», che funge da sostrato indispensabile alla produzione ed al mantenimento di tutte le altre risorse. L'inclusione di esso tra le risorse può tuttavia destare perplessità, data la non riferibilità ai soli fini ambientali, anche se si giustifica alla luce dell'intenzione della Commissione di preservare con tale indicazione i valori paesaggistici, sancendo l'importanza di limitare «l'uso del terreno per gli insediamenti umani, l'infrastruttura, l'industria, l'estrazione mineraria, l'agricoltura e la silvicoltura». Tale interpretazione, volta a rendere coerente una indicazione altrimenti probabilmente superflua, è avvalorata dal Comitato economico sociale europeo, secondo cui la Commissione, ha voluto attrarre il paesaggio entro l'ambito tematico dell'utilizzo delle risorse naturali³¹, peraltro in linea con un orientamento già presente in sede comunitaria³².

²⁹ Comunicazione della Commissione, Arrestare la perdita di biodiversità entro il 2010 - e oltre, Bruxelles, 22 maggio 2006, COM(2006) 216 def.

³⁰ Ad esempio occorrono energia, materiali e spazio» nota il documento «per costruire turbine eoliche o pannelli solari».

³¹ Comitato economico e sociale europeo, parere del 28 aprile 2004, sulla Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo “Verso una strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali”, COM(2003) 572 def., reperibile presso il sito internet dell'organo consultivo. Il par 2.1. del parere attesta che le risorse naturali, secondo la definizione fornita dalla Commissione, “comprendono sia le materie prime necessarie per le attività umane (rinnovabili e non rinnovabili), sia i diversi comparti ambientali, come l'aria, l'acqua e il suolo, ma anche il paesaggio”.

³² V. L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002, p. 66 ss., in questo senso anche M. CAFAGNO, op. cit., 107.

Per risorse naturali occorre pertanto intendere, conformemente alle indicazioni comunitarie: materie prime, biomassa e organismi biologici, comparti dell'aria, dell'acqua e del suolo, risorse di flusso, spazio e territorio.

Si tratta quindi della dotazione di beni che la natura mette a disposizione degli esseri umani. Li accomuna il fatto di non essere prodotto dell'azione antropica.

Tuttavia, la mera identificazione secondo parametri normativi descrittivi di quali siano le risorse in questione nulla dice sulle loro caratteristiche, ed ai fini di analisi che in questa sede interessano sono rilevanti proprio le peculiarità che emergono dalla categoria. Solo la definizione di caratteristiche comuni a tutte le risorse appena elencate consente di cogliere il senso di una eventuale autonoma categoria. Serve cioè enucleare non tanto le differenze quanto le caratteristiche comuni di elementi della realtà naturale così ampiamente intesa, onde sottomettere poi il risultato alla lente del “giuridicamente rilevante”.

1.3 Le risorse naturali come sistema: indivisibilità, interdipendenza e complessità.

La prima peculiarità che riguarda le risorse naturali può essere individuata attingendo alle acquisizioni della scienza naturale, pur essendo stata intuita anche dal giurista a diversi livelli di analisi, come si è appena visto.

Le risorse, infatti, non sono monadi separate, ma elementi di un sistema.

La natura interdipendente delle risorse naturali può essere meglio compresa avendo riguardo al concetto di “sistema complesso” elaborato da studiosi di scienze naturali, il cui contributo può essere utile nello studio che ci si propone³³.

Facendo attenzione a non abbandonare la prospettiva giuridica, ci si accorge tuttavia che non è privo di rilievo nella definizione delle discipline di governo delle attività umane la considerazione dell’ambiente come di «un sistema composto da un gran numero di parti che interagiscono in modo non semplice. In tali sistemi l'insieme è qualcosa di più che la somma delle parti, non in senso metaforico né metafisico, ma nell'importante senso pragmatico per il quale, date le proprietà delle parti e le leggi della loro interazione, non è semplice inferirne le proprietà del tutto”³⁴.

Ne deriva una convincente considerazione delle risorse naturali come elementi di base che compongono un sistema complesso, quello ambientale, le cui peculiarità non possono essere sottovalutate nel costruire la veste giuridica degli interventi di tutela e gestione delle stesse.

³³ Si noti che l’approccio interdisciplinare, cui in questa sede si fa riferimento, quantomeno nella sede descrittiva, caratterizza anche i più recenti studi di diritto ambientale, tra cui certamente costituisce il punto di riferimento più completo M.CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente*, Milano, 2007.

³⁴ H. SIMON, *L’architettura della complessità*, in *Le scienze dell’artificiale*, cit., p. 208.

Esistono alcune proprietà che emergono dal sistema, che sono generate dall'interazione tra le risorse, ma che non ne costituiscono la mera sommatoria. Secondo una possibile sintesi autorevolmente prospettata proprio ai fini della costruzione della dimensione giuridica del fenomeno ambientale³⁵ queste proprietà possono essere compendiate in quattro aspetti.

Il primo tratto caratteristico è la “varietà”. I sistemi complessi si compongono di parti di tipo diverso, tra loro collegate secondo una molteplicità di schemi organizzativi. La varietà è una proprietà evidente degli ecosistemi, cui il dato giuridico non è indifferente se si pensa ad esempio alla disciplina a tutela della biodiversità.

Una seconda caratteristica dei sistemi complessi risiede nel fatto che i vari elementi costitutivi interagiscono tra loro in modo non lineare. Il loro comportamento aggregato non può essere descritto da semplici funzioni additive³⁶. Si parla in proposito piuttosto di dinamiche “circolari”, tali per cui il cambiamento di una componente si trasmette alle altre collegate e queste, modificandosi a loro volta, producono effetti che si diffondono e ritornano poi all'origine, in un processo ciclico di influenze reciproche³⁷. Questa

³⁵ M.CAFAGNO, op. cit. 108 ss.

³⁶ J. H. HOLLAND, *Sistemi adattativi complessi ed emergenza spontanea*, in *Complessità e Distretti*, cit., p. 47 ss. e, in part. p. 53, nota che, nella storia della scienza, l'approccio riduzionista - consistente nello “studiare i componenti di base, sommarne i loro comportamenti per ottenere il comportamento dell'intero” - ha ottenuto buoni risultati nello studio di molti fenomeni, “dalla descrizione dei gas come particelle in collisione, alla sovrapposizione di onde di diverse frequenze per descrivere suoni complessi. Trend, indagini e medie come strumenti di previsione esemplificano tutti questo approccio additivo”. Ma, prosegue lo scritto, “le interazioni non lineari degli agenti in un sistema adattativo complesso fanno cortocircuitare il semplice riduzionismo. Non possiamo sommare i comportamenti degli agenti per ottenere il comportamento dell'insieme, perché le interazioni non sono additive.

³⁷ In breve, il sistema è influenzato dal proprio *output*, che rientra come *input*; in questi termini, N. WIENER, *Introduzione alla cibernetica* (trad. it), Torino, Bollati Boringhieri, 2001, p. 28 ss, p. 84; utile anche il rimando a L. VON BERTALANFFY, *Teoria generale dei sistemi* (trad. it.), Milano, 2004, 250 ss. Si consideri che le retroazioni positive comportano l'intensificazione e l'accelerazione dei cambiamenti iniziali, mentre i feedback negativi fungono da meccanismi di moderazione e di stabilizzazione. E infatti, gli esempi di *feedback*, osservabili in natura o nella

caratteristica, certamente riscontrabile con facilità nei processi di inquinamento delle risorse ambientali comporta la difficoltà di formulare previsioni sugli effetti di singole condotte. Può infatti accadere che eventi all'apparenza significativi possano dar luogo a mutamenti trascurabili e viceversa, in ragione della capacità di una singola risorsa o elemento di essa di assorbire i cambiamenti generati dall'interazione con l'esterno. La molteplicità degli elementi che interagiscono, la circolarità dei rapporti eziologici, la conseguente potenziale sproporzione tra cause ed effetti, sono tutti fattori che concorrono a far sì che anche differenze minime nelle condizioni di partenza bastino ad imprimere traiettorie evolutive disparate, ai cambiamenti di un sistema

vita sociale, sono numerosissimi. Tra le ipotesi canoniche di retroazioni positive, si pensi ai fenomeni di crescita della popolazione, di apprendimento, di diffusione delle malattie epidemiche, alle reazioni di fissione nucleare, alla caduta di una valanga, alla schimogenesi, descrivibile come situazione in cui il comportamento di A determina la reazione di B, che spinge A ad insistere, provocando l'ulteriore inasprimento della risposta di B e così di seguito. Le retroazioni negative sono invece quelle che si oppongono al cambiamento e conferiscono stabilità al sistema; ogni deviazione da uno stato di equilibrio alimenta un feedback informativo ed una reazione compensativa che persistono sino a quando l'equilibrio non sia ripristinato. Anche in questo caso le esemplificazioni sono facili e rintracciabili nei contesti più diversi. K. LORENZ, *Gli otto peccati capitali della nostra civiltà*, (trad. it.), Milano, 1974, p. 22, compendia: "una caratteristica strutturale comune a tutti i sistemi organici superiori è la regolazione mediante i cosiddetti circuiti regolatori o meccanismi di omeostasi. Per comprenderne il funzionamento immaginiamo un apparato funzionale consistente di diversi sistemi che si rinforzino l'un l'altro: il sistema a favorisce l'attività di b, il sistema b favorisce l'attività di c, e infine il sistema z viene a sua volta a esercitare un'azione di rinforzo su a. Un simile circuito a 'retroazione positiva' si trova, nel migliore dei casi, in un equilibrio precario; il minimo rinforzo di un singolo effetto determina un aumento a valanga di tutte le funzioni del sistema, e così la minima diminuzione porta all'estinguersi di ogni attività. Ma, come la tecnica ha scoperto da tempo, è possibile trasformare tale sistema da precario in stabile: basta introdurre nel circuito un solo elemento che eserciti su quello successivo della catena un'azione inversamente proporzionale a quella che su esso stesso esercita l'elemento precedente. Si forma così un circuito regolatore omeostatico a retroazione negativa' (*feedback* negativo). È questo uno dei pochi casi in cui la tecnica ha scoperto l'esistenza di un processo prima che i biologi lo osservassero nei sistemi organici. Nella natura vivente esistono innumerevoli circuiti regolatori. Essi sono talmente indispensabili per il mantenimento della vita che non possiamo immaginarci la nascita di questa senza la contemporanea 'invenzione' del circuito regolatore". Tra i casi familiari di retroazioni negative, spesso evocati ad esempio, si pensi ai processi di regolazione della temperatura corporea, al controllo biologico della pressione arteriosa o del battito cardiaco, agli stimoli della fame o della sete, alle interazioni tra predatori e prede o, nel campo degli artefatti, al classico funzionamento degli apparecchi termostatici.

complesso³⁸, fino a generare, oltrepassati alcuni valori di soglia, anche cambiamenti irreversibili³⁹. Nella prospettiva giuridica di inquadramento dell'intervento pubblico di gestione e tutela delle risorse, la circostanza che in un sistema complesso cause ed effetti non siano legati da relazioni lineari, se, da un lato, concorre a spiegare l'importanza dei principi di precauzione e di prevenzione, dall'altro, pone in evidenza la difficoltà di allineare la dimensione applicativa delle norme con quella degli effetti degli eventi da disciplinare. Ciò posto, le dinamiche dei sistemi adattativi complessi, benchè spesso difficilmente prevedibili, non sono tuttavia casuali. Per quanto ampie siano le possibilità di combinazione dei loro elementi costitutivi, i sistemi complessi, a differenza di quelli caotici⁴⁰, manifestano regolarità e strutture ripetitive, poiché accanto a fattori che cambiano ve ne sono altri che si conservano. E' noto, infatti, non appena ci si affacci al di fuori del perimetro di conoscenze giuridiche, che i sistemi naturali oscillano tra stati di ordine; ciò dipende dal fatto che i sistemi si "adattano" ai cambiamenti, assorbendoli almeno in parte, e comunque raggiungendo in seguito ad ogni perturbazione successivi stati di equilibrio⁴¹.

Un terzo elemento caratteristico dei sistemi complessi può essere rinvenuto nell'attitudine alla continua produzione di novità, poiché dall'interazione degli elementi di base del sistema, le singole risorse, si genera un assortimento eccezionalmente ricco di nuove strutture e possibili entità

³⁸ In questo senso M. CAFAGNO, op. cit., che riporta una completa bibliografia in materia, tra cui, per tutti, J. H. HOLLAND, *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Perseus Books, paperback, Cambridge, Massachusetts, 1996 15 ss.; J. H. POINCARÉ, *Il Caso*, in *Scienza e metodo* (trad. it.), Torino, 1997, p. 53 ss.

³⁹ E.P. ODUM, *Ecologia*, cit., 205 ss., G. MARTEN, *Ecologia umana. Sviluppo sociale e sistemi naturali*, Milano, 2002. 65 ss..

⁴⁰ A proposito dei quali v. J. GLEICK, *Caos: la nascita di una nuova scienza* (trad. it.), Milano, 1989.

⁴¹ Si usa in proposito l'espressione "apprendimento" per connotare la capacità di assorbimento dei cambiamenti propria dei singoli elementi.

naturali. Anche in questo caso la realtà sovrabbonda di esempi e di facili riprove⁴².

Infine l'ultima caratteristica riguarda, quale conseguenza di quanto appena esposto, la capacità dei sistemi (naturali ma anche artificiali) di assorbire i cambiamenti pur mantenendo le proprie funzioni⁴³. Essendo questa una proprietà del sistema, può costituire, nelle forme che si avrà modo di descrivere, un binario entro cui inquadrare gli strumenti di tutela delle risorse, in quanto l'obiettivo della sostenibilità difficilmente potrà essere perseguito avendo riguardo ai beni ambientali isolatamente considerati⁴⁴.

E' necessario quindi accogliere anche nella discussione giuridica la dimensione ecosistemica dei fenomeni. In particolare si noti sin da subito, poichè sarà utile nell'analisi del ruolo dell'intervento pubblico di regolazione e gestione delle risorse, che gli organismi animali e vegetali, che incessantemente concorrono alla trasformazione della realtà circostante e ne sono parti (esseri umani compresi), sono elementi che si innestano comunque all'interno di una

⁴² Si pensi, per quanto qui ci interessa, degli effetti possibili di una modifica genetica attribuibile alle radiazioni nucleari, o dalla manipolazione delle sementi per l'agricoltura. Venti amminoacidi, esemplifica J. HOLLAND sono sufficienti a generare la catena infinita di proteine alla base della vita. I processi di mutazione e di ricombinazione genetica sono dispositivi variazionali che intervengono su sequenze di unità informative di base, soggette a trasmissione ereditaria. Senza forzare troppo lo strumento dell'analogia si è notato, cambiando contesto, che è possibile riconoscere nella maggior parte delle innovazioni tecnologiche adattamenti o accostamenti originali di elementi e di principi di base già conosciuti. Si veda H. A. SIMON, *La ragione nelle vicende umane*, (trad. it.), Bologna, 1984, 76 ss..

⁴³ Questa proprietà viene denominata anche "resilienza". V. C. S. HOLLING, *Resilience and Stability of Ecological Systems*, in *Annual Review of Ecological Systems*, 1973, vol. 4 n. 1, p. 23 ss.; ID., *Paradigmi della funzione e della struttura ecologiche*, in AA.VV., *Physis*, Sempre quale testimonianza dell'ingresso di tali aspetti nel ragionamento giuridico M. CAFAGNO, op. cit.

⁴⁴ La letteratura offre un ampio rendiconto di politiche tutt'altro che coerenti, le quali, praticate in Italia ed altrove, alla prova dell'esperienza si sono dimostrate deleterie se non fallimentari. Si è ad esempio segnalato che norme di controllo della pesca, imperniate su semplicistiche limitazioni alla cattura di una particolare specie o di esemplari inferiori ad una prestabilita taglia, hanno prodotto effetti molto negativi, proprio perché minate dal travisamento della scala di valutazione ecologicamente appropriata, spesso combaciante con quella della comunità biologica o dell'intero ecosistema marino, piuttosto che con quella della particolare varietà ittica o addirittura del sottogruppo munito di certe caratteristiche dimensionali.

struttura, naturale, tipicamente “gerarchica”, poichè combinazioni di elementi costitutivi di un certo livello fungono da componenti di base per il livello organizzativo susseguente⁴⁵. Tale caratteristica è di grande rilievo per la creazione della struttura giuridica di riferimento, poiché incide sulla dimensione spaziale dell’attribuzione di competenze e sull’efficacia degli interventi di regolazione dei singoli elementi, come nel seguito della trattazione si avrà modo di esporre. Le dinamiche globali emergono, infatti, dall’interazione tra le parti. Ma il grado di libertà nel quale le singole parti si muovono è a sua volta influenzato e ridotto dal complesso sistema di relazioni tra risorse a livello complessivo.

L’analisi finora condotta sarebbe certamente parziale se non considerasse la presenza, nei testi normativi più recenti, del concetto di “servizi naturali”, accanto a quello di “risorse naturali”. Non sono nozioni che si pongono sul medesimo piano, ma rilevano entrambe per la definizione dell’oggetto cui si rivolgono le norme quando considerano le risorse.

I servizi ecosistemici sono infatti quelle prestazioni regolari e persistenti che scaturiscono dall’interazione delle risorse all’interno del sistema. Dal momento che l’ecosistema, al cui interno si situano le risorse, è in grado di conservare il proprio stato in seguito alle perturbazioni e modifiche, ciò significa che è in grado di conservare le sue proprietà emergenti, ovvero le

⁴⁵ K. LORENZ, *L’errore alla moda di tralasciare la descrizione*, conferenza tenuta al XXV International Congress of Physiological Sciences, Monaco, luglio 25-31, 1971, trad. in K. LORENZ, *Allo specchio*, 2005, p. 147 ss. e 149 in part., osserva: “le creature viventi, comprese le comunità superindividuali, come le biocenosi, le società o le culture umane, sono sistemi, costruiti attraverso l’interazione di molte parti notevolmente non omogenee, o “sotto-sistemi”. I sistemi viventi più semplici e i più complicati sono diversi l’uno dall’altro, non soltanto quantitativamente, per il numero delle parti e per il numero dei tipi di parti diverse che essi abbracciano; differiscono anche essenzialmente in qualità. Ogni qualvolta due sotto-sistemi, fino allora indipendenti, si integrano in un’unità funzionale, vengono ad esistere nuove proprietà del sistema e queste rendono l’organismo diverso dai suoi predecessori, non soltanto nel grado, ma anche nell’essenza. Questo tipo di integrazione è uno dei gradini più comuni e, allo stesso tempo, più importanti, nell’evoluzione delle specie, così come nello sviluppo storico di una cultura”.

funzioni che esso svolge e, con termine improprio, “produce”. Questa gamma di funzioni, questa capacità prestazionale, emerge e si perpetua spontaneamente, come risultato globale delle interazioni locali tra componenti che si rinnovano continuamente, adattandosi gli uni agli altri.

Una simile considerazione è foriera di notevoli effetti poiché introduce, accanto alle risorse, le funzioni da quest’ultime svolte, e che parimenti devono essere oggetto delle scelte di regolazione giuridica dei fenomeni ambientali. Non è superflua tale concetto per il prosieguo della trattazione, poiché l’inquadramento dei servizi come prestazioni sistemiche soggette a godimento comune pone le premesse per il chiarimento della logica dell’intervento pubblico e agevola la comprensione degli elementi di specificità del diritto amministrativo ambientale⁴⁶.

Sono proprio le norme in materia ambientale a fare riferimento ai servizi naturali, poiché l’art. 2 della direttiva comunitaria sull’illecito ambientale definisce i servizi naturali, meritevoli di tutela, come “funzioni svolte da una risorsa naturale a favore di altre risorse naturali e/o del pubblico”⁴⁷. Il concetto

⁴⁶ Lo spostamento dell’accento dai singoli oggetti fisici alla loro correlazione, quale fonte di produzione di servizi naturali, vale a facilitare l’apposizione di un’ideale linea di confine tra norme ambientali e norme che tali non sono, pur direttamente o indirettamente influenzando l’uso delle risorse. Le riflessioni che siamo andati svolgendo nei paragrafi precedenti permettono di tracciare un discrimine concettuale tra due ampie classi di regole: le disposizioni che guardano alle risorse naturali in quanto semplici *inputs* destinati ad attività trasformative antropiche, da cui dipende la generazione di utilità economiche o sociali, sulle quali prioritariamente si appunta l’attenzione dell’ordinamento e le norme che al contempo guardano alle risorse naturali come ad elementi del sistema ambientale, dal quale scaturiscono, secondo processi affrancati dal controllo e dalla direzione umani, flussi di beni e di servizi, di norma insuscettibili di appropriazione esclusiva. Entro questo secondo gruppo si posizionano le norme amministrative sull’ambiente. Se vogliamo, la schematica partizione pone a confronto norme primariamente interessate ai benefici prodotti dall’azione umana con i suoi artefatti, sia pure attingendo alle materie prime ed ai servizi offerti dall’ambiente, e norme che fissano l’attenzione sull’ordine “gratuito e spontaneo” emergente dal sistema ambientale, come sistema complesso ed autorganizzato che la società può modificare o condizionare, talvolta valorizzare, più spesso compromettere, ma giammai compiutamente dominare e intenzionalmente dirigere.

⁴⁷ Secondo M.CAFAGNO, tuttavia, «la formula contenuta nella direttiva, in linea con la specifica *ratio* del testo legislativo, pur sempre finalizzato al disegno di un regime risarcitorio, parrebbe

è ripreso nel d.lgs. n. 152 del 2006 agli artt. 240, comma 1, lett. l), 300, comma 1, 302 comma 9, nonché, più diffusamente, negli allegati alla parte sesta. L'interesse per le utilità assicurate dall'interazione tra d'altronde traspare anche nelle norme sull'impatto, sull'informazione, sugli inquinamenti⁴⁸.

Anche la letteratura ecologica impiega il termine “servizi naturali” per indicare una multiforme gamma di prestazioni che l'ambiente e gli ecosistemi procurano, a vantaggio del genere umano⁴⁹, poiché studia come l'ecosistema provveda, mediante la complessa rete di processi, alla continua rigenerazione delle risorse stesse⁵⁰. Proprio su questa linea, l'art. 24 del D. Lgs. n. 152 del 2006 assegna alla valutazione di impatto, tra i vari obiettivi, quello di “conservare la capacità di riproduzione dell'ecosistema”, in quanto “essenziale alla vita”. Senza indulgere eccessivamente in passaggi descrittivi poco affini alla trattazione giuridica, si consideri che tra i servizi naturali possono essere sinteticamente ricomprese le funzioni di regolazione e di stabilizzazione, le

nuovamente ridimensionare l'ambito applicativo della disciplina, circoscrivendo l'attenzione alle funzioni prestate dalla singola risorsa».

⁴⁸ V. D.lgs. 152/2006 su VIA e VAS, e d.lgs. 59/2005 su AIA.

⁴⁹ Per alcuni primi riferimenti, v. la Comunicazione della Commissione, “Arrestare la perdita di biodiversità entro il 2010 - e oltre”, Bruxelles, 22 maggio 2006, COM (2006) 216 def., nonché il rapporto dell'Agenzia europea per l'ambiente, intitolato *L'ambiente nell'Unione europea alle soglie del duemila*, 1999, p. 39 ss.; tra le opere dottrinali, R. COSTANZA *et al.*, *An Introduction to Ecological Economics*, cit., p. 95 ss.

⁵⁰ L'Agenzia europea per l'ambiente, nel rapporto *L'ambiente nell'Unione europea alle soglie del duemila*, cit., p. 39, annota: “il pianeta costituisce un sistema integrato di flussi di energia e di materiali che implicano la circolazione di carbonio, cloro, azoto, zolfo, acqua e altri elementi chiave tra i compartimenti ambientali aria, acqua, terreno e vegetazione. Il sole è la forza motrice iniziale che sta alla base di tale attività. Questo sistema ambientale non solo sostiene la vita individuale attraverso l'aria, il cibo e le bevande, ma ci consente anche di organizzare collettivamente cibo, vestiario e riparo in un sottosistema economico attraverso la fornitura di fonti di energia e materiali, assorbimenti per rifiuti e inquinamento, servizi come regolazione dei flussi d'acqua; spazio per le persone, la natura e l'estetica ambientale. Queste quattro funzioni fondamentali di ‘supporto alla vita’ dell'ambiente sono essenziali per qualsiasi economia ma [...] i servizi ecologici più nascosti, pur essenziali, sono spesso ignorati o sottovalutati. Per esempio, fiumi e terreni acquitrinosi non solo forniscono pesce, acqua e spazi ricreativi, ma i progressi scientifici dimostrano che le loro funzioni includono la ritenzione e la circolazione di acqua, la produzione di ossigeno, l'accumulo di biossido di carbonio, un aiuto alla regolazione del clima e contribuiscono a filtrare l'inquinamento”.

mansioni produttive e di *habitat*, così come le funzioni di supporto allo sviluppo cognitivo. Può tuttavia essere facilmente compresa la centralità del concetto cui ci si riferisce se solo si considera che tutta la tematica dei cambiamenti climatici in realtà non è altro che la funzione, o servizio appunto, di regolazione climatica offerto dalla interazione tra risorse, e che viene modificato, generando esiti nocivi per l'uomo, dall'introduzione di gas serra nell'atmosfera.

1.4 Scarsità della risorsa e rivalità nel consumo. L'approccio economico della teoria dei *commons*.

Altro tratto peculiare delle risorse naturali è quello della loro scarsità⁵¹.

Come noto, sono molteplici i fattori che concorrono a determinare il grado di accentuazione di questo attributo. Da un lato vi è la natura non rinnovabile oltre una certa soglia di alcuni elementi singolarmente considerati, accentuata dalla considerazione della risorsa come meramente servente le utilità antropiche. Si pensi in proposito alle risorse ittiche, il cui sfruttamento massiccio non consente il ripopolamento e determina la progressiva diminuzione delle specie ittiche ed il prosciugamento di intere aree marine tradizionalmente ricche di fauna.

Dall'altro lato a fronte di un patrimonio naturale globale determinato, l'impennata demografica ed il passaggio di molte società alla fase di sviluppo industriale avanzata ha comportato una richiesta esponenzialmente crescente di materie prime, molte delle quali, per l'appunto, sono risorse naturali. Si pensi in questo caso alla massiccia deforestazione di intere aree pluviali per la produzione di legname, o la riduzione delle riserve di petrolio dovuta alla crescente richiesta, avvenimenti indirettamente collegati anche all'espansione di economie, come quelle asiatiche, fino a poco tempo fa ad un livello di sviluppo industriale sensibilmente inferiore. Ancora, lo stesso può dirsi con riferimento alla mancata rigenerazione del suolo dovuto in alcune aree ad un eccesso di coltivazione intensiva.

⁵¹ Non è certamente una caratteristica propria solo di questa categoria, poiché, in scala differente, può essere rinvenuta ad esempio anche nella disciplina giuridica delle strutture non duplicabili necessarie all'esercizio di servizi pubblici. Tuttavia, la peculiarità della natura scarsa di queste risorse risiede nella dimensione complessiva e globale in cui essa si colloca, e va di pari passo con l'esauribilità a seguito dello sfruttamento, connotato che non si riscontra con la medesima rilevanza in altri fenomeni oggetto di attenzione giuridica.

Da questo connotato di scarsità della risorsa deriva a cascata la considerazione della natura rivale del consumo di questi beni, tale per cui lo sfruttamento di un soggetto impedisce ad un altro di godere della stessa utilità.

In termini che sfiorano il ragionamento giuridico, ma che possono rivelarsi utili nella comprensione e definizione delle politiche normative che in questa sede interessano, un'interessante prospettiva è offerta dalla teoria economica.

E' noto che la scienza economica classifica i beni – intesi in senso lato e non giuridico - basandosi sulla stima di alcune loro caratteristiche strutturali e materiali, a prescindere dal regime di formale appartenenza⁵² pubblica o privata. I parametri che vengono utilizzati per la comprensione dei beni sono dati dalla cosiddetta escludibilità e dalla rivalità nel consumo⁵³. Sono ritenuti “non escludibili” i beni per cui risulta impossibile o troppo costoso impedire che, una volta prodotto, siano consumati da chiunque lo desideri, mentre sono “non rivali” quelli per cui il godimento di un individuo non impedisce che altri ne usufruiscano simultaneamente.

Si ritiene che rientrino nella categoria dei c.d. “commons”, quei beni che, collocandosi in una posizione intermedia tra i beni pubblici e quelli privati,

⁵² E' da dire che questa è precisamente la linea di pensiero che M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, Mario Bulzoni ed., 1963, p. 33 ss. introduce per distinguere la proprietà collettiva dalla proprietà privata; in proposito, v. anche G. DELLA CANANEA, *I beni*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Giuffrè, 2004, p. 176 ss.; la disponibilità a cercare nelle proprietà materiali ed economiche dei beni elementi per la sistemazione concettuale della loro disciplina giuridica caratterizza anche il lavoro, specificamente dedicato all'ambiente, di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Tutela dell'ambiente e dei beni pubblici (provocazione per uno studio sul dominio ambientale eminente)*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, cit., p. 312 ss. e 332 ss. in part.

⁵³ V., tra i molti scritti reperibili sull'argomento, J. E. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, 1989, p. 135; G. BRAVO, *Dai pascoli a internet. Un'introduzione alle risorse comuni*, in *Stato e Mercato*, 2001, p. 487 ss.; P. DASGUPTA, *Benessere umano e ambiente naturale*, Milano, 2001, 143 ss.

poco si prestano ad attribuzioni e godimento esclusivi ed allo stesso tempo sono rivali nel consumo⁵⁴.

Ciò significa che per i “commons”, e quindi in quest’ottica per le risorse naturali, la regolazione dello sfruttamento non può di regola basarsi sull’assegnazione di efficaci titoli giuridici conferenti la possibilità di estromettere chi ne sia privo, ma comunque il consumo presenta i caratteri della rivalità, poiché l’accesso individuale alla risorsa può ridurre il quantitativo complessivamente disponibile, a svantaggio degli altri fruitori. Lo sfruttamento delle risorse, quindi, in assenza di un apparato di regole adeguate, si espone al rischio del c.d. *free riding*⁵⁵, ovvero della meccanismo per cui risulta avvantaggiato semplicemente chi per primo è in grado di accaparrarsi il bene. Si generano così fenomeni di inefficiente sovrasfruttamento del bene, peggiorativo della situazione di tutti⁵⁶.

⁵⁴ Riassume G. BRAVO, *Dai pascoli a internet*, ult. cit.: “l’espressione ‘risorse comuni’ si riferisce quindi a sistemi di risorse che sono (1) sottraibili, (2) sfruttate in comune da un gruppo di utilizzatori e (3) i cui confini presentano dei problemi di definizione alla luce degli schemi istituzionali esistenti [...]. All’interno della teoria dei *commons* viene utilizzata una classificazione dei beni in quattro categorie, costruite tramite l’incrocio di due variabili centrate sulla determinazione del rapporto tra bene e utilizzatori: la difficoltà di esclusione di un individuo dalla fruizione del bene (escludibilità) e il fatto che il suo consumo da parte di un attore riduca o meno le possibilità di consumo degli altri (sottraibilità). I beni pubblici – per definizione non escludibili e non sottraibili - costituiscono uno dei poli della tipologia presentata, mentre al polo opposto si collocano i beni privati. Due casi intermedi sono i beni di club, caratterizzati da bassa sottraibilità e da facilità di esclusione, e le risorse comuni con difficoltà di esclusione alta e sottraibilità elevata. Da notare che non si tratta qui di categorie assolute, quanto di un ‘territorio’ o - se si preferisce - di un piano cartesiano sul quale possono essere collocati i diversi tipi di beni reali, a seconda delle loro caratteristiche, con ai poli i tipi puri, empiricamente difficili, anche se non necessariamente impossibili, da identificare. AA.VV., *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, a cura di R. COSTANZA, B. LOW, E. OSTROM, J. WILSON, Boca Raton, , 2001

⁵⁵ Cd. “*free riding*” con specifico riferimento all’ambiente, G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 162, p. 1243 ss. 1243 ss.; P. DASGUPTA, *Benessere umano e ambiente naturale*, cit., p. 149 ss.; T. DIETZ, N. DOLSAK, E. OSTROM, P. C. STERN, *The Drama of the Commons*, in AA. VV., Washington D.C., 2002, p. 19 s.; E.OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, op. cit. e p. 3 ss.

⁵⁶ Si tratta del celebre esempio del dilemma del prigioniero. La parabola - resa celebre dalla capacità evocativa di una pluralità di conflitti e di problemi tipici della vita collettiva - ipotizza che le forze dell’ordine fermino due sospetti (che hanno effettivamente commesso un crimine)

Un simile esito negativo è quanto felicemente intuito nella celebre esposizione di un biologo, Garret Hardin, che, nell'analizzare simbolicamente gli effetti di un libero accesso ai pascoli da parte dei pastori, definì quella del sovra sfruttamento che ne derivava "la tragedia dei commons"⁵⁷. Si tratta, in sostanza, di considerare gli effetti esterni generati dalla natura delle risorse nel rapporto tra utilità dei singoli ed utilità sociale⁵⁸, poiché ove non siano adottate

e, custodendoli in celle distinte, separatamente incoraggino ognuno a denunciare il complice, con l'offerta di sconti di pena. Più precisamente, si prospetta loro la possibilità di ottenere l'immediato rilascio, nel caso si denunci il complice senza però essere a propria volta denunciati da quest'ultimo, oppure di ottenere una riduzione di pena, in caso di denuncia reciproca. L'eventuale omertà congiunta provoca la liberazione di entrambi, decorsi i tempi massimi consentiti dal fermo. Il meno desiderabile degli esiti possibili, agli occhi di ognuno dei sospettati, è quello di essere denunciati, senza a propria volta denunciare. Se i due potessero accordarsi e confidare nel rispetto dell'intesa, troverebbero conveniente concordare il silenzio. Ma, assumendo l'assenza di meccanismi di comunicazione e di coordinamento, è ragionevole supporre che nessuno di loro voglia correre il rischio di astenersi dall'accusare, sapendo di poter essere a propria volta accusato, così da subire il massimo della pena. Alla stregua di un calcolo di convenienza individuale, denunciare il complice è dunque una *strategia dominante*, in quanto produce il vantaggio massimo, nel caso il correo si astenga dal fare altrettanto, ma garantisce un risultato comunque superiore all'alternativa di tacere, nel caso la controparte opti a sua volta per la scelta di denunciare. Il prevedibile "equilibrio in strategie dominanti" del gioco è perciò rappresentato dalla denuncia reciproca, che però produce un risultato cumulativamente peggiore, rispetto all'esito (*paretiano* ottimale) prospettato dalla reticenza bilaterale; la bibliografia in materia è molto ricca; qui possono essere richiamati, F. PATRONE, *Decisori (razionali) interagenti*, Pisa, 2006, p. 49 ss.; G. BRENNAN, J. M. BUCHANAN, *La ragione delle regole*, Milano, 1992, p. 91 ss.. Un'analisi delle variabili che influiscono sulla propensione a cooperare stabilmente, nella specifica materia ambientale, che ampiamente attinge alla teoria dei giochi, è stata condotta da E. OSTRUM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, cit., 3 ss.

⁵⁷ G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, cit., p. 1243 ss.. Ciascun fruitore del pascolo è individualmente indotto, da un calcolo razionale, ad aumentare il numero dei propri capi di bestiame, serviti dalla risorsa comune sino al raggiungimento della consueta condizione di eguaglianza tra costi e benefici, al margine; senonchè, la vendita di ogni esemplare che sia addizionato al gregge assicura un vantaggio economico individuale, pienamente appropriabile, mentre la perdita consistente nel degrado del pascolo, causato dall'intensificazione dello sfruttamento, è suddivisa tra tutti gli utenti. Ulteriori scritti dell'Autore sono contenuti nel volume collettaneo AA.VV., *Managing the Commons*, a cura di G. HARDIN, J. BADEN, W.H New York, 1977.

⁵⁸ Senza intavolare nuove digressioni, che la notorietà dell'argomento renderebbe peraltro superflue, basti ricordare - facendo appello alla sintetica formula di recente impiegata dalla Commissione Europea, nella comunicazione sulle "possibilità di integrare considerazioni di carattere ambientale negli appalti pubblici" COM(2001) 274, del 4.7.2001- che "le esternalità sono danni o vantaggi il cui costo non è sostenuto, nelle condizioni normali del mercato, dal

contromisure collettive, un calcolo razionale accredita la convenienza di condotte individuali che nel loro insieme producono danno⁵⁹.

Il dato che emerge da questa prospettiva economica inquadra pertanto le risorse naturali entro la categoria dei “commons”, il cui tratto caratteristico è di essere beni per i quali è difficile se non impossibile escludere i soggetti dal godimento, ma per i quali la natura scarsa comporta uno sfruttamento tra i membri della collettività che è rivale, nel senso che l'utilizzo da parte di un soggetto ne diminuisce o addirittura impedisce il godimento da parte di un altro soggetto.

responsabile del danno o dal fruitore del vantaggio. Sono definite come 'i costi e i benefici risultanti da attività sociali ed economiche di un gruppo di persone che esercitano un effetto su un altro gruppo di persone, quando il primo gruppo non tiene pienamente conto di tale effetto'. I costi e i benefici esterni si oppongono ai costi e benefici 'tradizionali', come i costi di infausto e gli utili delle vendite. Ciò che caratterizza i costi di questo secondo tipo è il fatto che corrispondono al pagamento di un prezzo determinato dal mercato”. In altri termini, sono effetti - positivi o negativi - che, in quanto destinati a cadere su soggetti diversi da coloro che ne siano all'origine, sono causa di malfunzionamento dei processi decisionali, creando le condizioni per una sfasatura tra la percezione dei costi e dei benefici individuali di una scelta e l'entità dei suoi effettivi costi e benefici sociali. Sul punto, ancora, CIPE, Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia, approvata con delibera 2 agosto 2002 n. 57, par. 43 e 44. Nell'ambito della vastissima dottrina, basti un rinvio a J. E. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, cit., p. 245 ss.; G. J. STIGLER, *La teoria tradizionale delle funzioni economiche dello stato*, nella raccolta di saggi, tradotti in italiano, dal titolo *Mercato, informazione, regolamentazione*, 302 ss.; riflette su alcuni limiti del concetto di esternalità e sul rapporto tra intervento pubblico ed effetti esterni, G. TULLOCK, *Public Goods, Redistribution And Rent Seeking*, Edward Elgar, Northampton, MA, USA, 2005, p.9 ss.; con specifico riferimento alla materia dell'ambiente, W.J. BAUMOL, W. E. OATES, *The Theory of environmental policy*, Cambridge, 1988, 7 ss.; I. MUSU, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Bologna, 2002, p. 17 ss.; G. PANNELLA, *Economia e politiche dell'ambiente*, Roma, 2002, 40 ss.

⁵⁹ Ancora G. HARDIN, *The Tragedy*, ult. cit., prosegue ed estende: “in modo rovesciato, la tragedia dei beni comuni si ripresenta nel problema dell'inquinamento. In questo caso non è questione di sottrarre qualcosa alla gestione comune, ma di immetterlo - gli scarichi fognari, chimici, radioattivi, termici nelle acque; fumi dannosi e pericolosi nell'aria e cartelli pubblicitari che distraggono e sono brutti a vedersi nel nostro campo visuale. I calcoli degli utili sono gli stessi di prima. L'uomo razionale scopre che la parte spettantegli del costo determinato dai rifiuti che scarica nei terreni comuni è inferiore al costo che dovrebbe affrontare per depurare quei rifiuti prima di scaricarli. Dal momento che il discorso vale per tutti, siamo imprigionati in questa specie di pratica di avvelenamento del nostro stesso 'nido', seguitando a comportarci come liberi imprenditori, indipendenti e razionali”.

In questo il concetto economico di bene introduce un interessante elemento di riflessione poichè le risorse naturali sembrerebbero essere attratte nella nozione di *commons* piuttosto, mentre in parte parrebbero collocarsi ai margini della famiglia dei beni pubblici, poichè, ameno per la teoria economica, questi ultimi non necessariamente sono beni a consumo rivale.

Vi è da sottolineare che queste categorie non costituiscono caselle fisse della realtà fattuale, griglie entro cui costringere le varie ipotesi di beni, ma piuttosto si accreditano quali modelli in cui i confini tra una categoria e l'altra sono spesso sfumati e dipendono dalle singole risorse prese in considerazione.

Quanto appena descritto è utile all'analisi delle risorse per quanto riguarda la successiva fase di individuazione degli schemi di azione dei pubblici poteri nel perseguimento di funzioni di tutela, poichè, come si vedrà, se dal libero accesso garantito a tutti alla risorsa, deriva la "tragedia" dell'eccessivo sfruttamento, parimenti, una parcellizzazione di titoli di sfruttamento tra i privati potrebbe condurre al rischio di sotto-sfruttamento delle utilità generate⁶⁰.

In particolare, si tratta di ponderare le soluzioni possibili nelle forme di regolazione del bene scarso che la teoria economica suggerisce, analizzando i profili rilevanti per il diritto e verificando in che misura essi sono presenti nelle discipline attualmente vigenti e nelle elaborazioni dottrinali che le accompagnano.

⁶⁰ E' il c.d. problema degli "anticommons".. di cui M.A. Heller, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, in *Harvard L. Rev.*, 111, 1998, pp. 622 ss..AA. VV., *Making the Commons Work: Theory, Practice and Policy*, a cura di D. W. BROMLEY, San Francisco, 1992; AA. VV., *Protecting the Commons*, a cura di J. BURGER, E. OSTROM, R. B. NORGAARD, D. POLICANSKY, B. D. GOLDSTEIN, 2001; AA. VV., *Local Commons and Global Interdependence. Heterogeneity and Cooperation in Two Domains*, a cura di R. O. KEOHANE, E. OSTROM, SAGE Publications, 1995; AA. VV., *Trust and Reciprocity*, a cura di E. OSTROM, J. WALKER, Russel Sage Foundation, Ney York, 2003; G. BRAVO, *Né tragedia, né commedia: la teoria dei commons e la sfida della complessità*, in *Rass. it. sociologia*, 2002, n. 4, p. 632 ss; S. J. BUCK, *The Global Commons. An Introduction*, 1998; E. OSTROM, *Nè mercato nè stato nella gestione delle risorse collettive*, in *La Questione Agraria*, 1996, n. 64, p. 7 ss.

Può essere per ora evidenziato come la multidisciplinarietà dell'analisi condotta deve costituire solo la cornice entro cui inscrivere lo studio giuridico dei fenomeni che ci interessano. Una completa e sincera considerazione delle riflessioni giuridiche sull'ambiente consente sin da subito di notare come alcune delle caratteristiche descritte finora siano ben presenti al legislatore ed agli interpreti, mentre altri possono costituire indicazioni proficue per la successiva evoluzione.

CAP II

BENI PUBBLICI E BENI COMUNI

2.1 Sul connotato pubblico dei beni a fruizione collettiva -2.2 Il c.d. demanio naturale nelle confuse categorie codicistiche dei beni. - 2.3 I beni dall'appartenenza alla funzionalizzazione all'interesse - 2.4 La fruizione collettiva nelle teorie sui beni. L'elaborazione della proprietà collettiva. - 2.5 L'incidenza dell'interesse ambientale sull'evoluzione delle teorie sui beni. L'ipotesi della categoria dei beni comuni.

2.1 Sul connotato pubblico dei beni a fruizione collettiva

Nel considerare per assodata la rilevanza giuridica dell'ambiente, quale interesse che si è elevato a rango di tutela primario nell'ordinamento, l'analisi vuole quindi concentrare l'attenzione sugli elementi di cui è composto. Ecco allora che il percorso di ricerca guarda alla collocazione delle risorse naturali inquadrati quali beni, ma analizzando la dinamica innescata su di essi dall'interesse ambientale.

La caratteristica sistemica in precedenza delineata ha posto in rilievo la riferibilità delle risorse ad un unico bene giuridico indivisibile. Tuttavia, così come la categoria dei potenziali beneficiari dei servizi effusi dall'ambiente è piuttosto composita, poiché comprende i singoli, le collettività attuali e le generazioni future, parimenti composito è il regime giuridico delle singole risorse naturali che tale ambiente compongono.

Le risorse, considerate come beni, possono essere infatti oggetto sia di proprietà pubblica⁶¹, che di proprietà privata, mentre altre ancora possono essere ricondotte alla categoria delle *res nullius*⁶². Ciò deriva dal fatto che l'ambiente come sistema è composto da unità fisicamente eterogenee, singolarmente sottoposte a regimi caratteristici, che in vario modo e con effetti complessi interagiscono tra loro e con le attività umane, e che per tale motivo sono oggetto della regolazione giuridica in forme diverse⁶³.

⁶¹ Si pensi al caso dell'acqua o ad altre risorse naturali ricadenti nel demanio o nel patrimonio indisponibile, come la fauna selvatica; cfr. AA. VV., *Manuale di diritto ambientale*, a cura di L.MEZZETTI, 2001, 712 ss..

⁶² Ad esempio l'atmosfera o le risorse ittiche; v. Cassazione penale, sez. VI, 23 novembre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1606.

⁶³ A PREDIERI, *Paesaggio*, cit., p. 508: "poiché l'uomo entra in relazioni diverse e molteplici [...] di volta in volta l'ambiente verrà visto, trattato e protetto in rapporto ad una determinata collocazione e a determinati interessi. [...] Alla diversità di configurazioni corrisponde spesso una pluralità di tutele, connesse ad interessi diversi e meritevoli, spesso, di strumentazioni

Questa duplice contestuale considerazione, degli elementi e dell'insieme, consente di cogliere il dato per cui se è fuori di dubbio che l'ambiente in quanto tale non sia passibile di appropriazione individuale⁶⁴, lo stesso non vale per gli elementi che lo compongono.

Secondo un percorso ermeneutico che è doveroso storicizzare e contestualizzare alle esigenze che vi erano sottese, taluni, muovendo dall'insoddisfazione per le coordinate privatistiche di spiegazione del fenomeno giuridico ambientale⁶⁵, e rinvenendo la chiave di volta nell'interpretazione nella disciplina sul danno⁶⁶, hanno ipotizzato che proprio l'ambiente nel suo complesso dovesse essere annoverato tra i "beni pubblici"⁶⁷.

organizzatorie e procedimentali differenziate. Esse, tendenzialmente, dovrebbero essere poi collegate e integrate fra di loro in una visione e azione sistemica e interdisciplinare”.

⁶⁴ Si consideri anche l'opinione di chi, per tale ragione, deduce l'impossibilità di concepirlo come "bene", nel senso che il vocabolo assume secondo la dogmatica di derivazione civilistica. V. B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2001, p. 346 ss., richiama adesivamente l'opinione dottrinale secondo cui "la nozione di 'bene' (inteso come 'sintesi tra il particolare interesse tutelato e la situazione soggettiva predisposta dall'ordinamento giuridico come strumento di tutela destinato a un soggetto particolare') tecnicamente non potrebbe essere usata in riferimento all'ambiente, difettando, in relazione a esso, l'interesse soggettivo differenziato che costituisce elemento tipico per l'esistenza di un bene in senso giuridico"; in tema F. SPANTIGATI, *Esposizione del diritto positivo dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2005, p. 505 ss. e in part. p. 509 ss.; Sulla nozione di bene, in campo civilistico, v. S. PUGLIATTI, *Beni e cose in senso giuridico*, cit., *passim*; ID., voce *Beni (teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto*; D. MESSINETTI, voce *Oggetto dei diritti*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIX, 1979, in part. par. 10, dedicato alle *res comune omnium*; O. T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Giuffrè, Milano, 1982, cap. I. Vale la pena di notare che il dibattito riguardo alla possibilità di caratterizzare l'ambiente come un bene ha riscosso maggiori attenzioni in una fase storica dominata dalla preoccupazione di fornire all'interesse ambientale una veste giuridica in grado di assicurargli uno spazio congruo di tutela e di valutazione, a dispetto delle incertezze legislative e del silenzio della Carta. Questa parentesi - con le annesse inquietudini - è andata progressivamente chiudendosi con l'affermazione della giurisprudenza costituzionale sull'ambiente come valore primario.

⁶⁵ Di questa opinione L. FRANCIOSI, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge n. 349 del 1986*, cit., 1987, p. 482; L. BIGLIAZZI-GERI, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, p. 489 s..

⁶⁶ Che presuppone e comporta il riconoscimento di un bene giuridico nell'oggetto tutelato, come testimonia, tra gli esempi, Cassazione civile, sez. III, 3 febbraio 1998, n. 1087, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 225.

⁶⁷ P. MADDALENA, *Il danno pubblico ambientale*, Rimini 1990; ID., *Il danno all'ambiente tra giudice civile e giudice contabile*, cit., p. 466 ss.; per un commento, P. DELL'ANNO, *Manuale*, cit., p. 35 s.,

Dalle premesse da cui questo studio ha preso le mosse, appare chiaro come considerare l'ambiente in quanto tale con la lente della teoria dei beni può apparire riduttivo, laddove esso rappresenta la sintesi della relazione tra beni compositi. Una cosa è ragionare dell'essenza di bene giuridico dell'ambiente, quale oggetto di situazioni giuridiche soggettive, altro invece della conformazione del regime giuridico dei singoli elementi che lo compongono.

Ma il dato emerso che necessita attenzione è la riconduzione naturale, quasi istintiva da parte dell'interprete dell'ambiente alla natura di bene pubblico. Ciò deriva dalla valutazione della natura collettiva dell'interesse che l'ambiente sottende, ovvero delle utilità che esso assicura. E nella valutazione dell'alveo naturale in cui collocare le esigenze di tutela delle prerogative collettive, la riconduzione alla disciplina dei beni pubblici è apparsa la soluzione più lineare⁶⁸.

Si è già detto dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale che ha condotto all'emersione della natura dell'ambiente come bene giuridico prima e valore primario poi. Resta impregiudicata la necessità di ricondurre gli elementi che compongono il sistema ambientale, pur connotati da un tratto di materialità, ad un regime giuridico che tuteli la loro attitudine a garantire le proprietà complessive che derivano dalle interdipendenze di cui si è detto.

Le risorse, infatti, in quanto elementi di un tessuto di relazioni, vivono appieno la loro dimensione giuridica su scala complessiva, riferita alla

nota 30 in part., e la menzionata pronuncia della Corte Costituzionale del 30 dicembre 1987 n. 641 si riferisce all'ambiente come ad un "bene pubblico immateriale", in una prospettiva a sua volta eclissata dal successivo predominio, nella giurisprudenza del giudice delle leggi, dell'orientamento propenso a qualificare l'ambiente come valore primario.

⁶⁸ Anche in tempi recenti, alla luce delle medesime considerazioni, si è ipotizzato in dottrina che proprio l'interesse ambientale potrà costituire un pretesto per una rinascita dell'importanza della categoria dei beni pubblici. V. F.DE LEONARDIS, *Beni ambientali e azione amministrativa*, in *Annuario AIPDA 2003, Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Milano, 2004.

collettività. Da questo aspetto deriva la necessità di costruire un regime giuridico che consenta la fruizione condivisa da parte della collettività delle utilità assicurate dai singoli beni.

E' la natura stessa dell'interesse ambientale che quindi colora questo tipo di beni di una dimensione collettiva gravida di conseguenze sul versante giuridico.

Nel considerare le risorse come beni che assicurano utilità collettive si comprende quindi perché tradizionalmente molte di esse siano state ricondotte alla disciplina dei beni pubblici.

Pur nella consapevolezza della molteplicità di regimi giuridici formali dei diversi beni che in astratto possono essere ricondotti al sistema ambientale, non si pecca quindi di semplificazione nell'affermare che la riflessione giuridica che si svolge sulle utilità collettive generate dai beni passi necessariamente nella considerazione del ruolo pubblico rispetto ad essi.

Il tema si sposta cioè sul rapporto tra fruizione collettiva e appartenenza dei beni. Occorre ricercare dapprima questi aspetti nelle teorie dei beni e poi ricondurli alle peculiarità ambientali.

Non si tratta di una riflessione che investe specificamente le risorse naturali, ma che anzi connota tutti quei beni per i quali sussiste una esigenza di collettivizzazione delle utilità, o servizi, resi. Per le risorse naturali, tuttavia, si tratta di considerare con quali effetti si innesti in questa elaborazione il peso e la natura dell'interesse ambientale, nonché l'acquisizione del rilievo giuridico delle caratteristiche specifiche di tali beni.

Il ragionamento muove dalla disciplina dei beni pubblici, ma sposa la prospettiva oggettiva in cui essi sono considerati, sviluppando appieno la distinzione emersa nella disciplina, e nella teoria giuridica che la accompagna, tra il profilo dell'appartenenza e quello del godimento.

E' quindi sull'esame dell'emersione di questi profili e sulla collocazione delle risorse naturali nella disciplina positiva che si vuole concentrare la riflessione.

2.2 Il c.d. demanio naturale nelle confuse categorie codicistiche dei beni.

Come noto, la disciplina dei beni pubblici ha attraversato diverse fasi evolutive volte ad affrancarsi dall'approccio formalistico cristallizzato nel codice civile. La prospettiva da cui muove infatti la disciplina positiva suggerirebbe di dedurre dalla classificazione normativa le caratteristiche dei regimi giuridici cui sottoporre i diversi beni ivi contemplati. Tuttavia, come è unanimemente appurato in dottrina, nessun criterio effettivo consente di cogliere le differenze tra i beni soggetti alla disciplina del demanio e quelli ricondotti alla categoria del patrimonio indisponibile. Proprio la necessità di abbandonare un approccio normativo e definitorio insoddisfacente ha condotto ad un ripensamento delle categorie esistenti.

In particolare, si è sottolineato come le due discipline del demanio e del patrimonio indisponibile si siano col tempo avvicinate fino a confondersi, ad opera dell'interpretazione proposta dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

In origine, le norme del codice del 1942 che si occupano dei beni appartenenti allo Stato ed alle altre pubbliche amministrazioni (artt. 822 e ss.), furono introdotte al fine di assoggettare svariate tipologie di beni a un regime speciale, capace di garantirne l'asservimento all'interesse pubblico. Da tale esigenza scaturì la scelta di affiancare al consolidato *genus* dei beni demaniali la categoria dei beni patrimoniali indisponibili. L'idea di fondo sottesa alle norme del codice sembrava volta all'individuazione di due distinte categorie speciali di beni appartenenti alle amministrazioni. Quella del demanio composta dai beni ritenuti più importanti, in ragione sia del loro utilizzo, da parte della collettività, sia della loro strumentalità allo svolgimento di essenziali funzioni e compiti pubblici. La seconda categoria, quella del patrimonio indisponibile, costituita da

quelli considerati rilevanti soprattutto per la loro destinazione all'esercizio di una funzione o di un servizio pubblico, che richiedesse un regime derogatorio alla comune disciplina civilistica dei beni⁶⁹.

Tuttavia, nel disegno delle due categorie speciali di beni il legislatore non fu molto lucido⁷⁰.

Da una parte, infatti, l'insieme dei beni rientranti nel demanio, già eterogeneo nel codice civile del 1865, fu reso ancora più ricco e variegato, mentre dall'altra, anche il patrimonio indisponibile fu concepito in modo disomogeneo, collocando al suo interno tipologie di beni la cui natura non appariva tanto differente da quelle proprie di determinati beni ascritti al demanio⁷¹.

Senza poter in questa sede approfondire la disciplina puntuale dei beni pubblici, si vogliono evidenziare le linee di tendenza utili a collocare i beni su cui si è concentrata l'attenzione della ricerca, le risorse naturali.

Alla categoria del demanio, sin dal 1865, furono ricondotti, sia beni che si presentano allo stato naturale, come il demanio marittimo e il demanio idrico, sia opere frutto dell'opera dell'uomo, come il demanio militare e il

⁶⁹ La categoria dei beni patrimoniali indisponibili, peraltro, fu configurata in modo aperto ed elastico, consentendo di comprendervi, oltre alle classi di beni specificamente indicate dalla legge, ogni edificio (con i suoi arredi) appartenente a un ente territoriale e destinato a sede di uffici pubblici e — ciò che maggiormente rileva — ogni bene appartenente a un'amministrazione e destinato a un pubblico servizio; sempre che, ovviamente, non si trattasse di beni già ricadenti nel demanio. Il nuovo genere di beni pubblici si apprestava, pertanto, ad attrarre nella sfera della specialità una serie indefinita di beni, che avrebbe subito un incremento decisivo con l'avvento dell'ordinamento repubblicano e l'espansione dei compiti assunti dallo Stato sociale, in attuazione della Costituzione.

⁷⁰ Così M.RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 3.

⁷¹ Si potrebbe dire, con M.RENNA, *La regolazione*, op. cit., 3 «che il legislatore, colto dalla smania di assoggettare un numero cospicuo di beni a una disciplina pubblicistica, abbia inserito con un certo disordine le diverse specie all'interno dei due generi di beni pubblici, anche sopravvalutando, forse, l'importanza di alcune di esse; senza coniare, poi, che il criterio dell'importanza pubblica, in quanto tale, avrebbe fatto invecchiare presto la distinzione codicistica, per via dell'inevitabile mutevolezza dei fini assunti dallo Stato e, in particolare, del radicale cambiamento imposto al riguardo dalla Costituzione repubblicana».

demanio stradale. Tuttavia è rilevante per i nostri fini notare come alla stessa categoria demaniale siano stati ricondotti sia beni destinati alla fruizione diretta da parte della collettività che beni strumentali all'esercizio di funzioni e compiti istituzionali dell'amministrazione. Con il codice del 1942 è stata introdotta la distinzione tra beni che devono necessariamente appartenere allo Stato (art. 822, comma 1, c.c.: demanio marittimo⁷², idrico⁷³ e militare) e beni che ricadono nel demanio solo se appartengono allo Stato o ad altri enti pubblici territoriali⁷⁴ (artt. 822, comma 2, e 824, comma 1, c.c.: si pensi al demanio stradale, al demanio ferroviario o al demanio aeronautico). Molte sono state le possibili definizioni delle differenze tra beni pubblici normativamente individuati proposte dagli interpreti, tuttavia da un tale assetto ne è derivata l'impossibilità di trovare un fondamento unitario alla categoria del demanio pubblico e ricostruirne un'unica convincente nozione⁷⁵.

⁷² Quanto ai beni appartenenti al demanio marittimo, l'enumerazione del codice civile va integrata con l'elencazione contenuta nell'art. 28 del codice della navigazione.

⁷³ Quanto al demanio idrico, il comma 1 dell'art. 822 c.c., per vero, si riferisce a « i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia ». Lasciando intendere che possono pure esistere specie di acque private (com'era, in effetti a norma del testo unico sulle acque e sugli impianti elettrici approvato con r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775; v. altresì gli artt. 909 e ss. del codice civile). Tuttavia, ai sensi dell'art. 1 della legge 5 gennaio 1994, n. 36 — meglio nota come “legge Galli” — sono oggi pubbliche «tutte le acque superficiali e sotterranee ancorché non estratte dal sottosuolo».

⁷⁴ In attuazione degli originari art. 117, 118 e 119, comma 4, della Costituzione l'art. 11 della legge 16 maggio 1970, n. 281 (v. i commi 1, 2 e 3), ha esteso anche alle Regioni la spettanza di beni e diritti demaniali, determinando altresì, almeno in un caso (quello dei porti lacuali), la “regionalizzazione” di beni che in precedenza, in base all'art. 822 comma 1, c.c., dovevano necessariamente appartenere allo Stato e che oggi, di contro, non possono non appartenere alle Regioni. I beni che invece, ai sensi dell'art. 822, comma 2, c.c., possono appartenere a soggetti privati, o comunque a enti pubblici non territoriali, sono demaniali non solo quando appartengono alle Province e ai Comuni (art. 824, comma 1, c.c.), ma pure quando appartengono alle Regioni (art. 11, comma 1, legge n. 281/1970).

⁷⁵ Oltre alle coppie “demanio naturale” e “demanio artificiale”, nonché “demanio necessario” e “demanio eventuale” si può porre l'attenzione sulla distinzione tra “demanio collettivo” e “demanio amministrativo”, volta a differenziare nella considerazione dell'interprete i beni immediatamente destinati alla collettività e dai beni usati direttamente dalla pubblica amministrazione. Si noti come i beni del “demanio naturale”, per vero, a loro volta venivano identificati con l'espressione “demanio necessario”, in base all'assunto che essi, proprio in quanto “naturalmente” destinati all'uso pubblico, fossero insuscettibili di proprietà privata e,

La medesima assenza di criteri fondanti chiari si rinviene nella categoria del patrimonio indisponibile. Oltre alla generalità delle sedi degli uffici pubblici appartenenti agli enti territoriali e dei beni delle amministrazioni destinati a un pubblico servizio (artt. 826, comma 3, e 830, comma 2, c.c.), lo compongono, infatti, svariate specie di beni ascrivibili ad altre ed eterogenee tipologie (art. 826, comma 2, c.c.)⁷⁶. Si consideri che, in base all'art. 11, comma 5, primo periodo, della legge n. 281/1970, sono state trasferite al patrimonio indisponibile delle Regioni anche un elevato numero di foreste, le acque minerali e termali e le cave e le torbiere la cui disponibilità « è sottratta al proprietario del fondo ». Si noti, ancora, che i beni rientranti nelle specie ad

quindi, dovessero “necessariamente” appartenere allo Stato (v., ad es., S. ROMANO, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, in *Circolo giur.*, XXIX, 1898, p. 78, ID., *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, pp. 476-477, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, p. 1002, nonché E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, pp. 170 ss. e 179 ss., A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enc. Dir.*, V, Milano, 1959, V. CAPUTI JAMBRENGHI, voce *Beni pubblici*, in *Enc. Giur.*, V, Roma, 1988)

⁷⁶ Al punto che, mutuando le espressioni utilizzate per il demanio, è possibile parlare di un “patrimonio indisponibile naturale” e di un “patrimonio indisponibile artificiale”, di un “patrimonio indisponibile collettivo” e di un “patrimonio indisponibile amministrativo”, nonché, addirittura, di un “patrimonio indisponibile necessario” (si pensi alle miniere, o alle caserme militari). In base all'art. 11, comma 5, primo periodo, della legge n. 281/1970, sono state trasferite al patrimonio indisponibile delle Regioni un elevato numero di foreste, le acque minerali e lacuali e le cave e le torbiere la cui disponibilità « è sottratta al proprietario del fondo ». Le altre specie di beni pubblici indicate nell'art. 826, comma 2, c.c. appartengono, invece, al patrimonio indisponibile dello Stato. Ovviamente, poi, la lettura dell'art. 826, comma 3, c.c., al pari di quella dell'art. 824, comma 1, va aggiornata considerando inserite anche le Regioni nel novero degli enti territoriali i cui edifici destinati a sede di pubblici uffici e i cui beni destinati a un pubblico servizio rientrano nel patrimonio indisponibile (v. l'art. 11, comma 5, secondo periodo, della legge n. 281/1970). Si noti, ancora, che i beni rientranti nelle specie ad appartenenza pubblica non necessariamente elencate dall'art. 826, comma 2, c.c., quali segnatamente le foreste, le cave e le torbiere, si dovrebbero considerare beni patrimoniali indisponibili soltanto se appartengono allo specifico ente territoriale stabilito dalla legge (alla Regione, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 281/1970), difettando per tali beni una disposizione generale — come quelle dell'art. 824, comma 1, e dell'art. 826, comma 3, c.c. — che li assoggetta a un regime pubblicistico anche se appartenenti alle Province e ai Comuni. Questi beni, se appartenenti a un ente locale, dovrebbero pertanto considerarsi beni patrimoniali disponibili, i quali appaiono all'ente pubblico allo stesso modo in cui potrebbero appartenere a un soggetto privato (sempre che nelle singole fattispecie concrete non sussistano elementi valevoli a ritenerli beni destinati a un pubblico servizio, secondo il medesimo art. 826, comma 3, c.c.).

appartenenza pubblica non necessaria elencate dall'art. 826, comma 2, c.c., quali segnatamente le foreste, le cave e le torbiere, si dovrebbero considerare beni patrimoniali indisponibili soltanto se appartengono allo specifico ente territoriale stabilito dalla legge (alla Regione, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 281/1970), difettando per tali beni una disposizione generale — come quelle dell'art. 824, comma 1, e dell'art. 826, comma 3, c.c. — che li assoggetta a un regime pubblicistico anche se appartenenti alle Province e ai Comuni.

Dinanzi a questo confuso panorama definitorio, la dottrina ha messo in guardia dal "falso problema della definizione"⁷⁷.

I tentativi di interpretazione del dato normativo hanno comunque condotto ad alcune significative, seppur non esaustive, descrizioni trasversali come quella teorizzazione⁷⁸ che ha diviso l'insieme dei beni pubblici considerati dagli artt. 822 e ss. c.c. guardando non alla loro funzionalità e alle loro modalità

⁷⁷ La varietà dei beni e delle loro utilità spiegano le divergenze della dottrina, che nella prima metà del secolo scorso ricercava l'essenza della demanialità. Le ricerche di allora erano condizionate non solo dall'approccio metodologico diretto a ricercare l'essenza dei concetti giuridici, ma anche dalla prospettiva pratica di tracciare una linea di demarcazione tra demanio e patrimonio indisponibile. Al contrario di oggi, la legislazione differenziava il regime giuridico tra demanio e patrimonio, ma non offriva criteri distintivi certi. Occorreva allora ricercare il criterio distintivo della demanialità, tale che vi rientrassero tutti i beni demaniali. Il criterio fu individuato nella destinazione ad un servizio pubblico, o di pubblica utilità, all'uso pubblico diretto ed immediato, nell'identità tra attività e godimento del bene da parte dell'ente pubblico, nella destinazione immediata ad un fine amministrativo, nella necessità ad una funzione esclusiva dell'ente territoriale. È nota la critica di M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, op. cit., 52: «...Solo che arrivati a questo punto la nozione di demanio non serve più a nulla... Solo il genio dell'astrazione la può mantenere in vita, salvo poi a dover ogni momento risolvere gli intrighi che essa crea». La possibilità di affermare una categoria unitaria sostenuta da S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, e fondata sulla destinazione, che può essere suddivisa in tre tipi fondamentali: destinazione del bene ad un uso esercitato direttamente dalla collettività, destinazione ad un uso esercitato dall'ente pubblico attraverso i suoi organi, destinazione a soddisfare determinati interessi pubblici generalmente inerenti alla cultura e all'economia nazionale.

⁷⁸ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, spec. pp. 48 ss. e 418 ss., ID., voce *Beni pubblici*, in Dig. Disc. Pubbl., II, Torino, 1987, pp. 278 ss., ID., *I beni pubblici nel codice civile: una classificazione in via di superamento*, in *Econ. pubbl.*, 1990, pp. 524-525, ID., voce *Uso pubblico*, cit., pp. 968 ss., *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni* Annuario AIPDA 2003.

di utilizzazione, bensì alla loro origine materiale o, per meglio dire, all'origine materiale della loro pubblicità. La distinzione proposta è trasversale alle categorie del codice, e vede da un lato i "beni riservati" , dall'altro i "beni a destinazione pubblica", ricalcando in parte la distinzione tra demanio naturale e demanio artificiale. I primi sono infatti i beni, sia demaniali che patrimoniali indisponibili, che si presentano allo stato naturale e che materialmente derivano dalla natura la loro rilevanza pubblica, ed in quanto tali la legge ne "riserva" l'appartenenza agli enti territoriali⁷⁹. I beni a destinazione pubblica sono invece quelli, sia demaniali che patrimoniali indisponibili, costruiti dall'uomo, acquisiti dall'amministrazione e destinati alla realizzazione di interessi pubblici⁸⁰.

E' quindi facile rinvenire nello schema codicistico notevoli incoerenze sistematiche a cui non sono sottratte le risorse naturali.

L'inutilità degli intenti classificatori ha spinto verso una considerazione sostanziale e non formale delle categorie, avvicinandosi in questo alla prospettiva comunitaria di oggettivazione del diritto. In materia di beni, il rilievo delle normative interne è stato molto ridimensionato infatti, dall'articolo 295 del Trattato di Roma, che lascia « del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri»⁸¹.

⁷⁹ All'interno dei beni oggetto di riserva si distingue ancora tra beni che acquisiscono tale natura sin dalla loro esistenza ("beni riservati a titolo originario") da quelli per cui la caratteristica si acquisisce dal momento in cui l'ente ne sia divenuto titolare ("beni riservati a titolo derivativo").

⁸⁰ Le due espressioni, in verità, sono riconducibili alla distinzione già lucidamente utilizzata in M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 96 ss.. L'Autore, pur proponendo, come visto, una classificazione fondata sulle diverse utilizzazioni dei beni, e muovendosi all'interno di questa, non ha mancato di cogliere l'importanza giuridica della distinzione tra "beni pubblici naturali" e "beni pubblici artificiali" in ordine alle cd. vicende dei beni, segnatamente quelle relative all'inizio e alla cessazione della loro "pubblicità".

⁸¹ Tuttavia risultano di particolare importanza per la disciplina dei beni le norme che l'ordinamento comunitario ha stabilito al fine di proteggere l'ambiente naturale, colto nelle sue varie manifestazioni. Le norme comunitarie, infatti, dispongono precisi limiti alla possibilità di utilizzo di determinati beni come ad es. le acque, le spiagge, le riserve naturali. Dispongono ulteriori limiti d'ordine procedurale, richiedendo il rispetto d'istituti che variamente conciliano i diversi interessi coinvolti (valutazione d'impatto ambientale). Come fa notare G.DELLA

Senza potere qui ripercorrere tutte le argomentazioni e i passaggi di una lunga evoluzione dottrinale⁸² va osservato come l'ordinamento abbia superato i rigori del codice civile, avvicinando nelle discipline positive le due categorie del demanio e del patrimonio indisponibile ai fini della tutela di determinati interessi pubblici, «con l'effetto di calmierare la specialità complessiva dello stesso regime demaniale e, nel medesimo tempo, di scomporre quest'ultimo in una pluralità di regimi tra loro simili ma differenti»⁸³.

L'onere di completezza descrittiva impone di ricordare brevemente come nelle maglie incerte del codice civile tra i beni pubblici vengono annoverate anche alcune risorse naturali. Si tratta del demanio idrico, marittimo e minerario. La loro disciplina, oltre che nel codice, è contenuta in numerose discipline di settore, nella maggior parte dei casi si tratta di una disciplina risalente che ha manifestato per lungo tempo un buon grado di stabilità⁸⁴.

Ai fini del presente studio non riveste particolare interesse l'analisi puntuale delle singole discipline, tuttavia uno sguardo alle linee evolutive consente di introdurre con maggiore consapevolezza temi che costituiscono il nucleo della trattazione nei prossimi capitoli.

Le principali modificazioni nella normativa su tali beni sono intervenute, infatti, in ordine alla titolarità delle funzioni relative ai beni. A partire dagli anni '70 del secolo scorso si è avviato un processo di decentramento amministrativo, con una prima delega alle regioni operata con il d.p.r. n.

CANANEA, *Dalla Proprietà agli usi: una indagine comparata*, in *I beni pubblici: Tutela, Valorizzazione e gestione*, op. cit. 78, si tratta, inoltre, di limiti che non esauriscono la propria efficacia nei confronti dei beni ad appartenenza privata. Ne hanno anche nei confronti dei beni ad appartenenza pubblica, in vista d'un interesse della collettività distinto da quello che presiede alla costituzione o all'estinzione dei diritti dominicali.

⁸² Per la quale si rinvia al lavoro completo di *M. Renna*, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, op. cit.

⁸³ *M. Renna*, *La regolazione*, op. cit, 256

⁸⁴ I riferimenti sono al Regio decreto 29 luglio 1927, n. 1443 per il demanio minerario, al Regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775 per il demanio idrico, e al Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327 per il demanio marittimo.

616/77, poi con il trasferimento disposto con la legge n. 59/97 (e il d.lgs. n. 112/98). Per alcuni profili è, peraltro, emersa una competenza legislativa delle regioni, anche a seguito della riforma del titolo V della Costituzione (legge costituzionale n. 3/2001)⁸⁵.

Al trasferimento di funzioni si è accompagnato, ad eccezione che per il demanio marittimo, un parallelo trasferimento dei canoni concessori in favore delle regioni, o degli enti locali investiti delle funzioni in base a sub-delega.

L'analisi dell'evoluzione della normativa che riguarda questa fetta importante di risorse naturali considerate come beni, può essere ricondotta ad una tendenziale ma costante affermazione di valutazioni di natura economica nelle normative di settore, al fine di perseguire una razionalizzazione nello sfruttamento delle risorse.

I profili su cui la regolazione ha posto l'accento nelle diverse discipline sono infatti la scelta del concessionario e i criteri per la determinazione dei canoni concessori.

Quanto al primo aspetto, nelle discipline settoriali viene ad essere attribuita rilevanza ad interessi che nel procedimento concessorio operano quali criteri di esercizio della discrezionalità nella scelta del concessionario. Tali interessi, che pure sono diversamente specificati per ogni tipologia di concessione, rispondono a logiche comuni di tutela delle utilità garantite dalle risorse. Da un lato, si perseguono esigenze di salvaguardia, quando ad esempio, per il demanio marittimo, si considerano la tutela paesaggistico-ambientale e la valorizzazione turistico-economica⁸⁶ o viene richiesto che eventuali attrezzature

⁸⁵ Cfr. N. GULLO, *Beni pubblici*, in G. CORSO-V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, vol. 2, Milano, 2006, in particolare pag. 296 ss., dove si ricostruisce il quadro delle fonti normative nell'ambito delle diverse categorie di beni pubblici (tra cui le miniere, le cave e torbiere, le acque minerali e termali, le acque pubbliche, il demanio marittimo)

⁸⁶ Ministero dei trasporti e della navigazione, Circolare 24 maggio 2001, n. 120, "Sistema informativo del demanio marittimo – S.I.D. – Centro Operativo Nazionale – C.O.N. – Delega di funzioni amministrative conferite alle regioni – Articolo 59 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616

debbano essere preferenzialmente non fisse e completamente amovibili⁸⁷. Allo stesso modo, per il demanio idrico, viene previsto che “per lo stesso tipo di uso è preferita la domanda che garantisce che i minori prelievi richiesti siano integrati dai volumi idrici derivati da attività di recupero e riciclo”⁸⁸ o, nel caso di servizio idrico integrato, viene richiesta la “sicurezza e affidabilità degli impianti, del lavoro e del servizio, con particolare riguardo al rispetto delle normative ambientali”⁸⁹. Ancora, per il demanio minerario, nel caso dello stoccaggio di idrocarburi, sono richieste “d) modalità di svolgimento dei lavori, anche riferiti alla salvaguardia e sicurezza ambientale”⁹⁰. Dall’altro si pone

– Legge 15 marzo 1997, n.59 – Articoli 104 e 105 del decreto legislativo n.112 del 31 marzo 1998 (c.d. pacchetto Bassanini)”, al cui interno sono riportate delle “linee guida” che “si riferiscono alle procedure amministrative per il rilascio di concessioni di beni del demanio marittimo” volte ad armonizzare l’esercizio delle funzioni delegate alle Regioni (o sub-delegate ai Comuni costieri). In proposito, viene previsto che “nel caso di domande concorrenti per l’assentimento di una nuova concessione, è data preferenza a quella che soddisfi maggiormente, in via combinata, l’esigenza di tutela del paesaggio e dell’ambiente e gli interessi pubblici connessi alla valorizzazione turistica ed economica della regione nel rispetto delle linee guida sulla redazione del piano di utilizzo degli arenili adottate dalle regioni d’intesa con l’autorità marittima. Qualora non ricorrano tali ragioni di preferenza la concessione è rilasciata, a seguito di licitazione privata, a chi offre il canone annuo maggiore”.

⁸⁷ Art. 37, Codice della navigazione, comma 2: “Al fine della tutela dell’ ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili”.

⁸⁸ Art. 9, comma 1 bis, Regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, tra l’altro modificato dall’art. 23 del d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, “Testo aggiornato del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152, recante: “Disposizioni sulla tutela delle acque dall’inquinamento e recepimento della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall’inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole”, a seguito delle disposizioni correttive ed integrative di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 258”, e dall’art. 96, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, “Norme in materia ambientale”: “(1-bis) E’ preferita la domanda che, per lo stesso tipo di uso, garantisce la maggior restituzione d’acqua in rapporto agli obiettivi di qualità dei corpi idrici [...]”.

⁸⁹ Art. 8, Decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio, 2 maggio 2006, “Disciplina delle modalità e dei termini di aggiudicazione della gestione del Servizio idrico integrato, ai sensi dell’articolo 150, comma 2, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152” (criteri di aggiudicazione)

⁹⁰ Cfr. art. 2, comma 10, Decreto del Ministro dell’industria, del commercio e dell’artigianato, del 27 marzo 2001, “Determinazione dei criteri per la conversione in stoccaggio di giacimenti in fase avanzata di coltivazione, ai sensi dell’art. 13 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164”, richiamato dall’art. 4, comma 3, Decreto del Ministro delle Attività

l'attenzione alla più razionale proposta di sfruttamento della risorsa naturale. Così avviene, infatti, per il demanio marittimo, in cui si richiede la “proficua utilizzazione”⁹¹, o nel demanio idrico laddove si prevede che “tra più domande concorrenti [...] è preferita quella che da sola o in connessione con altre utenze connesse o richieste presenti la più razionale utilizzazione delle risorse idriche”⁹².

Infine la scelta del concessionario, quale utilizzatore della risorsa, viene fondata in alcuni casi assicurando un peso alla continuità della gestione, poichè viene riconosciuta una posizione di vantaggio al precedente concessionario (o al proprietario del fondo, o a colui che si sia fatto carico di attività propedeutiche all'attribuzione della concessione): ad esempio, nel demanio marittimo, è ragione di preferenza⁹³ l'essere titolari di precedenti concessioni⁹⁴; nel caso del demanio idrico, si prevede tra i criteri di preferenza la proprietà dei terreni da irrigare⁹⁵; per il demanio minerario, infine, nel rilascio delle concessioni minerarie “il ricercatore è preferito ad ogni altro richiedente”⁹⁶.

Produttive, 26 agosto 2005, “Modalità di conferimento della concessione di stoccaggio di gas naturale in sotterraneo, approvazione del relativo disciplinare tipo nel quale sono previste le modalità di attuazione delle attività di stoccaggio, gli obiettivi qualitativi, i poteri di verifica, le conseguenze di eventuali inadempimenti e sostituisce il disciplinare tipo approvato con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato 28 luglio 1975”

⁹¹ Art. 37, Codice della navigazione, comma 1, per cui in presenza di più domande concorrenti, la preferenza è accordata “al richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”.

⁹² Art. 9, comma 1, Regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, come modificato

⁹³ Per orientamenti giurisprudenziali contrari al riconoscimento del diritto di insistenza, v. Consiglio di Stato, V, 9 dicembre 2002, n. 6764, su cui S. CASSESE, *Concessioni di beni e diritto di insistenza* in *Giornale di diritto amministrativo*, 2003, pag. 356.

⁹⁴ Art. 37, Codice della navigazione, comma 2: “[...] E' altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze”.

⁹⁵ Art. 9, ultimo comma, Regio decreto n. 1775/1933: “Nelle concessioni a prevalente scopo irriguo, a parità di utilizzazione, è preferita fra più concorrenti la domanda di chi abbia la proprietà dei terreni da irrigare o del relativo consorzio dei proprietari”

⁹⁶ Art. 16, Regio decreto n. 1443/1927: “Il ricercatore è preferito ad ogni altro richiedente, purchè il ministro per l'economia nazionale riconosca che egli possiede la idoneità tecnica ed

Quanto invece al profilo dei criteri per la determinazione dei canoni concessori, esula in parte dall'oggetto della presente trattazione, ma può essere significativo segnalare come nell'attribuzione dell'utilità al concessionario, il corrispettivo tenda ad essere commisurato alla proficuità che il concessionario stesso trae dallo sfruttamento della risorsa⁹⁷.

Se ne può concludere, pertanto, che si registra una spinta comune nella normazione di settore, volta a conseguire il razionale utilizzo delle risorse naturali da parte dei privati cui sia affidato lo sfruttamento economico delle stesse. Tale spinta viene, peraltro, ad essere combinata con la tendenza ad una valorizzazione economica delle stesse risorse, nella prospettiva di massimizzare le entrate al pubblico erario.

Lungi dal potere in questa sede fornire un compiuto resoconto delle caratteristiche delle singole categorie di beni, è significativo notare come con riferimento a queste tre categorie che la costruzione giuridica, essendo storicamente consolidata, faccia emergere all'occhio dell'interprete una maturata considerazione della necessità di garantire che l'attività economica concessa si ponga in un punto di equilibrio tra il polo dello sfruttamento economico e la valenza collettiva delle utilità sottratte.

Lo strumento con cui il soggetto pubblico ricerca tale punto di equilibrio è quello concessorio.

economica". Tale preferenza al ricercatore è riconosciuta anche dalla legislazione regionale in materia.

⁹⁷ così, per il demanio marittimo, il Regolamento del codice della navigazione marittima (art. 16) già prevedeva che "la misura del canone per le singole concessioni deve essere concordata fra il capo del compartimento e l'intendente di finanza in relazione alla entità delle concessioni stesse, allo scopo che si intende conseguire e ai profitti che può trarne il concessionario"; per il demanio minerario, nelle concessioni concernenti cave e torbiere appartenenti al patrimonio indisponibile della Regione, si considera l'offerta del maggior canone, mentre per le acque minerali e termali, anche a seguito dei pronunciamenti della Corte costituzionale, il canone di concessione è commisurato alla quantità di acque prelevate e imbottigliate dal concessionario⁹⁷.

Tuttavia, nella considerazione della fruizione collettiva cui questi beni-risorse si collocano, anch'esso, come si vedrà trattando degli strumenti di tutela, si colora di interessi che trascendono sia il soggetto che dispone del bene che il concessionario.

Si sottolinea sin d'ora che la centralità della concessione deriva dalla caratterizzazione in senso dominicale del ruolo pubblico sulle risorse, prospettiva che nel tempo si è evoluta, senza per questo scomparire, ed alla quale si affianca, senza sostituirla del tutto, una nuova multiforme concezione anche dello strumentario utile per perseguire la tutela dell'interesse complessivo ambientale.

2.3 I beni dall'appartenenza alla funzionalizzazione all'interesse.

Con il processo di privatizzazione che da ultimo ha investito anche i beni pubblici, la disciplina positiva si è evoluta nel senso del superamento del dogma dell'inalienabilità dei beni demaniali e, a monte, della stessa regola della loro necessaria appartenenza allo Stato o agli altri enti territoriali, sino al punto di concepire che questi beni, al pari di quelli patrimoniali indisponibili, senza perdere il proprio connotato pubblico, possano appartenere pure a soggetti pubblici strutturati in forma privatistica e, in alcune ipotesi, finanche a soggetti integralmente privati.

In questo modo, la demanialità si è progressivamente trasformata, nella sostanza, in un vincolo tendenzialmente assimilabile al vincolo di destinazione concepito per i beni del patrimonio indisponibile, confermando anche sotto tale profilo la sostanziale fungibilità tra le due categorie di beni configurate dal codice civile.

Il processo di c.d. privatizzazione dei beni ha perseguito l'idea che anche i beni destinati all'uso pubblico possano essere valorizzati, sfruttati economicamente, commercializzati e immessi nel mercato in maniera compatibile con la sussistenza di un onere o vincolo reale di carattere pubblicistico gravante sui medesimi. Al contempo, la "patrimonializzazione" del demanio e la sua sostanziale assimilazione al patrimonio indisponibile hanno reso il sistema codificato un involucro sempre più stantio, essendo l'asse portante della disciplina dei beni pubblici ampiamente fuoriuscito dall'impianto codicistico.

Si ponga attenzione, in particolare, a come sia stata svuotata e quasi rovesciata la regola per cui «i beni che fanno parte del demanio pubblico sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei

modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano»⁹⁸. Il demanio è divenuto irriconoscibile, quale categoria autonoma e distinta da quella del patrimonio indisponibile, una volta persi i connotati originali della necessaria appartenenza a un ente pubblico territoriale e dell'inalienabilità⁹⁹.

Nel processo di trasformazione della categoria dei beni, è quindi col tempo venuta meno la centralità dell'appartenenza pubblica dei beni a destinazione collettiva o amministrativa, appartenenza non più necessaria ai fini del loro assoggettamento alle disposizioni pubblicistiche, generali e settoriali, dirette a garantire l'asservimento agli interessi pubblici cui gli stessi beni sono istituzionalmente legati. La disciplina è stata quindi scomposta in un regime "despecializzato" dell'appartenenza e in un perdurante regime pubblicistico della destinazione e della tutela dei beni, applicabile non in relazione alla loro titolarità soggettiva — formale o almeno sostanziale — bensì in connessione al dato oggettivo della funzione o del compito pubblico che i medesimi beni sono chiamati a servire¹⁰⁰.

Con il processo di privatizzazione dei beni, l'attenzione è stata posta proprio sul momento dell'appartenenza, nel momento in cui essa non sembra più poter significare né una riserva di proprietà né una riserva di funzioni.

Si è, infatti, introdotta nell'ordinamento la possibilità che sui beni che "sono demaniali e appartengono allo Stato", la titolarità di diritti spetti ad una

⁹⁸ Art. 823 codice civile.

⁹⁹ In questo senso M. RENNA, *La regolazione amministrativa*, op. cit., che ricorda come sia vero che la regolamentazione specifica delle differenti specie o classi di beni pubblici ha sempre risieduto nelle diverse normative di settore, cosicché pure in passato non si sia mai potuto parlare, effettivamente, della codificazione di un unico e uniforme regime demaniale e di un unico e uniforme regime di indisponibilità dei beni appartenenti alle pubbliche amministrazioni; le discipline settoriali, tuttavia, anche dove hanno introdotto deroghe alle disposizioni codicistiche, per lo più si sono mantenute entro gli schemi fondamentali del codice civile e, in ogni caso, proprio in ragione della loro settorialità, non sono mai state in grado di stravolgere il sistema codificato nelle sue coordinate basilari.

¹⁰⁰ Così, ancora, efficacemente si esprime M. RENNA, op. cit., 260.

società per azioni, e che altri enti siano centro d'imputazione delle funzioni relative a quei beni.

La possibilità di trasferire diritti su beni demaniali ha condotto parte della dottrina ad affermare la "scomposizione" del regime demaniale, intendendo con ciò l'erosione del regime della riserva - che impedisce l'appropriazione privata del bene - e la centralità del regime della destinazione - che vincola il bene al perseguimento di determinati interessi pubblici.

Le norme sulla privatizzazione non hanno modificato direttamente il regime dei beni demaniali, ed anzi, per quanta riguarda il trasferimento alla Patrimonio dello Stato s.p.a. e, per rinvio alle stesse disposizioni, alla Infrastrutture s.p.a., vi è l'espressa statuizione del rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici (art 7, comma 1) e la salvaguardia del regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829 primo comma del codice civile dei beni demaniali trasferiti. Né si riscontrano modifiche alle discipline di settore che concorrono a definire il regime dei singoli beni demaniali, anche, ma non solo, per l'espresso rinvio operato dall'art. 823 del codice civile.

Il percorso attuale appare quindi inverse rispetto a quello segnato da Ranelletti, quando tracciava la storia dei beni che dalla collettività come unità passano alla persona giuridica, cui l'associazione assurge¹⁰¹, nel senso che, mentre la teoria della proprietà pubblica affondava solide radici nell'affermazione della personalità giuridica dello Stato, ora, invece, si assiste al superamento della soggettività nella giuridicità pubblica verso l'oggettivazione dell'amministrazione.

Si è perciò concretizzata con riferimento ai beni quella concezione funzionale e oggettivata di pubblica amministrazione fatta propria dalla Costituzione repubblicana. La "desoggettivazione" del diritto amministrativo

¹⁰¹ O.RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, in Giur. It., 1897, IV, ora in *Scritti giuridici scelti*, IV, Beni pubblici, p. 257.

ha coinvolto pure i mezzi dell'azione pubblica, dopo avere investito le regole dell'attività e dell'organizzazione amministrativa¹⁰².

Se la disciplina positiva si fonda apparentemente su due rapporti di appartenenza del bene al soggetto pubblico di differente intensità, la via intrapresa dal legislatore ha mirato a perseguire una prospettiva funzionale, in cui i beni potessero acquisire il connotato pubblico, non tanto per l'appartenenza al soggetto, quanto per la funzionalizzazione a fini di interesse pubblico, dalla proprietà alla destinazione¹⁰³.

Ha preso corpo, perciò, una nuova nozione di "bene pubblico", oggettiva e sostanziale, che vede la pubblica amministrazione come soggetto

¹⁰² Si consideri come nella dottrina francese da tempo si era maturata la tendenza a generalizzare e formalizzare l'appartenenza pubblica dei beni, nei contributi dei due grandi maestri del primo Novecento, Maurice Hauriou e Leon Duguit. La messa a punto di Hauriou si differenziava nettamente da quella degli studiosi precedenti (come Proudhon e Ducroq). Quegli studiosi non si erano impegnati nell'elaborazione di un "critère réducteur": si erano limitati a considerare pubblici, e segnatamente demaniali, i beni non suscettibili di costituire oggetto di appropriazione privata, di uso diretto e individuate da parte dei privati. All'opposto, Hauriou elaborò una nozione assai ampia, affermando che il criterio da seguire consisteva nella destinazione della cosa all'utilità pubblica (M.Hauriou, *Précis de droit administratif*, Paris, 1892, p. 497). Ancora più ampia la nozione proposta da Duguit: essa includeva tutte le cose suscettibili di uso pubblico o destinate a un *service public* (L.Duguit et al., *Droit Administratif des biens*, Paris, 2002). Per un saggio completo sulla dottrina giuridica francese sui beni si veda F.MELLERAY, *La recherche d'un critère réducteur de la domanialité publique*, in ADJA, 2004, p. 490. Per una panoramica sulle tendenze dei beni in un prospettiva comparata, con specifico riferimento al profilo dell'appartenenza di recente G. DELLA CANANEA, *Dalla proprietà agli usi: una indagine comparata*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, op. cit. p. 63 e ss.

¹⁰³ Da ciò, forzando un po' il senso delle teorizzazioni sulla destinazione, M.OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005, sostiene che un problema che deriva dalle considerazioni appena svolte sotto il profilo dell'idoneità del concetto di destinazione come criterio per garantire insieme l'uso collettivo e lo sfruttamento economico del bene, o per stabilire la priorità dell'uno sull'altro. Il problema consiste nel fatto che sembra aprirsi un'alternativa tra due letture della privatizzazione entrambe insoddisfacenti. La prima conduce all'assorbimento della destinazione all'uso comune nel più generico concetto di destinazione all'interesse pubblico, e quindi a porre sullo stesso piano di altri interessi. In sostanza, si riporta l'accento dal regime del bene alla valutazione del soggetto chiamato a decidere quale sia l'interesse che deve prevalere in caso di conflitto. La seconda alternativa è quella di mantenere rigidamente ferma, per questi beni, la destinazione all'uso comune. Ora, però, affermare la destinazione all'uso comune, e come affermare che i beni sono destinati a non poter essere oggetto di appropriazione esclusiva. Vale cioè la considerazione che "se la cosa può circolare solo a patto di conservare la sua destinazione, significa che nella maggioranza dei casi non può circolare" M.S.GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. 75.

regolatore e non più proprietario, secondo quel trend evolutivo per cui il "pubblico come regola" si sta progressivamente sostituendo al "pubblico come soggetto", in modo che lo "Stato proprietario" e lo "Stato gestore" possano cedere gradatamente il passo allo "Stato regolatore" e che dal concetto di "proprietà pubblica" quale "proprietà-dovere" si possa ragionevolmente passare a quello di "proprietà pubblica" come "proprietà-funzione"¹⁰⁴.

D'altro canto, come si fa notare in dottrina il riferimento alla funzione sociale della proprietà contenuto nella Costituzione all'art. 42, ha consentito di affermare che i beni, «in se stessi e a prescindere dalla loro appartenenza, vivono in un rapporto di funzionalità (quantomeno passiva) rispetto al raggiungimento dei fini e degli interessi della collettività»¹⁰⁵.

¹⁰⁴ In tal senso E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008; M. NIGRO, *Trasferimento di beni pubblici e successione nella funzione*, in *Giur. cost.*, 1977, I, 300 ss. L'inerenza del bene pubblico alla funzione esercitata è stata del resto affermata nella giurisprudenza costituzionale sin dalla pronuncia 31/1959, ove la Corte ha dichiarato che l'assegnazione alla Regioni di beni statali deve trovare una corrispondenza in relazione alle funzioni pubbliche attribuite. La stretta correlazione tra beni e competenza è stata poi ulteriormente ribadita nella pronuncia 111/1976 con riguardo ai provvedimenti ministeriali di trasferimento del patrimonio boschivo in conseguenza della devoluzione alle Regioni delle funzioni amministrative in materia di agricoltura e foreste attuata a norma dell'art. 11 l. 281/1970. In tale prospettiva, il giudice delle leggi ha altresì evidenziato che la disponibilità del bene altro non è se non il presupposto del legittimo esercizio delle potestà attribuite alla pubblica amministrazione (v. la già richiamata sent. 31/1959), dovendo pertanto necessariamente sussistere un nesso di strumentalità tra il bene medesimo e l'erogazione di servizi o lo svolgimento di funzioni istituzionali assunte dalla stessa p.a. (v. sent. 462/1995). Inoltre la Corte nel determinare l'ammissibilità dei conflitti di attribuzione tra Stato e Regioni con riguardo ai beni pubblici, ha costantemente ritenuto estranea all'ambito della propria cognizione quella *vindicatio rerum* che non si traducesse al contempo in una *vindicatio potestatis*. Poiché il conflitto di attribuzione presuppone la violazione di norme costituzionali attributive di competenza, ai fini della sua ammissibilità la Consulta reputa necessario l'accertamento del legame beni – funzioni e quindi la verifica della necessaria strumentalità del bene all'esercizio di compiti di rilevanza costituzionale che devono necessariamente venire in rilievo ed essere oggetto di una pretesa di riconoscimento nell'ambito del contrasto intersoggettivo (v. al riguardo C. Cost. 179/2004, ovvero 213/2001).

¹⁰⁵ Così M.DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. POLICE, Milano, 2008, p. 17. Ma il dato significativo della funzionalizzazione della proprietà come dimensione costituzionale era già posto al centro della riflessione di S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969.

Su questo presupposto sono state quindi legittimate scelte normative che progressivamente hanno slegato il regime di appartenenza formale dei beni dalla titolarità di diritti su di essi, fino a giungere alla dismissione di alcune categorie di beni, alcuni dei quali sono rimasti sottoposti a vincoli di destinazione al pubblico interesse diversamente modulati¹⁰⁶.

La considerazione delle finalità pubbliche sottese alla destinazione del bene all'interesse pubblico si riscontra anche nelle limitazioni poste agli intenti di dismissione, laddove ad es. l'art. 9, comma 6, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, nel consentire l'alienazione anche di beni demaniali, pone la condizione che non venisse pregiudicata la tutela di interessi culturali, ambientali o di fruizione collettiva. Il bene può essere alienato solo se l'appartenenza pubblica non è necessaria alla soddisfazione dell'interesse pubblico o dove vi è la consapevolezza che il proprietario pubblico non è in grado di garantirne una conservazione adeguata.

Questo processo di affrancamento dalla prospettiva dominicale in cui appartenenza e diritti d'uso coincidevano è imprescindibile per il ragionamento che si intende svolgere riguardo alle risorse naturali.

Se si assume la natura indivisibile del bene ambiente, al cui interno si collocano le singole risorse, diviene indispensabile comprendere come la postulata inappropriabilità individuale di utilità collettive possa conciliarsi con il regime giuridico dei beni.

In sostanza, occorre indagare come possa conciliarsi la fruizione collettiva dei beni stessi con un regime di appartenenza che potrà assumere forme differenti a seconda del bene considerato.

¹⁰⁶ Sul rischio che una concezione "oggettiva" dei beni pubblici possa comportare un frammentazione della categoria si veda A.ROMANO TASSONE, *Relazione di sintesi*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A.POLICE, Milano, 2008, 697 ss.

Le proprietà emergenti dal sistema ambientale, generate dalla relazione tra le risorse, devono essere poste alla fruizione collettiva e non sono suscettibili di appropriazione esclusiva che impedisca il godimento condiviso. Ciò avviene però come conseguenza delle relazioni tra beni che sono sottoposti a regimi di appartenenza, generalmente di tipo proprietario, multiformi.

Il tema è stato approfondito in dottrina in particolare per spiegare ciò che maggiormente interessa il nostro ragionamento, ovvero le forme della fruizione collettiva dei beni.

Una volta chiarito che di bene pubblico è possibile parlare non per indicare un bene “appartenente” alla p.a., bensì per intendere un bene a fruizione collettiva - in quanto tale oggetto di potestà amministrative e refrattario all’impiego dell’istituto della proprietà individuale come strumento di controllo delle facoltà di disposizione e di godimento - la qualificazione parrebbe attagliarsi all’ambiente, come sistema che nella sua unità funzionale genera servizi comuni¹⁰⁷.

E’ di tutta evidenza come in questo profilo di indagine il nucleo centrale sia costituito proprio dalla fruizione collettiva dei beni pubblici, laddove storicamente è all’appartenenza pubblica che è stata ricondotta l’idoneità di

¹⁰⁷ In questo senso M.CAFAGNO, che riporta anche l’opinione di M. LIBERTINI, *Responsabilità dell’impresa e ambiente*, cit., p. 199 s., approda ad epilogo affine mantenendo l’ancoraggio al pensiero di Pugliatti; più precisamente, l’A. argomenta: «se si muove dall’impostazione teorica, che ritengo tuttora valida, di Pugliatti, secondo cui il 'bene' in senso giuridico non è solo un’entità reale, bensì la sintesi tra un dato della realtà e la rilevanza che a tale dato l’ordinamento attribuisce in funzione della tutela di determinati interessi umani, ne consegue che l’ambiente è bene giuridico in quanto la realtà naturale esterna all’uomo è rilevante, per l’ordinamento, in funzione della tutela dei diversi interessi umani sopra elencati; e, quando questi interessi sono fra loro confliggenti, in funzione dell’individuazione del punto di equilibrio fra i diversi interessi in gioco. Ciò consente di evidenziare l’inaccettabilità di una concezione puramente 'conservazionistica' dell’ambiente naturale come bene giuridico. E’ corretto invece concepire l’ambiente come un bene giuridico collettivo, la cui rilevanza giuridica dev’essere determinata attraverso scelte discrezionali (non arbitrarie, quindi) del decisore politico (legislatore, regolatore)».

garantire tale sfruttamento condiviso dei beni. La necessità di garantire tale godimento collettivo è, d'altronde, alla base proprio della inclusione di molti beni naturali alle categorie del demanio e del patrimonio indisponibile.

2.4 La fruizione collettiva nelle teorie sui beni. L'elaborazione della proprietà collettiva.

Si è visto come il regime dei beni pubblici sia soggetto ad una fase dinamica che vede il passaggio da una concezione soggettiva fondata sull'appartenenza del bene al soggetto pubblico ad una funzionale incentrata sulla destinazione del bene a fini di interesse pubblico.

Per quanto riguarda le risorse naturali, superando trasversalmente le categorie del demanio e del patrimonio indisponibile, si può dire in buona approssimazione che una parte significativa di esse è ricompresa proprio nella disciplina dei beni pubblici. Ciò in ragione della considerazione per cui le utilità delle risorse in questione sono rivolte non già all'appropriazione individuale, quanto piuttosto al godimento collettivo. E la garanzia del godimento collettivo è storicamente individuata nella proprietà pubblica¹⁰⁸.

Il nucleo del ragionamento sulle risorse è dato quindi dalla regolazione dell'accesso ad esse da parte dei soggetti dell'ordinamento, in considerazione della rivalità nel consumo, e nella necessità di garanzia della fruizione collettiva.

A prescindere dalla categorizzazione formale dei beni, per comprendere il profilo della fruizione collettiva è necessario constatare come il dato di partenza sia costituito sempre dall'approccio proprietario, poiché esso è frutto della considerazione per cui sono gli «istituti dominicali» che legittimano i soggetti ad appropriarsi di certe utilità che il bene fornisce. Se si prescindesse dalla proprietà, se si evitasse cioè di stabilire in via di principio a chi spettano le

¹⁰⁸ Occorre premettere che secondo questa logica, storicizzando le disposizioni codicistiche, e anche molte leggi di settore, l'assenza di alcune risorse parimenti rilevanti dal novero dei beni pubblici può essere spiegata proprio in ragione o della mancata percezione delle utilità collettive da esse generate, o della mancata percezione della scarsità della risorsa, tale per cui non necessitava di una tutela urgente, oppure ancora perché l'entità considerata è stata considerata adeguatamente collocata tra i beni privati e le res nullius, e l'intervento pubblico su di esse non necessariamente si è collocato nella dimensione proprietaria.

utilità che i beni in questione sono in grado di offrire, si vanificherebbe la finalità stessa della protezione giuridica e si finirebbe per consentire a chicchessia l'appropriazione anche totale di quelle utilità¹⁰⁹. Si consideri a questo proposito che gli inquinamenti dell'aria, delle acque, del suolo, costituiscono in effetti un'appropriazione abnorme di questi beni da parte di pochi, con conseguente sottrazione dei beni medesimi alla fruizione generale. Se non si stabilisce che quei beni appartengono a tutti, sono cioè in proprietà collettiva, non si pone alcun limite alla loro appropriazione abnorme e si rischia di costringere la fruizione di tutti a ciò che resta del bene dopo il suo selvaggio sfruttamento¹¹⁰. E' per questo che la proprietà, sia essa intesa come proprietà individuale, sia intesa come proprietà collettiva, continua «ad occupare lo spazio centrale dell'universo giuridico, e ad essa si continua a guardare come al prototipo delle situazioni forti, capaci di garantire un maximum di tutela, nel processo di qualificazione di interessi nuovi e meno nuovi»¹¹¹.

Certo, la storia della proprietà non corre unitaria: dal dominium romano alla dottrina medievale e postmedievale del dominio diviso, alla unita e compatta proprietà del moderno diritto borghese, alla riscoperta novecentesca di statuti diversi delle diverse cose e quindi di molteplici proprietà, ogni esperienza storica plasma a sua immagine e secondo le sue esigenze un istituto che non si è mai risolto in una scelta puramente tecnica ma che è sempre stato, inevitabilmente, lo specchio fedele di progetti politici, di idealità, di interessi e, quindi, anche di opzioni ideologiche¹¹².

¹⁰⁹ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, op. cit., 7

¹¹⁰ Così P.MADDALENA, *Il danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990

¹¹¹ L. BIGLIAZZI GERI, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Il danno all'ambiente*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Perugia il 6 febbraio 1987, 1988, p. 501 ss.

¹¹² In questi termini si esprime P.GROSSI, *Trasformazioni dominicali*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U.MATTEI, E.REVIGLIO E S.RODOTÀ, Bologna, 2007, ma aveva criticato e mostrato il lato storico e contingente dell'istituto proprietario, evidenziando come molteplici potessero essere le forme di appartenenza collettive, in *Un altro*

Su queste basi, oltre alle indicazioni che giungono dalla teoria economica, ma che si pongono sul versante dell'efficienza della allocazione di diritti d'uso, l'elaborazione giuridica ha indagato quali potessero essere le forme della regolazione giuridica e il corretto inquadramento di questa dinamica di interessi concomitanti sullo stesso bene.

Questi profili sono nel patrimonio dell'elaborazione giuridica da molto tempo¹¹³, e hanno trovato una lucida espressione nella teoria della proprietà collettiva di M.S.Giannini¹¹⁴.

modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria, Milano, 1977.

¹¹³ il fenomeno della proprietà collettiva, in diritto pubblico, ha origini assai remote. Essa si ricollega soprattutto agli usi civici, ed in genere ai diritti d'uso e di godimento delle terre, secondo una prospettiva che vedeva la terra come destinata a soddisfare i bisogni primari della comunità di abitanti. In dottrina, nel ricostruire la legittimità storica della costruzione giuridica della proprietà collettiva (GROSSI), si pone in evidenza la definizione che di essa diede il Cattaneo: «non sono abusi, non sono privilegi, non sono usurpazioni: è un altro modo di possedere, un'altra legislazione, un altro ordine sociale, che, inosservato, discese da remotissimi secoli sino a noi» Particolarmente interessante ai nostri fini è notare come la legislazione sugli usi civici riconosca la titolarità collettiva non solo del diritto di proprietà, ma anche di diritti d'uso e di godimento, i cosiddetti usi civici in senso stretto, che spettano legittimamente alle comunità di utenti. Ne consegue che ciascun utente può far valere detti diritti uti singulus ed uti cives, cioè nel proprio interesse e nell'interesse di tutti gli altri cittadini¹¹³; mentre la tutela degli stessi spetta in ogni caso all'ente che ha la rappresentanza della comunità (Comune, frazione, associazione agraria). I diritti di uso civico, pur consistendo nell'uso e nel godimento di talune utilità della cosa e non configurando quindi un diritto di proprietà collettiva, presentano tuttavia le caratteristiche proprie delle situazioni dominicali: son inalienabili e imprescrittibili. E' utile notare ancora con Giannini (I beni pubblici, op. cit, p. 51 ss) che all'inizio proprietà collettiva e uso civico coincisero, mentre successivamente si cominciarono profilare usi civici su beni privati, senza il supporto della proprietà collettiva del bene. Il termine usi civici nel lessico giuridico ha assunto valenza polisemica in quanto sta ad indicare una serie di istituti diversi, per origine contenuto e conformazione, anche se genericamente riconducibili alla titolarità di diritti sulla terra esercitati collettivamente da parte degli appartenenti ad una determinata comunità. L'estensione del termine a tutte le diverse forme di godimento collettivo della terra è opera della legge 1776/1927 denominata "Legge sul riordino degli usi civici nel Regno", diretta ad unificare in un testo nazionale le diverse discipline preunitarie. Nel procedere al riordino il legislatore nazionale ha assunto a istituto paradigmatico le forme di proprietà collettiva presenti nelle province meridionali, gli usi civici appunto, mutuando da esse i principi e le discipline contenute nelle relative leggi abolitive. Uno studio sugli usi civici è uno studio su quelle forme collettive di appartenenza (commons), emarginate dalle istanze individualistiche della rivoluzione borghese, e giunte fino a noi, seppur in forma residuale, resistendo ai numerosi assalti liquidatori perpetrati dalle legislazioni statuali. Nella categoria degli usi civici vengono comprese almeno due forme di appartenenza collettiva

ben distinte: quella dei diritti di godimento e d'uso delle popolazioni su beni altrui (usi civici in senso stretto o demani feudali) e quella dei diritti delle popolazioni su terre proprie (terre civiche o demanio collettivo). Una terza categoria, con caratteristiche distinte dalle prime due e che forse ad oggi ha assunto maggior importanza a seguito delle cc.dd. "leggi sulla montagna" è quella delle terre collettive appartenenti a comunioni familiari montane "chiuse" che assumono nomi diversi a seconda del luogo in cui sorgono. La disciplina generale sugli usi civici (rectius proprietà collettive) si rinviene nella legge 1176 del '27 la quale aveva tra le sue finalità quelle di: a) censire e liquidare gli usi civici e qualsiasi altro diritto di promiscuo godimento spettanti agli abitanti di un Comune, o di una frazione di Comune; e b) di risistemare le terre provenienti dalla liquidazione suddetta e le altre possedute da Comuni, università ed altre associazioni agrarie, comunque denominate, soggette all'esercizio di usi civici. La riduzione ad unità del diverso aveva quale fine una più semplice espunzione delle forme collettive di appartenenza dall'universo giuridico. Fin dai primi tratti della legge traspare la prevalenza dell'intento liquidatore rispetto a quello del riordino sistematico dell'istituto, di cui peraltro non fornisce alcuna definizione. L'articolato infatti è volto a dettare una serie di procedure di natura di amministrativo-giurisdizionale volte alla trasformazione delle ultime forme di proprietà collettiva ancora esistenti in determinate zone del paese in proprietà individuali private o del soggetto pubblico impersonato dall'ente comune. Presente nell'ordinamento solo a livello consuetudinario, la proprietà collettiva è stato oggetto degli strali del legislatore intervenuto al solo fine di ridurne la portata. Fin dalle c.d. leggi eversive della feudalità del XIX sec. la liberazione della proprietà individuale dai vincoli feudali era passata attraverso la liquidazione degli usi delle collettività su terre aliene (Lorizio p.3). La legge del '27 non rappresenta altro che la logica conclusione di quel percorso giuridico-culturale che, a far data dalla rivoluzione francese, poneva la proprietà individuale come unica forma di dominio sulle cose, e che quindi, da una parte, mal tollerava la classica forma feudale del dominio diviso (dominio diretto ed utile) e dall'altra sopportava la proprietà collettiva solo quale regime eccezionale e da cui comunque si richiedeva l'affrancamento. Al tratto di penna del legislatore tuttavia non ha corrisposto la scomparsa della proprietà collettiva come forma di organizzazione sociale di governo del territorio. La resistenza da parte di determinate comunità e il cronico ritardo con cui si è sviluppato procedimento liquidativo hanno permesso la sopravvivenza, in forma residuale, di queste importanti forme collettive di amministrazione dei beni silvo-pastorali, specie montani, capaci di rivivificare quel dibattito sulla proprietà collettiva che sembrava andato perso dopo i moti rivoluzionari borghesi. Tuttavia il dibattito economico e giuridico sorto attorno ai commons volto a sottolinearne il valore storico-culturale e ad evidenziarne le potenzialità gestorie non ha trovato traduzione positiva. La liberazione dei domini collettivi dalla morsa della proprietà individuale sul piano del diritto positivo si è giocata più sul lato pubblico di preservazione del patrimonio ambientale anziché tradursi in un serio ripensamento in chiave moderna della proprietà collettiva. L'articolo 34 della legge 25/7/1952 n. 991 che riconosce alle comunioni familiari vigenti sui territori montani una loro autonomia, l'articolo 10 legge che conferma alle comunioni montane natura giuridica ben distinta dagli usi civici la cui disciplina è dettata dai rispettivi statuti e dalle preesistenti consuetudini ed infine l'art. 3 della legge sulla montagna che ha attribuito alle Regioni il potere di conferire a queste comunità la qualifica di persone giuridiche di diritto privato hanno certamente prodotto il risultato di trasmettere fino a noi questo modello comunitario di proprietà collettiva sottraendolo dalla soggezione alle leggi sulla liquidazione degli usi civici e alla gestione pubblica del loro territorio le comunità dell'arco alpino. Tuttavia il così ristretto ambito oggettivo di intervento di tali normative non può certo rappresentare quella ricostruzione sistematica del fenomeno necessaria a valorizzare le potenzialità funzionali proprie delle forme collettive di appartenenza

che le candida a valida alternativa istituzionale di gestione del bene comune (e.g. ambiente o spazio digitale) rispetto alla proprietà individuale. Gli usi civici in senso stretto sono, infatti, riconducibili genericamente ai diritti originariamente concessi dal feudatario sulle terre infeudate, estrinsecatisi nell'esercizio di ben definite e limitate facoltà di godimento quale corrispettivo del lavoro di colonizzazione della terra sollecitata dallo stesso. Goduti collettivamente dalla comunità per soddisfare principalmente i bisogni essenziali della vita si concretano in specifiche facoltà di utilizzo limitanti il diritto di godimento del fondo da parte del proprietario. Le terre gravate da usi civici hanno la caratteristica di appartenere a soggetti diversi rispetto ai cives utenti, i quali fruiscono promiscuamente con il proprietario di alcune specifiche e limitate utilità del fondo. La titolarità delle terre adibite a pascolo o bosco quindi rimaneva in capo alla collettività che ne gestiva l'utilizzo attraverso forme associative o entità di fatto rappresentative dell'intera comunità territorialmente residente: le c.d. Università o Associazioni agrarie. L'assunzione sempre crescente, poi, da parte di queste originarie associazioni di fatto (Universitas) di decisioni di natura pubblicistica (e.g. costruzione di strade, ponti o altre opere necessarie al godimento del territorio agro-pastorale) e l'apertura generalizzata dell'utilizzo a tutti i cittadini residenti (l'incollato o residenzialità diventa l'unico criterio distintivo art. 26 c. 1 l. 1927) porta, con l'andare del tempo, al trasferimento, naturale o positivamente previsto, dei poteri gestori dalla associazione originaria al Comune-ente territoriale. Al momento dell'entrata in vigore della legislazione di riordino molti di tali enti si erano disciolti nel Comune che aveva assorbito le funzioni pubblicistiche da essi svolte. Il trasferimento dei poteri gestori non ha tuttavia comportato anche il conseguente trasferimento della titolarità dei beni: per cui ad oggi appare pacifico, almeno per la giurisprudenza, che la titolarità delle terre civiche appartenga alla collettività residenziale, nel suo insieme e a ciascuno dei suoi membri e che all'ente gestorio pubblico (Comune), sia riservata l'amministrazione e la rappresentanza della comunità di abitanti ad essa corrispondente. La separazione proprietà-gestione appena prospettata non sorge invece relativamente alla terza forma di proprietà collettiva, quella denominata terre collettive cioè terre godute collettivamente ed assolutamente dai soli discendenti dei gruppi familiari, in virtù del c.d. vincolo agnaticio o familiare, che originariamente avevano occupato un certo territorio, e il cui atto di occupazione era stato poi sanato da concessione feudale. E' solo la resistenza tenace di determinate comunità familiari e la lunga e positiva tradizione di gestione del territorio che permette a queste comunità di staccarsi dalla gestione comunale e di poter continuare nella amministrazione delle proprie terre secondo principi e regole privatistiche di natura consuetudinaria ben precedenti alla formazione degli enti territoriali e alla stessa unità statale. L'obbligo morale, più che giuridico, di conservazione del patrimonio silvo-pastorale a garanzia del suo godimento da parte delle generazioni future ha contribuito a far riconoscere in questa forma di proprietà collettiva una valida alternativa istituzionale alla proprietà individuale, nella gestione del territorio e tutela dell'ambiente. La mancata conclusione delle procedure di liquidazione, la resistenza opposta dalle comunità montane e il rinvigorito dibattito culturale intorno alle forme collettive di appartenenza hanno mantenuto in vita quel modello comunitario di proprietà collettiva, che trova nelle terre collettive montane la sua espressione più compiuta e che ad oggi disciplina l'utilizzo di terreni che, considerando solo quelli di natura boschiva, coprono circa due milioni di ettari, ossia il 25 per cento della superficie forestale nazionale (Grasselli p 1158). Le caratteristiche comuni. Tali caratteristiche possono essere ricondotte alla generale indisponibilità delle terre collettive vincolate nella loro destinazione agro-silvo-pastorale e al loro sfruttamento in comune, alla generale inusufruttibilità, nonché, per le sole terre civiche e collettive la loro generale indivisibilità ed inalienabilità. Le principali estrinsecazioni del regime di indisponibilità risiedono nella destinazione vincolata e nella generale inalienabilità dei beni

L'elaborazione teorica aveva infatti già in epoca antecedente all'emersione dell'interesse ambientale ed alla scissione tra appartenenza e titolarità di funzioni acquisita con il processo di privatizzazione, colto come «nella proprietà collettiva il tratto saliente non è l'appartenenza della cosa, ma il godimento dei servizi che la cosa rende o è idonea a rendere se convenientemente impiegata»¹¹⁵.

Nell'enucleare questo tipo di proprietà in cui l'appartenenza spetta alla collettività, l'Autore notava che a tale regime sarebbero sottoposti «i beni che rendono solo servizi indivisibili per natura, cioè servizi che non possono essere né misurati né ordinati in relazione ai soggetti che ne beneficiano, ossia che non sono individuabili in rapporto all'utilizzazione dei soggetti. Ne sono esempi le vie pubbliche, i giardini pubblici, i laghi pubblici. Nessuno potrebbe mai stabilire una misura nell'utilizzazione di uno di questi beni da parte di ciascuna persona fisica. Così ancora i beni che, pur potendo rendere servizi divisibili, in concreto non li rendono o non li possono rendere o per cause dipendenti dalla volontà dell'uomo, come p. es. il parco che si vuole conservare al pubblico godimento per la sua bellezza, o per cause economiche, come p. es.

collettivi. Tanto il vincolo di destinazione quanto quello dettato dall'inalienabilità delle terre collettive non sono assoluti, ma superabili ad esito di un procedimento tecnico-amministrativo che trova il suo atto rilevante nell'autorizzazione ministeriale, oggi regionale in virtù del passaggio di tutte le funzioni amministrative statali in materia di usi civici alle Regioni in virtù del disposto dell'art. 66 d.p.r. 616/77. Autorizzazione che può essere rilasciata dietro espressa e motivata richiesta dell'ente esponenziale titolare dei beni, quando l'operazione rappresenta un reale beneficio per la generalità degli abitanti. Correlate alla indisponibilità del bene collettivo sono l'imprescrittibilità dell'uso e la inusucapibilità delle terre collettive. La imprescrittibilità degli usi civici è argomentata dall'art. 2 della legge sul riordino che consente di accertarne sempre l'esistenza, la natura e l'estensione purché non siano cessati anteriormente al 1800. L'inusucapibilità delle proprietà collettive che era argomentata dall'art. 9 della legge del '27 che in caso di occupazione ne prevedeva sempre la reintegra a qualunque epoca l'occupazione rimontasse, è oggi esplicitamente affermata dall'art. 3 comma 1 della legge 97/1994. Al di là della derivazione positiva di tali principi il loro fondamento sembra possa trovarsi nella perpetuità propria del diritto in quanto riferito ad una comunità e del vincolo di destinazione in quanto espressione di un particolare statuto economico (Marinelli p.126).

¹¹⁴ M.S.GIANNINI, *I beni pubblici*, op. cit.

¹¹⁵ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, op. cit., 46

la piccola sorgente che sgorga in zona povera di acque, che si vuol sottrarre a sfruttamento di privati, o per cause sociali, come p. es. i fiumi che si vogliono sottrarre agli sfruttamenti irrazionali e distruttivi che ne farebbero i privati se ne fossero proprietari individuali; o per cause di contenuto composito, come per i boschi montani, che si vogliono salvare dallo sfruttamento di rapina che ne farebbero i proprietari individuali, e anzi si vogliono conservare perché assicurano certe caratteristiche fisiche dell'ambiente montano. Così ancora i beni che, per la loro abbondanza naturale consentono utilizzazioni libere a chiunque, entro limiti che possono essere stabiliti da norme - come p. es. il mare [...]. Così infine istituti più complessi, nei quali una comunità di lavoro utilizza i beni a scopo produttivo, per ripartire il prodotto o il frutto del prodotto fra tutti i membri della comunità, secondo regole preordinate [...]. Gli istituti della proprietà collettiva sono quindi profondamente diversi da quelli della proprietà individuale, non per ragioni estrinseche [...] ma per ragioni intrinseche di tipo di utilizzazione a cui sono assoggettabili»¹¹⁶.

A differenza della storica esperienza degli usi civici, nella proprietà collettiva il godimento del bene non spetta ad un gruppo chiuso (gli abitanti di una determinata zona) ma a tutti. Qui "tutti", nota Giannini ¹¹⁷ ha «significato assoluto, significa cioè chiunque cittadino, straniero, apolide...il gruppo è aperto». Inoltre l'ente che gestisce questa proprietà collettiva non è un ente ad hoc, ma un ente territoriale a fini generali, cioè in concreto un Comune o lo Stato.

Se si volesse ricondurre alle teorie in precedenza esposte trattando dei beni pubblici la natura dei beni inquadrati nell'ottica della proprietà collettiva, si potrebbe dire che si tratta di beni che l'ordinamento «riserva» alla collettività, e che spesso sono «destinati» all'uso pubblico di questa.

¹¹⁶ Ibidem

¹¹⁷ Ibidem, 47.

Storicamente, la proprietà collettiva si è realizzata in relazione a talune utilità patrimonialmente rilevanti, cioè in relazione ai prodotti della terra che potevano anche essere oggetto di commercio, ciò non significa che abbia natura patrimoniale. La funzione della proprietà collettiva è invece proprio quella di assicurare un uso che non alteri la destinazione della cosa e consenta il più ampio uso contemporaneo da parte degli altri comproprietari. Tale funzione si attaglia perfettamente all'uso dei beni ambientali. La proprietà collettiva, in altri termini, si caratterizza per il valore d'uso e non per quello di scambio, caratteristica che è rafforzata per il bene ambiente e le sue componenti.

Come si vede, già prima dell'emersione dell'interesse ambientale, il tema centrale che poi sarebbe stato evidenziato nella necessità di garantire la fruizione collettiva di servizi indivisibili, era stato già posto in rilievo. La proprietà collettiva, l'interesse del proprietario è tutelato non solo nei confronti di terzi, ma anche nei confronti degli altri comproprietari che non possono appropriarsi del bene a titolo individuale. Resta l'obiezione per cui la proprietà, sia individuale che collettiva è stata sempre vista in relazione allo sfruttamento economico della cosa, è stata cioè sempre considerata di natura patrimoniale, mentre in materia ambientale si dovrebbe parlare di una proprietà collettiva di beni per i quali lo sfruttamento economico è escluso per natura¹¹⁸.

Dal momento che il bene è a disposizione del godimento collettivo, la titolarità del soggetto pubblico che ad esso presiede trova espressione essenzialmente nella titolarità di funzioni e di compiti di gestione.

In effetti, questo aspetto è già al centro della struttura della proprietà individuale dell'ente pubblico, per la quale la proprietà trova adeguata rappresentazione nell'ossimoro diritto – dovere, ma si evidenzia soprattutto

¹¹⁸ Così P.MADDALENA, *Il danno pubblico ambientale*, op. cit., 143.

nella proprietà collettiva, per la quale i beni demaniali appartengono alla collettività, e “l'appartenenza” allo Stato sta ad indicare la titolarità della gestione.

Non è fuori luogo su questo tema la ricostruzione di Pugliatti¹¹⁹ secondo cui bisogna distinguere tra proprietà sostanziale e proprietà formale, e quest'ultima è da intendere come «proprietà-legittimazione, quale titolo per l'adempimento di una pubblica funzione, e l'esercizio di pubblici poteri connessi, ed il programmato compimento di correlative attività».

Questa posizione, per così dire, “esterna” del soggetto pubblico, è sottolineata anche dall'assunto per cui in tale forma di rapporto con i beni «l'ente territoriale come tale non trae da questi beni alcuna utilità: le utilità che essi rendono si esauriscono totalmente nelle utilità delle collettività». Lo Stato, per parte sua, «non è neppure amministratore della cosa comune (...); è autorità di polizia»¹²⁰.

Si può quindi giungere ad affermare che rispetto a beni che non “appartengono” all'ente territoriale quali “strumenti” dell'azione pubblica, ma sono oggetto di godimento condiviso della collettività in ragione delle utilità che offrono (come le risorse naturali), il potere dello Stato su di essi si sostanzia semplicemente in una potestà attribuita al soggetto per un interesse che lo trascende¹²¹.

¹¹⁹ S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, 305

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 53-54. Ma sull'eventualità che il regime di riserva si traduca in una mera norma di divieto nei confronti dell'appropriazione privata senza che a ciò corrisponda nemmeno l'imputazione del bene al pubblico potere, al solo scopo di preservare beni che costituiscono o contengono risorse naturali, S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., pp. 139-140, che richiama proprio la normazione americana sui parchi diretta a mantenere «un ambiente naturale “forever wild”».

¹²¹ Per quanto riguarda la teoria della proprietà pubblica, secondo la ricostruzione di Guicciardi, *Il demanio*, op. cit., nota 4, può essere fatta risalire a Mayer e nella dottrina francese a Hariou, mentre nella dottrina italiana a Romano. Sulla distinzione tra proprietà funzione come proprietà privata onerata da obblighi e proprietà funzionale come proprietà di beni adibiti ad una funzione pubblica (beni demaniali) si sofferma S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1964, 276. La moderna ricostruzione in termini di

Il fulcro del ragionamento su tali beni si sposta, dalla persona giuridica statale come unico termine di riferimento delle esigenze della collettività ed insieme centro decisionale, alla collettività, o meglio le collettività, alle quali il regime demaniale garantisce la prerogativa del godimento del bene.

A garanzia della fruizione collettiva si pone la struttura del rapporto demaniale, che pur nel superamento delle categorie codicistiche, individua il dato peculiare nell'extracommercialità (art. 823 c.c.)¹²².

La caratteristica dei beni a fruizione collettiva colora anche tale aspetto, poichè, mentre in altri beni demaniali il regime amministrativo del bene vale a conformare la proprietà dell'ente pubblico, rispetto alla quale l'extracommercialità si pone come garanzia, nei beni in esame i termini si presentano rovesciati nel senso che il regime amministrativo vale a garantire effettività all'inappropriabilità a titolo individuale.

Le considerazioni che ora si svolgono valgono esclusivamente ponendo al centro dell'esame l'uso collettivo, perché con riguardo ad altri aspetti dei beni pubblici in generale, ben più ampia diviene l'area di indagine. Si apre infatti la vasta letteratura in tema di proprietà pubblica e dei tratti differenziali dalla proprietà privata¹²³.

proprietà collettiva dei beni a fruizione collettiva, cioè i beni demaniali per natura, affidati in gestione legate ad enti territoriali, si deve a M.S.GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., in particolare 51 ss e per una critica all'espressione "funzione sociale della proprietà che può essere impiegata come formula di comodo ma non può essere applicata per definire qualcosa di giuridicamente preciso, 126. In termini comparati, per una sintesi sull'attuale stato della dottrina francese cfr. Y GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 2, *Droit administratif des biens*, Paris, 1998. Sul rilievo e il significato della funzionalizzazione della proprietà collettiva cfr. CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p. 106, nota 25 bis, come determinazione dei possibili usi dei collettivisti, e non come sottoposizione al principio di funzione del soggetto pubblico.

¹²² S.PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, 153. Ma sul punto illuminante è la ricostruzione offerta da M.OLIVI, *I beni demaniali*, op. cit. 98 ss.

¹²³ Soprattutto a seguito dello studio di S.CASSESE, *I beni pubblici*, cit., e poi di V.CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. Si può peraltro osservare che con riguardo ai beni pubblici in generale ora appare dominante in dottrina l'idea, che non vi siano differenze di struttura che differenzino un diritto di proprietà pubblica da quello dei privati. Occorre peraltro svolgere una precisazione, con riguardo ai beni demaniali ad uso collettivo, in relazione alla tesi secondo

L'approccio proprietario non è del tutto conforme alla natura dei beni in esame, poichè i tratti identificativi di questa forma dominante di appartenenza, rinvenibili, sempre secondo una lettura tradizionale della stessa, nel potere di godere, di disporre e di escludere, sono assenti o notevolmente limitati.

Il rapporto tra appartenenza ed uso collettivo del bene demaniale può essere inquadrato in più modi. Da lato vi saranno le teorie che identificano una forma di appartenenza del bene all'ente territoriale, seppur rispetto alla proprietà privata, dall'altro le teorie che considerano i beni in esame oggetto di proprietà della collettività, secondo lo schema appena visto della proprietà collettiva¹²⁴.

Se ascritto al primo modello, l'apertura all'uso collettivo dipende dalla destinazione¹²⁵, e, di conseguenza, le facoltà dell'ente, come titolare del diritto,

la quale la proprietà pubblica (o dei pubblici poteri) non si differenzia dalla proprietà di diritto comune. Da tale affermazione, invero, non consegue necessariamente che i beni ad uso collettivo siano oggetto di un diritto di proprietà di diritto comune, essendo questa solo una delle opzioni dogmatiche in materia. Pur ammettendo infatti che non vi siano differenze di struttura tra la proprietà privata e la proprietà dei pubblici poteri, o, in altra prospettazione che i modelli sono numerosi e diversificati sia sul versante pubblico sia private ma tutti riconducibili ad un nucleo di istituti comuni, i beni ad uso collettivo possono essere considerati, oggetto o di un diritto di proprietà dell'ente pubblico, o di proprietà della collettività. Nel primo caso si aprono le due strade di ritenere la proprietà dell'ente un diritto di natura diversa dalla proprietà di diritto comune, o al contrario di ritenere la proprietà dell'ente pur sempre riconducibile all'istituto della proprietà di diritto comune anche se caratterizzata da rilevanti deroghe. Nel secondo caso, nelle teorie cioè che vedono i beni ad uso collettivo come oggetto di proprietà collettiva, viene in rilievo una forma di appartenenza diversa dalla proprietà individuale, diversa non solo quanto a titolarità, ma anche quanto a struttura del diritto. In conclusione affermare che non vi è differenza tra proprietà privata e proprietà dei pubblici poteri lascia impregiudicata la questione se l'appartenenza dei beni ad uso collettivo sia differente dalla proprietà privata, perché ciò dipende dal fatto di ascriverla o meno come proprietà dell'ente.

¹²⁴ La prospettazione in termini di proprietà individuale dell'ente sui beni ad uso collettivo nasce ed è essenzialmente riferibile alle tesi della proprietà pubblica. La tesi della proprietà pubblica è fatta risalire a O.MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1896, Bd. II, 71 in Italia la teoria di Mayer è stata diffusa da O.RANELLETTI, *Concetto*, cit., 53. Per una sintesi della dottrina della proprietà pubblica cfr. E.GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., p. 11, note 1, 2 e 4.

¹²⁵ La critica al modello della proprietà pubblica muove in genere, e cioè con riguardo a tutti i beni pubblici, dalla negazione dell'esistenza di una disciplina differenziata per la proprietà pubblica, proprietà che, si afferma, non è pubblica né per il suo contenuto, né per la natura del

tendono a concentrarsi nelle funzioni dirette a garantire a tutti il godimento del bene.

Nel secondo modello, dicotomico rispetto al primo, il godimento collettivo del bene costituisce il contenuto di un diritto di proprietà della collettività. Tuttavia tale diritto ha una struttura diversa dal diritto di proprietà individuale perchè è limitato ai servizi indivisibili resi dalla cosa e quindi a tutti quegli usi che non escludano l'uso contemporaneo da parte di altri componenti la collettività.

Qui, l'ente pubblico, o meglio l'ente territoriale, non è proprietario, ma si pone come amministratore e custode del bene. L'ambiente si pone in questa seconda dimensione, perchè anche il soggetto pubblico non è legittimato ad apprendere in via esclusiva le utilità del bene. Non ne può godere lo Stato, allo stesso modo in cui non ne può godere qualunque altro soggetto, qualora il godimento sia tale da non consentire il godimento di chiunque altro. Il limite, in questo esempio, deriva dalla natura della cosa solo in relazione ad alcuni modi d'uso del bene.

Se quindi le problematiche innescate dalle risorse naturali possono essere inquadrare nel tema della fruizione collettiva, l'attenzione deve essere posta sui due aspetti che connotano il rapporto con il soggetto pubblico, ovvero le prerogative di godimento del bene in capo alla collettività e il potere decisionale che spetta all'ente pubblico.

Infatti, anche se si nega l'appropriabilità del bene, la scelta dell'ordinamento di riconoscere a tutti il godimento del bene, implica prerogative quali il potere decisionale, i compiti di monitoraggio sugli usi, i compiti di manutenzione, e tutto ciò che attiene alle funzioni e ai compiti

soggetto proprietario, il quale, come proprietario non è sottoposto a regole diverse da quello privato S.CASSESE, *I beni pubblici*, op. cit., 261).

dirette ad assicurare l'esistenza del bene e a garantire l'uso collettivo, che non possono essere esercitati dalla collettività indeterminata.

In questa prospettiva anche il concetto di appartenenza altro non è che l'espressione della scelta dell'ordinamento di regolare l'uso delle risorse, e consiste nella disciplina dell'assegnazione delle utilità e nella creazione di un apparato istituzionale che possa rendere effettivi gli obblighi e i diritti.

Il problema rispetto ai beni, come le risorse naturali, per i quali è necessario garantire la fruizione collettiva, non è se assoggettare una cosa ad un regime di appartenenza, e a quale, ma si concentra nel regime giuridico dell'appartenenza, che è influenzato dalle caratteristiche fisiche del bene.

Per questa ragione l'appartenenza allo Stato dei beni demaniali ad uso collettivo, è definita "appartenenza di protezione"¹²⁶. Si pone pertanto la necessità di rivalutare la dimensione dell'obbligo rispetto a quella del diritto, ovvero quella della proprietà-dovere.

Similmente all'approccio economico, i beni considerati nella prospettiva del divieto di escludere ammettono solo gli usi che rendano il bene accessibile a tutti, cioè che consentono la possibilità a chiunque altro di fruire del bene, secondo quel canone di non escludibilità cui si era accennato descrivendo le risorse.

Non vi è quindi da ricercare il titolo che giustifichi il godimento collettivo, ma vi è il problema opposto di non veder perdute altre utilità che la cosa può offrire, e quindi di individuare un titolo che giustifichi l'uso individuale.

¹²⁶ A.GAMBARO, *La proprietà*, cit., 20. Per la considerazione secondo la quale l'ordinamento prende in considerazione a certi fini l'ente e ad altri fini il gruppo sottostante cfr. S.CASSESE, *I beni pubblici*, op. cit., 162.

Qui emerge un punto cruciale del ragionamento, infatti lo Stato non può disporre in via esclusiva, di un bene aperto all'uso comune, ma solo perché tale godimento si risolverebbe nell'escludere l'uso di altri.

Il limite al godimento dello Stato è il limite che vale per qualunque soggetto, ma è solo un riflesso del fatto di non poter escludere nessuno dall'uso del bene e dell'insufficienza della concezione dei beni fondata sull'appartenenza laddove nessuna appropriazione esclusiva è possibile. Lo Stato non ne può godere come autorità, perché non ha nessun diritto di escludere, ma solo l'autorità di garantire che nessuno sia escluso.

Letta con gli occhiali della proprietà collettiva si può notare che la dissociazione della struttura proprietaria si potrebbe dire presupposta dalla considerazione che delle varie specie di disponibilità della cosa (il godimento dei servizi reali della cosa, la permutazione di servizi di essa, la destinazione ad utilizzazioni, il godimento dei frutti; la disposizione - alienazione e così via per le decine che potrebbero aggiungersi) alla collettività proprietaria spetta solo il godimento dei servizi indivisibili della cosa, tanto da affermarsi che il tratto saliente della proprietà collettiva non è l'appartenenza della cosa, ma il godimento dei servizi che la cosa rende o è idonea a rendere se convenientemente impiegata. Ed è infatti questa la dimensione in cui si collocano le risorse naturali.

Tradizionalmente, pur nel più ristretto ambito dei beni demaniali destinati all'uso pubblico, si distinguono due tipi di beni. Da un lato i beni che compiono la loro funzione mediante un uso che lascia intatto l'uso di altri, come la strada, il lido del mare, il corso d'acqua considerate per l'uso della navigazione. Dall'altro i beni che compiono la loro funzione mediante un uso che importa una sottrazione all'uso degli altri, come un corso d'acqua destinato

alla derivazione per usi agricoli, industriali eccetera¹²⁷. Sotto il profilo oggettuale, quindi, poichè la stessa cosa si presta a diverse utilizzazioni e a diverse forme di sfruttamento anche economiche, a vincolare l'uso del bene interviene la destinazione all'uso pubblico. E' pero da chiedersi fino a che punto il concetto di destinazione all'uso pubblico sia traducibile in vincoli oggettivi e non sia invece rimesso a valutazioni di chi governa gli usi del bene. Per i motivi appena visti, infatti, la nozione di uso pubblico rischia di essere

¹²⁷Cfr. O.RANELLETTI, *Concetto*, op. cit., 151: «Vi sono beni, i quali compiono la loro funzione mediante un uso, il quale importa su di essi un'occupazione soltanto momentanea, lasciandoli intatti per l'uso degli altri possibili utenti, cosicchè la loro potenzialità di soddisfazione del bisogno, cui sono destinati è indefinita; così per esempio una strada, il lido del mare, il corso d'acqua considerato per la navigazione. E vi sono beni, i quali compiono la loro funzione mediante un uso, il quale importa una sottrazione di una data parte dei medesimi all'uso degli altri, e per conseguenza la loro potenzialità di soddisfazione del bisogno è limitata; così un corso d'acqua destinato alla derivazione per usi agricoli, industriali etc. E questi usi sono possibili come destinazione secondaria anche sopra beni destinati in via principale ad un uso, che importi solo un'occupazione temporanea della cosa, così, per es. l'uso della derivazione di un corso d'acqua destinato alla navigazione». L'uso pubblico sui beni della seconda maniera e questi stessi usi sopra i beni della prima maniera non possono essere liberi senz'altro a tutti, perchè con ciò si verrebbe a rendere impossibile e a negare la funzione stessa del bene». Sotto il profilo oggettuale, quindi, poichè la stessa cosa si presta a diverse utilizzazioni e a diverse forme di sfruttamento anche economiche, a vincolare l'uso del bene interviene la destinazione all'uso pubblico. E' pero da chiedersi fino a che punto il concetto di destinazione all'uso pubblico sia traducibile in vincoli oggettivi e non sia invece rimesso a valutazioni di chi governa gli usi del bene. Per i motivi appena visti, infatti, la nozione di uso pubblico rischia di essere generica e dissolversi quindi nell'orbita del più generale interesse pubblico, facendo venir meno di conseguenza la stessa utilità di utilizzare il concetto di destinazione. Invero se l'uso pubblico comprende tutti gli usi finalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico, conviene mettere da parte i vincoli del bene e concentrare l'attenzione sui vincoli del soggetto pubblico e della sua attività. In tutti questi casi in luogo di un criterio di decisione fondato sulla destinazione del bene si utilizza un criterio fondato sull'interesse pubblico che va, per così dire, a riempire di contenuto il recipiente della destinazione. Se si ritiene che la destinazione si traduca in un indirizzo di utilizzazione, o meglio in una tipizzazione di questa rispetto alla possibilità di libera scelta del modo o del tipo di godimento, un primo problema è quello di ancorare ad un criterio giuridico l'individuazione della destinazione del bene. Si deve considerare allora che nel regime del bene è decisivo il ruolo dell'inappropriabilità. E' l'inappropriabilità la prima fonte di tali vincoli, sia nella prospettiva qui seguita, sia facendo rientrare il divieto di sottrazione alla destinazione quella che viene definita come indisponibilità o incommerciabilità relativa, che cioè colpisce tutti i rapporti giuridici, diversi dal dominio, aventi ad oggetto utilitates fomite dai beni. In altre parole la destinazione è una sintesi verbale degli effetti vincolistici determinati dalla carenza di legittimazione all'appropriazione privata del bene o di alcune sue utilità.

generica e dissolversi quindi nell'orbita del più generale interesse pubblico, facendo venir meno di conseguenza la stessa utilità di utilizzare il concetto di destinazione. Invero se l'uso pubblico comprende tutti gli usi finalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico, conviene mettere da parte i vincoli del bene e concentrare l'attenzione sui vincoli del soggetto pubblico e della sua attività. In tutti questi casi in luogo di un criterio di decisione fondato sulla destinazione del bene si utilizza un criterio fondato sull'interesse pubblico che va, per così dire, a riempire di contenuto il recipiente della destinazione. Se si ritiene che la destinazione si traduca in un indirizzo di utilizzazione, o meglio in una tipizzazione di questa rispetto alla possibilità di libera scelta del modo o del tipo di godimento, un primo problema è quello di ancorare ad un criterio giuridico l'individuazione della destinazione del bene.

Si deve considerare allora che nel regime del bene è decisivo il ruolo dell'inappropriabilità. Quest'ultimo, infatti, permea il potere di disposizione, ma rappresenta anche un vincolo posto all'uso del bene. E' l'inappropriabilità la prima fonte di tali vincoli, che cioè colpisce tutti i rapporti giuridici, diversi dal dominio, aventi ad oggetto *utilitates* fomite dai beni. In altre parole la destinazione è una sintesi verbale degli effetti vincolistici determinati dalla carenza di legittimazione all'appropriazione privata del bene o di alcune sue utilità¹²⁸.

Ciò che si evince dalla disamina, seppur veloce, delle questioni sottese alla fruizione collettiva dei beni è l'idea per la quale oggetto dei diritti non è il

¹²⁸ Cfr. in proposito CAMMEO, *Demanio*, cit. p. 894 «Il principio dell'inalienabilità non serve, di regola, a far annullare alienazioni o costituzioni di servitù illegalmente compiute, poichè, data la polizia esercitata sul demanio, e data la vigilanza gerarchica esercitata sopra tutti i funzionari dell'amministrazione, tali alienazioni totali o parziali sono praticamente impossibili. Ma la regola dell'inalienabilità serve ad interpretare correttamente gli atti di disposizione, legalmente posti in essere in ordine al demanio, limitando, secondo l'interesse pubblico e la legge, i diritti che essi fanno sorgere».

bene in quanto tale, ma le utilità che dalla cosa si possono trarre¹²⁹, secondo un approccio ben presente non solo in materia di beni in generale, ma anche più specificamente in materia di beni pubblici¹³⁰. Il bene e la sua materialità sono il mezzo su cui si appunta la regolazione nel perseguimento dell'assetto ottimale delle utilità.

I piani dell'osservazione sono diversi, il regime giuridico deve poter indicare i criteri per una valutazione di compatibilità con l'utilità protetta, e più specificamente di verifica di non sottrazione del bene all'uso collettivo, affidata all'autorità amministrativa.

In ordine a quest'ultimo aspetto, si noti che «la difficoltà di rendere compatibili uso comune ed usi esclusivi cresce quando i concreti modi d'uso sono gli stessi e si riferiscono ad una stessa porzione della realtà»¹³¹. Ma questo deve essere riconsiderato alla luce della dimensione dell'utilità e della collettività di riferimento, poiché infatti nel caso dell'interesse ambientale e delle utilità riconducibili alle interazioni tra risorse collocate all'interno di un bene unico e indiviso, l'utilità si individua su dimensione globale.

¹²⁹ S.PUGLIATTI, *Gli Istituti*, op.cit, 292. Si fa riferimento anche al termine interesse; qui si preferisce il termine utilità, che meglio identifica l'interesse, non già in senso dinamico e soggettivo, come tensione della volontà verso un fine, bensì in senso oggettivo come nucleo tipico o tipica utilità o valore, Cfr. S.PUGLIATTI, *Beni (Teoria generale)*. Enc. Dir., 174. Inoltre il richiamo all'interesse con riguardo a beni che sono oggetto di attività di pubblica amministrazione, rischia di creare confusione quando ci si riferisce all'interesse che l'amministrazione deve perseguire.

¹³⁰ Cfr. V.CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit. p. 60 ss. Dove viene rilevata la possibile convergenza di due diverse discipline sulla stessa cosa: il bene collettivo, oggetto di diritti collettivi può essere oggetto di destinazione pubblica (p. 62), e dove si rileva in relazione a beni privati per i quali è costituito un diritto collettivo di godimento, che i poteri di amministrazione del bene sono strettamente limitati dall'oggetto del diritto collettivo, restando tutte le altre utilitates fomite dalla cosa nella disponibilità del proprietario, come contenuto del suo diritto (p. 182). Cfr. inoltre l'ampia disamina di V.CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979, 41 ss. ed ivi il richiamo all'elaborazione civilistica, dove collega la nozione di bene come utilità al fenomeno della destinazione che si manifesta in tutte le fattispecie di previsione normativa specifica di un'attività di utilizzazione del bene, che quando è prevista dall'ordinamento costituisce una qualifica del bene.

¹³¹ M.Olivi, op. cit., p..

La regolazione delle risorse naturali innesta su questo panorama una serie di elementi peculiari che hanno condotto ad una insofferenza verso gli istituti esistenti in materia di beni, e creato i presupposti per uno sviluppo delle discipline volto a valorizzare l'elemento comune delle utilità generate.

2.5 L'incidenza dell'interesse ambientale sull'evoluzione delle teorie sui beni. L'ipotesi della categoria dei beni comuni.

Sul quadro normativo e dottrinale appena descritto si innestano le problematiche condotte nel flusso giuridico dall'interesse ambientale.

Se, come si è detto, la disciplina dei beni si è evoluta passando ad una concezione funzionalizzata all'interesse da perseguire, allo stesso modo si sono evoluti, complicandosi, gli interessi oggetto di tale funzione.

Sono emersi, e sono stati giuridicamente riconosciuti interessi collettivi non meno forti di quelli alla fruizione collettiva dei beni pubblici. Anzi, questi nuovi interessi si sono visti riconoscere un rango superiore, perché sono stati canonizzati persino a livello mondiale in accordi internazionali come le Convenzioni di Aarhus e Kyoto.

Ciò da un lato ha rafforzato in linea teorica la disciplina del demanio, a causa della stretta relazione tra taluni beni pubblici e la tutela ambientale, mentre dall'altro lato ha palesato secondo alcuni commentatori «l'insufficienza delle basi costituzionali della normativa sui beni pubblici, l'obsolescenza della relativa legislazione, l'insufficienza della tutela prevista per essi», in quanto «la voce della collettività non può farsi sentire nella gestione dei beni pubblici con la stessa forza con la quale la disciplina ambientale, fin dal livello globale, prevede la partecipazione dei privati nei processi di decisione pubblica. I beni pubblici di maggior pregio per la collettività non godono di una tutela rafforzata, e la loro valorizzazione è retta da norme precarie»¹³².

E' parso quindi di rinvenire nelle caratteristiche delle risorse naturali evidenziate in precedenza alcuni tratti peculiari idonei a suggerire una evoluzione ulteriore delle categorie dei beni.

¹³² Così S.CASSESE, *Le teorie della demanialità e la trasformazione dei beni pubblici*, in *Invertire la rotta*, op. cit., 69.

Senza per ora indulgiare in approfondimenti classificatori che rischiano di restare un mero esercizio dialettico, e pertanto senza soffermarsi sulla necessità di concepire una nuova categoria di beni, vanno analizzate i tratti rilevanti delle risorse che possono incidere sul quadro delineato.

Rispetto ai beni considerati nelle teorie sul demanio, in primo luogo le risorse naturali si caratterizzano per la dimensione della loro scarsità. Nel ragionamento sui beni pubblici, ed in particolare sulle caratteristiche della c.d. privatizzazione di alcuni di essi, la scarsità è riferita sempre o ad una condizione contingente del bene, come ad esempio la scarsità di una infrastruttura non duplicabile, o, quand'anche è stata intuita la natura scarsa intrinseca di alcuni beni in proprietà collettiva, come alcune risorse naturali, questa è stata colta rispetto a finalità che potremmo definire con buon approssimazione "produttive" (come il legname di una foresta) e soprattutto collocate in una delimitazione territoriale definita. La scarsità che caratterizza alcuni beni pubblici è tale in relazione alla collettività di riferimento, che è comunque definita.

Invece se si guarda alle risorse naturali, alla luce della considerazione sistemica di inquadramento in un bene indivisibile ambientale, ci si accorge di come il connotato della scarsità sia da attribuire al sistema nel suo complesso. Ovvero più che di scarsità dovrebbe trattarsi di una idoneità delle condotte antropiche di ledere le capacità rigenerative del sistema. Il dato evidenziato il precedenza della c.d. resilienza del sistema è l'aspetto minacciato da una irresponsabile disposizione dei beni in questione. Più che di una mancanza delle risorse, nella maggior parte dei casi si tratta piuttosto della non rinnovabilità delle stesse. Questo inoltre è un dato non costante nel tempo, poiché infatti è emerso al rilievo, anche giuridico di recente, quando le acquisizioni della scienza naturale hanno rilevato come molte delle risorse

ritenute inesauribili, in realtà non lo fossero, e allo stesso che molte risorse ritenute al di fuori del novero dei beni sottoposti a sfruttamento e depauperamento, in realtà soffrissero delle medesime esigenze di tutela (come l'atmosfera, nella complessa dinamica climatica).

Come hanno fatto notare alcuni commentatori più sensibili al tema ambientale¹³³, il rilievo della scarsità della risorsa sarebbe in realtà divenuto superfluo per certi versi, in quanto la scelta dell'ordinamento sta andando nella direzione di espandere il proprio ambito di influenza e di regolare l'uso di risorse per le quali un tempo tale profilo non era avvertito. Si tratta della constatazione per cui ormai la differenza tra beni demaniali ad uso collettivo e *res communes omnium* è sempre più inquadrabile in una prospettiva storica, poiché non è più attuale considerazione che queste ultime riguardano risorse per le quali c'è un'abbondanza tale rispetto alla domanda per le quali non si giustificerebbe un regime di appartenenza¹³⁴. Tuttavia sembra opportuno trarre da questo dato una convinzione ancora maggiore dell'urgenza che connota la funzione di regolazione in materia ambientale rispetto a quella di gestione di altre risorse scarse, poiché per essa vale una nozione di scarsità del tutto peculiare.

Infatti, tale aspetto si colloca inoltre al livello globale, per quella dinamica, che non occorre nuovamente ripetere in questa sede, per cui proprio le risorse naturali vivono nella loro interrelazione globale.

¹³³ V. P. MADDALENA, *Il danno pubblico ambientale*, op. cit.

¹³⁴ Suggestiva in proposito l'immagine offerta da P. MADDALENA della ovvietà della scarsità come elemento di tutte le risorse, in quanto «oltre agli esempi ormai noti della scarsità dell'aria salubre e dei costi per soggiornare in luoghi incontaminati, o dell'uso di zone di mare territoriale destinati ad impianti di piscicoltura, o all'estensione delle città sul mare, che conducono a sottrarre alla categoria delle *res communes omnium* almeno la fascia più prossima alla costa, è facile prevedere l'estendersi di situazioni di risorsa scarsa, se si pensa che ormai questa situazione investe anche le orbite dei satelliti». Il riferimento è a pag. 129.

Si è visto in precedenza come rispetto ai beni il dato che emerge dall'analisi dell'evoluzione normativa e dall'elaborazione sia l'oggettivazione del regime giuridico, spostando quindi il versante della regolazione dai beni in sé alle utilità da essi generate. Ebbene, rispetto alle utilità assicurate dai beni pubblici in generale, le risorse naturali si distinguono perché le utilità che assicurano, prescindono dall'attività umana di estrazione, nel senso che molti servizi naturali, come la regolazione climatica o l'equilibrio di gas nell'atmosfera, non dipendono dal volere del soggetto che ne gode, non sono affatto quindi strumentali ad una attività, quanto piuttosto alla stessa sopravvivenza.

I servizi, o utilità, assicurate dalle risorse in questione sono quindi di tipo differente e si pongono su scala differente, poiché, seppur secondo catene causali solo in parte prevedibili, sono soggette agli effetti di modificazioni che si verificano su tutto il pianeta.

E' quanto intuito anche da quella parte della dottrina che, nello studiare il fenomeno giuridico ambientale, ha avvertito il cambiamento in atto anche in taluni interventi pubblici sulle *res communes omnium*, volti a finalità di tutela non solo nell'interesse della comunità nazionale, ma anche nell'interesse dell'umanità, verificandosi «una forma di proiezione degli ordinamenti nazionali verso una tutela di carattere sovranazionale»¹³⁵.

¹³⁵ P.MADDALENA, *Il danno pubblico ambientale*, op. cit., 144, che rileva come «soprattutto c'è la tendenza a proteggere con leggi nazionali anche beni, come il mare aperto, che sono al di fuori del territorio soggetto alla sovranità dello Stato» Una classificazione completa delle *res communes omnium* non si trova in dottrina. Giannini precisa che esse sono «caratterizzate dalla limitatezza qualitativa delle risorse che offrono, unita all'abbondanza quantitativa» ed annovera tra tali beni «il mare territoriale, l'alta montagna, lo spazio aereo, l'etere». Sotto il profilo ambientale sembra che tra le *res communes omnium* debbano essere ricordate: l'aria, le acque interne, il mare (territoriale ed aperto), le energie naturali. Ma si debbono aggiungere anche categorie di beni tradizionalmente classificate come *res nullius*, quali la selvaggina e i pesci in genere le risorse biologiche del mare.

Maddalena, approcciando il tema da una prospettiva, seppur attenta al nuovo, ancorata alle classificazioni tradizionali dei beni, rileva tuttavia come «va notato che ci sono cose che circolano soltanto all'interno di uno Stato, me ci sono cose che transitano da uno stato all'altro, come l'aria, taluni fiumi, ed altre ancora, come il mare aperto, che sono fuori della sfera di sovranità dei vari stati. Nei primi due casi si tratta sicuramente di proprietà collettiva dei singoli stati, anche quando si parla di cose che, come, l'acqua di un fiume, passano da uno stato all'altro. Quando invece si tratta di cose, come il mare aperto fuori della sovranità dei singoli stati, appare evidente che si deve necessariamente pensare ad una partecipazione dei vari stati ad un bene comune a tutti e quindi ad un bene dell'umanità intera». La stessa dottrina nota tuttavia che, in realtà, «anche quando si tratta di cose che restano nell'ambito di un singolo Stato si è sempre in presenza di beni che naturalmente sono a disposizione di tutti»¹³⁶,

Allo stesso tempo i servizi resi dalle risorse naturali, proprio in quanto riferibili non solo a fini economici o di sfruttamento, ma anche a funzioni vitali dell'uomo, non sopportano criteri di esclusione dal godimento, essendo, quindi, per tale motivo, indicati come “beni comuni”.

Qui si collega una interpretazione volta ad attribuire ai beni in questione una valenza connessa ai diritti fondamentali dell'uomo¹³⁷.

Attesa la stretta connessione che il sistema ambientale prospetta con la sopravvivenza stessa dell'uomo, i singoli beni che lo compongono sono gravati, rispetto ad altri beni pubblici, di un vincolo intergenerazionale. La necessità di preservare le capacità rigenerative di servizi naturali per le generazioni future comporta in realtà un onere stringente per i soggetti che si trovano a dover gestire i singoli beni, poiché, data la necessità di regolare

¹³⁶ Ancora P.MADDALENA, op. cit., 143, per il quale «si tratta cioè, di beni oggetto di un diritto umano fondamentale, di un diritto che preesiste allo stato e che lo Stato è tenuto a riconoscere e garantire».

¹³⁷ A. Lucarelli, Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni, in *Quale Stato*, 4, 2007.

l'accesso ad essi, sarà necessario selezionare solo quelle utilizzazioni che non pregiudichino la perpetuazione delle medesime proprietà in futuro. Infatti è importante sottolineare come la legge rimetta in ultimo al potere sovrano dello Stato stabilire se, in casi concreti e per ipotesi del tutto marginali, la conservazione di singoli beni demaniali non corrisponda più agli interessi della collettività.

Se questi sono gli aspetti che emergono ad una prima veloce analisi delle caratteristiche delle risorse naturali come beni, l'insoddisfazione verso la tutela approntata dal regime demaniale ad esse ha condotto al tentativo di ipotizzare un *tertium genus* di beni, differente da quelli pubblici e privati, denominato dei "beni comuni", in ossequio alla natura di *commons*, nel senso economico del termine, e dell'appartenenza collettiva degli stessi.

Le ragioni che spingono in questa direzione sono in realtà gli effetti che si ritiene di poter attribuire in punto di regolazione giuridica alle caratteristiche appena esposte.

Infatti un regime differente si porrebbe come tentativo di assicurare maggiore protezione ai beni in ragione della loro scarsità, e varrebbe a vincolare il potere dispositivo delle istituzioni pubbliche sul bene comune, nel senso di impedire la dismissione e anche perfino la gestione in favore dei soggetti privati, a tutela della fruibilità del bene anche per le generazioni future.

Un simile ipotesi si fonda sull'assunto per cui la titolarità del bene comune è in realtà diffusa e non statale, tale per cui il ruolo pubblico si configura come mera gestione di risorse altrui.

Una simile suggestione non si è fermata al piano del dibattito teorico, ma è stata formulata in termini positivi nella proposta di legge delega elaborata al termine dei lavori della Commissione sui Beni Pubblici, presieduta da Stefano Rodotà, istituita presso il Ministero della Giustizia, con Decreto del Ministro,

il 21 Giugno 2007, al fine di elaborare uno schema di legge delega per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici.

Nella relazione di accompagnamento del disegno di legge recante «Delega al Governo per la modifica del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice Civile nonché di altre norme collegate», depositato presso il ministero della Giustizia il 15 febbraio 2008, si legge proprio, tra gli obiettivi della riforma, che «le risorse naturali, come le acque, l'aria respirabile, le foreste, i ghiacciai, la fauna e la flora tutelata, che stanno attraversando una drammatica fase di progressiva scarsità» debbano «poter fare riferimento su di una più forte protezione di lungo periodo da parte dell'ordinamento giuridico»¹³⁸.

La riforma si è proposta di operare un'inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato. Invece del percorso classico che va “dai regimi ai beni”, l'indirizzo della Commissione procede all'inverso, ovvero “dai beni ai regimi”. L'analisi si è posta nella corretta impostazione per cui la rilevanza economica e sociale dei beni individua i beni medesimi come oggetti, materiali o immateriali, che esprimono diversi “fasci di utilità”¹³⁹.

¹³⁸ Pag. 4 Relazione di Accompagnamento

¹³⁹ Le utilità possono esprimersi secondo modalità di vario genere. Possono essere pure o miste, ovvero di carattere interamente economico-pecuniario, di carattere interamente riservato o sociale o comune, o di carattere misto. Esse possono, inoltre, riguardare diversi piani di applicazione: quello della tutela, quello della circolazione, quello del godimento in concessione. Le diverse configurazioni delle utilità dei beni e dei piani di applicazione determinano i singoli regimi o sotto-regimi. Un bene che esprime solo utilità di mercato (economico-pecuniarie) è un bene che è regolato *in toto* dal diritto privato, indipendentemente dalla natura di appartenenza soggettiva, pubblica, privata. In questo caso esso viene inserito in contesti puri di concorrenza, senza vincoli pubblici o limitazioni. Si tratta di beni patrimoniali puri, in tutto equivalenti ai beni patrimoniali di un soggetto privato.

Un bene che esprime utilità riservate sociali o comuni può esprimere simultaneamente utilità di mercato e utilità non di mercato. Se esprime utilità di mercato esso è soggetto a vincoli, sia di destinazione e sia riguardo alla misura del ritorno economico-pecuniario per il soggetto che li gestisce. In questo caso è possibile parlare di beni che esprimono utilità sovrane, sociali, o comuni che stanno su “un mercato con vincoli”. Essi possono quindi anche essere gestiti da privati disposti a ritorni economico-pecuniari tipici dei mercati a forte regolamentazione pubblica, ma anche, in altri casi ancora, “al di sotto o ai minimi del mercato”. In tali casi potrà trattarsi di privati, semi-privati o entità associative (comuni o cooperative), disposti per loro

Di qui la scelta della Commissione di classificare i beni in base alle utilità prodotte, tenendo in alta considerazione i principi e le norme costituzionali – sopravvenuti al codice civile – e collegando le utilità dei beni alla tutela dei diritti della persona e di interessi pubblici essenziali.

Tuttavia nella classificazione sostanziale dei beni, il riferimento alle utilità non si coglie appieno. Infatti vengono classificati i beni in pubblici, privati e comuni.

La categoria dei *beni comuni*, non rientra quindi nella specie dei beni pubblici, poiché essi sono inquadrati come beni a titolarità diffusa, potendo appartenere non solo a persone pubbliche, ma anche a privati.

Ne fanno parte, essenzialmente, le risorse naturali, indicate a titolo esemplificativo in: i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; le altre zone paesaggistiche tutelate. Vi rientrano tuttavia anche i beni archeologici, culturali e, probabilmente nell'accezione estetico-culturale propria della disciplina sul paesaggio, i beni "ambientali".

Nel differenziarsi dai beni comuni, i beni pubblici sono però individuati nei beni "appartenenti a persone pubbliche", e suddivisi in tre categorie: 1) *Beni ad appartenenza pubblica necessaria*, cioè quei beni che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali. La norma fornisce un elenco esemplificativo di tali beni. Ne prevede la non usucapibilità, la non alienabilità e le forme di tutela

missione, a operare in mercati particolari che portano ritorni legati alle specificità dei mercati o semi-mercati su cui operano. Se invece beni non esprimono alcuna utilità economico e pecuniaria ma solo utilità sociali (o sovrane o comuni) la gestione può essere solo pubblica, anche in ragione del fatto che non vi è interesse per i privati a gestire beni che non producono alcuna utilità economica-pecuniaria.

amministrativa e giudiziale. 2) *Beni pubblici sociali*, cioè quei beni le cui utilità essenziali sono destinate a soddisfare bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona. Anche in tal caso, l'elenco è esemplificativo. La norma prevede un vincolo di destinazione pubblica e ne limita i casi di cessazione. 3) *Beni pubblici fruttiferi*, che non rientrano nelle categorie precedenti e sono alienabili e gestibili dai titolari pubblici con strumenti di diritto privato. La norma regola i casi e le procedure di alienazione.

In tale ripartizione, i beni comuni sono tutelati in quanto soffrono di una situazione altamente critica, per problemi di scarsità e di depauperamento e «per assoluta insufficienza delle garanzie giuridiche».

La definizione che il disegno di legge propone è quella di «cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, e sono informati al principio della salvaguardia intergenerazionale delle utilità».

Per tali ragioni, si è ritenuto di prevedere una disciplina particolarmente garantistica di tali beni, idonea a nobilitarli, a rafforzarne la tutela, a garantirne in ogni caso la fruizione collettiva, da parte di tutti i consociati, compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro preservazione a vantaggio delle generazioni future. In particolare, la possibilità di loro concessione a privati è limitata. La tutela risarcitoria e la tutela restitutoria spettano allo Stato.

In punto di tutela, la tutela inibitoria spetta a chiunque possa fruire delle utilità dei beni comuni in quanto titolare del corrispondente diritto soggettivo alla loro fruizione¹⁴⁰.

¹⁴⁰ Si riporta il testo dell'articolo 1, comma 3, lett. c) :«I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge. Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi i

Come si nota ad un primo veloce approccio alla proposta, alle intenzioni non sembra abbiano fatto riscontro risultati di eguale valore. In particolare, senza anticipare le considerazioni che saranno poi svolte in conclusione dell'analisi, non sembra che sia stato esplicitato e risolto il nodo centrale della regolazione della fruizione collettiva delle utilità, dal momento che, dopo aver postulato che i beni comuni siano un quid differente rispetto ai beni in appartenenza di soggetti pubblici, si rimette inevitabilmente al soggetto pubblico (peraltro senza specificare a quale livello territoriale), la funzione di selezionare gli usi possibili del bene stesso.

Inoltre, ma questo aspetto sarà approfondito al termine dell'intero ragionamento qui proposto, non sembra che la proposta in realtà innovi il panorama normativo in modo significativo, quanto piuttosto descriva un fascio di caratteristiche di determinate utilità, e non prevede un regime che coinvolge in una regola di protezione diversa dall'esistente, i beni.

torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la rievulsione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato».

CAPITOLO III
GLI EFFETTI DELL'INTERESSE AMBIENTALE SUL
RAPPORTO TRA SOGGETTI E BENI. PROBLEMATICHE
EMERGENTI.

3.1 – Il superamento dell'appartenenza e la posizione del soggetto privato rispetto al bene. Oltre la dicotomia tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. Le prerogative di partecipazione procedimentale e legittimazione processuale. - 3.2 Quale soggetto? La funzione pubblica tra i processi di decentramento e la dimensione ascendente della sussidiarietà.

3.1 – Il superamento dell'appartenenza e la posizione del soggetto privato rispetto al bene. Oltre la dicotomia tra diritto soggettivo ed interesse legittimo. Le prerogative di partecipazione procedimentale e legittimazione processuale.

Nei due capitoli precedenti si è dato conto del graduale processo di emersione dell'interesse ambientale come oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, e si sono evidenziate alcune difficoltà di inquadramento di questo particolare bene giuridico, nascenti da alcune caratteristiche particolari che esso presenta, le quali rendono insufficiente l'approccio teorico tradizionale relativo ai beni pubblici.

In particolare, si è di fronte ad un bene che è composto da un insieme di altri beni¹⁴¹, ma non si tratta della mera somma di essi, perché presenta un autonomo rilievo giuridico.

L'interesse ambientale è dunque il frutto di un sistema complesso in cui convergono altri beni e risorse di pertinenza di soggetti pubblici e privati.

La configurazione dell'interesse all'ambiente come sistema di beni, la cui risultante va oltre il semplice insieme dei singoli beni che lo compongono, perché assume un proprio autonomo rilievo giuridico, evidenzia l'appannarsi del profilo dominicale dell'appartenenza del bene pubblico che compone l'insieme, e viceversa, l'accentuazione del profilo della funzionalizzazione del bene all'interesse, nel senso che il bene (e la sua eventuale natura pubblica) non deriva dal fatto di appartenere ad un ente pubblico (territoriale), ma dalle utilità che ad esso si riferiscono.

Ciò evidentemente non può non influire anche sulla configurazione delle situazioni giuridiche soggettive che ad esso si riferiscono.

¹⁴¹ Sul punto, G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008.

È evidente che la materia ambientale per la sua attinenza alla vita delle collettività è riconducibile solo marginalmente al sistema tipico della tutela delle situazioni giuridiche soggettive individuali. E peraltro, una volta che l'interesse all'ambiente è ormai assunto a rango di valore costituzionale una tale visione appare evidentemente riduttiva in quanto la tutela è anzitutto, organizzativa e procedimentale.

Questi profili sono in parte già stati affrontati e in parte lo saranno nel successivo capitolo.

In questo paragrafo si evidenzia la configurazione della protezione in termini di situazioni soggettive dell'interesse ambientale e dei beni che lo compongono.

In particolare i problemi che si affrontano sono due, e si presentano collegati.

Il primo si riferisce all'interesse ambientale come oggetto di protezione da parte dell'ordinamento mediante specifiche situazioni giuridiche soggettive, e in particolare se la protezione dell'interesse ambientale può essere configurata in termini di diritto soggettivo, o di interesse legittimo o di altra forma giuridica.

Il secondo invece riguarda la configurazione che assume, in termini di situazioni soggettive, la protezione dei singoli beni (pubblici o privati) che compongono il sistema ambientale.

La risposta alle due questioni poste è molto complessa.

Nell'affrontarle, peraltro, bisogna assumere la consapevolezza che, data la particolare configurazione del bene ambientale come sistema di equilibrio di

altri beni, «sarebbe un errore indulgere in tentativi di qualificazione esclusivi che si dimostrerebbero come tali parziali, quand'anche non inesatti»¹⁴².

Con riferimento al primo problema, e cioè quello della natura della forma giuridica di protezione del bene ambiente, la questione che si è posta è se esiste un diritto soggettivo, anche individuale, all'ambiente.

Il panorama dottrinario e giurisprudenziale sul punto si presenta vasto, tuttavia va precisato che in larga parte esso riflette il processo storico di emersione giuridica dell'interesse ambientale ed è inevitabilmente caratterizzato dalle necessità di fornire una prima forma di tutela giuridica ad un interesse che, con evidenti profili di specificità, si stava affermando nella realtà giuridica.

È dunque inutile ripercorrere tutte le configurazioni del bene ambientale nell'ambito della dottrina e della giurisprudenza, perché si troverebbero configurazioni differenziate, a seconda della sensibilità degli studiosi, o del singolo problema pratico che il singolo giudice si è trovato a risolvere, con oscillazioni della qualificazione giuridica in termini di diritto soggettivo o in termini di interesse legittimo, fino ad arrivare addirittura all'affermazione dell'assenza di tutela perché mera pretesa di fatto.

È necessario allora fissare dei punti fermi che consentano di affrontare correttamente e senza esasperazioni la questione.

¹⁴² Così M. CAFAGNO, *La tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 246, il quale aggiunge che «l'unilateralità di alcune tesi dottrinali o giurisprudenziali, aspiranti a riassumere in una formula sintetica ed esaustiva la rilevanza giuridica dell'ambiente, riflette la già denunciata inclinazione a scambiare i piani, con un sottaciuto tentativo di scaricare compensativamente e di esaudire sul versante qualificatorio un'istanza di univocità che preme semmai sul contiguo livello descrittivo».

In realtà come è stato evidenziato, se è vero che estremizzazioni, esse si spiegano anche con «gli sforzi compiuti da dottrina e giurisprudenza per gli «sforzi compiuti da dottrina e giurisprudenza in ordine alla qualificazione dell'ambiente come bene giuridico, alle corrispondenti situazioni giuridiche e ai correlati criteri di imputazione sono segnati dalla necessità di fornire una prima forma di tutela giuridica ad un interesse che, con evidenti profili di specificità, si stava affermando nella realtà giuridica», così G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008.

In primo luogo, se si considera la particolare caratteristica del bene ambiente come risultante dell'equilibrio di un insieme di altri beni, ci si rende conto di essere di fronte ad un fenomeno in cui manca l'elemento caro alle impostazioni individualistiche delle posizioni soggettive, e cioè «la necessità di ancorare le situazioni soggettive a rapporti di appartenenza o di esclusività difficilmente compatibili con la presenza di più soggetti autonomamente legittimati ad attivare forme di tutela giuridica»¹⁴³. Questo elemento spiega il perché a volte si è negata l'esistenza di situazioni giuridiche soggettive protette individuali.

Sul fronte opposto, invece, l'affermazione della tutela ha oscillato tra diritto soggettivo e interesse legittimo.

È noto come risale al 1979 l'inquadramento ad opera della Cassazione dell'interesse all'ambiente in termini di diritto soggettivo all'ambiente salubre, peraltro non suscettibile di degradazione e fondato sull'art. 32 Costituzione.¹⁴⁴

Da questo orientamento, come noto, parte della dottrina ha tratto la conferma della tesi dell'ambiente oggetto di diritti soggettivi individuali, anche se si tratta di una configurazione molto dibattuta¹⁴⁵.

¹⁴³ Così, G. Rossi, op. cit.

¹⁴⁴ Corte di Cassazione Sez. Un. 6 ottobre 1979, n. 5172, cit., in *Foro it.* 1979, I, c. 2305, ove si afferma che «il diritto alla salute, piuttosto (o oltre) che come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, si configura come diritto all'ambiente salubre». Più di recente, Cassazione civile, Sez. Un., 3 luglio 1991, n. 7318, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, p. 1133, ha affermato che «qualora il Comune insorga contro gli atti rivolti alla costruzione di una centrale elettrica, denunciando un pericolo di pregiudizio per la salute dei cittadini, la relativa controversia spetta alla cognizione del giudice ordinario, perché la posizione dell'ente territoriale, con riguardo alla tutela della salubrità dell'ambiente, ha natura di diritto soggettivo».

¹⁴⁵ A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, cit., p. 32 ss.; S. PATTI, *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. It.*, 1980, p. 859 ss.; M. COMPORI, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Riv. giur. ambiente*, 1990, 2, 191 e ss.; F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente. Inquinamenti e riforma sanitaria*, Milano, Giuffrè, 1980; A. GUSTAPANE, *Tutela dell'ambiente*, XLV *Enc. Dir.*, 1992, p. 413 ss.; sulla dibattuta configurazione dei cosiddetti diritti sociali, anche oltre la materia ambientale, si rinvia a G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., 1132 ss. e bibl. *ivi* menzionata; G. ROEHRSEN DI CAMMARATA, *La posizione dell'uomo nella costituzione italiana*, in *Diritto e società*, 1987, 2, p. 334 ss. In senso

Il diverso inquadramento è stato invece favorito dalla considerazione che il sistema ambientale, e le prestazioni ed i servizi che esso come tale spontaneamente assicura, non sono passibili di acquisizione discriminata ed esclusiva, e ciò rende difficile identificare in capo ai singoli condizioni per l'esercizio di quel potere individuale di disposizione caratteristico della figura dei diritti soggettivi. E' stato evidenziato come "l'ambiente (...) sembrerebbe oggetto per sua natura irriducibile a quella signoria del volere che costituisce tratto tipico del diritto soggettivo".¹⁴⁶ In questo senso, si è interpretato l'orientamento giurisprudenziale citato come la valorizzazione di una sfaccettatura del diritto alla salute, più che il fondamento di un innovativo diritto all'ambiente. Con ciò peraltro orientandosi anche verso le figure dell'interesse legittimo e dell'interesse diffuso.

Inoltre un ulteriore elemento di complicazione e fonte di incertezza è stata rappresentata anche dalla nebulosità della distinzione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, che ha storicamente caratterizzato la scienza del diritto amministrativo.

Così la qualificazione ha oscillato anche sulla base del presupposto concettuale che l'interesse legittimo fosse un *minus* rispetto al diritto soggettivo, e che ciò aiutasse a superare le difficoltà legate alla necessità di ancorarsi a rapporti di appartenenza o di esclusività.

contrario ad ammettere un diritto in senso proprio all'ambiente, G. PERICU, voce *Ambiente*, cit., p. 193; M. CAFAGNO, *Diritto all'ambiente salubre e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni regionali*, 1993, p. 753 ss.; B. CARAVITA, *Il diritto dell'ambiente*, cit., p. 22 ss.; P. DELL'ANNO, *Manuale*, cit., p. 35 s.; F. FRACCHIA, *The legal Definition of Environment: from Rights to Duties*, cit.; L. FRANCIOSI, *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge n. 349 del 1986*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987, p. 479 ss.; F. PIGA, *Nuovi criteri di discriminazione delle giurisdizioni amministrativa ed ordinaria*, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 366 ss.; F. PATRONIGRIFFI, *Diritto alla salute e riparto della giurisdizione: notazioni riflessive a margine di un dibattito orientamento giurisprudenziale sulla non degradabilità dei c.d. diritti fondamentali*, in *Foro amm.*, 1985, II, p. 665 ss.; C. SALVI, *La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?* in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 868 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quaderni regionali*, 1989., p. 547 ss..

¹⁴⁶ M. CAFAGNO, *op.cit.*, 260.

In realtà la peculiarità del bene giuridico “ambiente” mal si presta a situazioni di godimento esclusivo, e di escludibilità come dicono gli economisti, e peraltro, ha pure poco senso porre la distinzione in quanto la distanza tra le due nozioni, soprattutto dopo le riforme di fine degli anni '90, si è notevolmente accorciata, e si è di fronte comunque a due situazioni giuridiche attive, entrambe di natura sostanziale, che si differenziano solo per la situazione soggettiva cui si correlano, che nel caso dell'interesse legittimo è il potere amministrativo.

È così da condividere la recente lettura delle situazioni soggettive in materia ambientale che ha evidenziato come in realtà il bene “ambiente” solo marginalmente è riconducibile al sistema tipico della tutela delle situazioni giuridiche soggettive individuali e come, una volta che l'interesse all'ambiente è stato ampiamente riconosciuto dall'ordinamento e si è consolidato fino ad assurgere al rango di valore costituzionale, la attenzione vada indirizzata non tanto se l'ambiente in sé può formare oggetto di situazioni giuridiche individuali, perché ciò appare comunque riduttivo, in quanto il problema va affrontato innanzitutto nella dimensione organizzativa e procedimentale degli interessi in gioco.¹⁴⁷

Appare dunque più conferente alla peculiarità dell'interesse ambientale, il secondo problema posto in precedenza, e cioè la configurazione che assume, in termini di situazioni soggettive, la protezione dei singoli beni (pubblici o privati) che compongono il sistema ambientale.

In questo senso non è in discussione il profilo dell'appartenenza dei singoli di beni che compongono il sistema ambientale, in quanto non viene in rilievo in sé la titolarità (anche pubblica) della proprietà o di altro diritto reale su un bene, ma il rilievo che assumono in relazione alla titolarità delle situazioni

¹⁴⁷ Così, G. ROSSI, op. cit., 94.

soggettive con cui si correlano; e in questo senso, proprio l'ambito ambientale è quello in cui è più evidente la pluralità di relazioni di una stessa situazione soggettiva con quelle di altri soggetti¹⁴⁸.

Inoltre va considerato che può accadere che condotte inquinanti e trasgressive - ma anche l'esercizio illegittimo di poteri amministrativi, come pure l'indebita omissione di atti di controllo, preventivo o successivo - colpiscano, insieme all'ambiente, come sistema a fruizione condivisa, beni che l'ordinamento considera oggetto di diritti soggettivi¹⁴⁹.

In questo senso il profilo di necessario bilanciamento degli interessi in gioco suggerisce che con riferimento ai singoli beni, ciò che viene in rilievo è il profilo della fattispecie che si collega ad una condotta potenzialmente idonea a modificare la posizione del singolo bene nell'ambito del sistema ambientale o lesiva del bene stesso. In effetti, parrebbe arduo identificare in capo ai singoli condizioni per l'esercizio di quel potere individuale di disposizione caratteristico della figura dei diritti soggettivi.

In altri termini l'ambiente, inteso come sistema a dimensione collettiva e a fruizione necessariamente condivisa, sembra infatti oggetto per sua natura irriducibile a quella signoria del volere che costituisce tratto tipico del diritto soggettivo.

E se si sposta l'attenzione alla configurazione delle categorie relative all'inquadramento del rapporto tra potere amministrativo e posizioni soggettive sottostanti, appare più confacente, di fronte all'esercizio di poteri amministrativi finalizzati alla conservazione della integrità funzionale

¹⁴⁸ È stato di recente evidenziato come "Il diritto assoluto non esiste: l'espropriabilità, ad esempio, è connaturale alla proprietà. Così anziché l'obbligo di conservazione dell'ambiente è coesistente (è un modo di essere ordinario, non un "limite") a ogni tipo di diritto, G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, cit.; per un approfondimento in ordine alla relazionalità delle situazioni soggettive e la de quotazione del diritto soggettivo, si rinvia a G. ROSSI, *Diritto amministrativo*, I, cit., p. 399 ss.

¹⁴⁹ Così M. CAFAGNO, op. cit., 260.

dell'ambiente o di altri poteri comunque in grado di incidere sull'ambiente, configurare la pretesa individuale al corretto esercizio di poteri provvedimentali, in termini di interesse legittimo e di interesse diffuso.

Vi è però da chiedersi, in un sistema in cui gran parte delle decisioni concernenti attività economiche è suscettibile di incidere sul sistema ambiente e quindi anche sul grado di rilevanza del singolo bene, se la caratteristica della differenziazione dell'interesse protetto, rispetto al generale interesse alla legittimità dell'azione amministrativa, propria dell'interesse legittimo, o diffuso, non finisca comunque per limitare l'ambito della tutela.

Non ci si riferisce tanto alla tutela giurisdizionale (e quindi alla legittimazione processuale, di cui si parlerà più avanti), ma alla tutela procedimentale che all'interesse legittimo normalmente si lega.

In questo senso bisogna chiedersi se esistono profili derogatori della disciplina generale, diretti a potenziare la tutela assicurata alle posizioni soggettive individuali.

Ed in effetti, dopo il primo periodo di irrilevanza, che escludeva quindi qualsiasi possibilità per i portatori dell'interesse ambientale di attivare procedimenti o di intervenire o di incidere comunque, se non di fatto, sull'attività delle amministrazioni, l'interesse all'ambiente è stato sempre più protetto, per altro con oscillazioni, fino a ricevere una disciplina con vari profili di specificità nel senso di una tutela migliore rispetto agli altri interessi che viene garantita con deroghe alla disciplina generale del procedimento amministrativo, e in particolare con una maggiore ampiezza dei poteri partecipativi dei soggetti portatori dell'interesse.

In particolare un primo elemento di specificità rispetto alla disciplina generale è dato dal valore dell'informazione, la cui rilevanza, già avvertita dal

legislatore nazionale nel 1986,¹⁵⁰ è stata sancita definitivamente a livello sovranazionale, da cui a cascata sono seguiti interventi del legislatore nazionale che hanno definito una disciplina organica del valore dell'informazione nei procedimenti ambientali. La ragione della specificità, e quindi del profilo di maggiore intensità della tutela, si spiega con la semplice considerazione che, se l'interesse ambientale ha per destinatari soggetti in parte indeterminati, ciò inevitabilmente comporta che i tradizionali strumenti di partecipazione alle decisioni e di informazione sull'operato dei pubblici poteri debbano necessariamente adeguarsi alle diverse caratteristiche dei soggetti coinvolti. L'affermazione netta di una disciplina specifica dell'informazione in materia ambientale risale così ai principi contenuti nella Convenzione di Aarhus del 1998 «sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione del pubblico al processo decisionale e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale», entrato in vigore nel 2001 e ratificato dall'Italia con la legge n. 108/2001¹⁵¹.

Nell'ordinamento interno, come noto, il d.lgs. n. 195/2005, abrogando il d.lgs. n. 39/1997, ha ora dato attuazione alla direttiva 2003/4/CE, e costituisce il testo di riferimento per la disciplina organica in materia di informazioni ambientali e del diritto di accesso.

¹⁵⁰ La legge n. 349/1986, istitutiva del Ministero dell'Ambiente, aveva previsto che l'amministrazione avesse un ruolo rilevante per la sensibilizzazione dei cittadini e la divulgazione delle informazioni sull'ambiente (art. 14).

¹⁵¹ La Convenzione di Aarhus costituisce un testo di riferimento poiché sancisce il passaggio da una molteplicità di riconoscimenti normativi e internazionali eterogenei del valore dell'informazione ad una considerazione unitaria ed organica degli istituti in esso contemplati. Già il principio 10 della Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo del 1992 aveva sancito che «Il modo migliore di trattare le questioni ambientali è quello di assicurare la partecipazione di tutti i cittadini interessati, ai diversi livelli. Al livello nazionale, ciascun individuo avrà adeguato accesso alle informazioni concernenti l'ambiente in possesso delle pubbliche autorità, comprese le informazioni relative alle sostanze ed attività pericolose nelle comunità, ed avrà la possibilità di partecipare ai processi decisionali. Gli Stati faciliteranno ed incoraggeranno la sensibilizzazione e la partecipazione del pubblico rendendo ampiamente disponibili le informazioni. Sarà assicurato un accesso effettivo ai procedimenti giudiziari ed amministrativi, compresi i mezzi di ricorso e di indennizzo» A tale enunciazione di principio ha fatto seguito appunto la Convenzione di Aarhus.

All'amministrazione è richiesto un compito di divulgazione di dati che descrivano lo stato effettivo dell'ambiente e delle risorse che lo compongono assumendo così un ruolo di informazione attivo¹⁵² che prescinde dalle sollecitazioni con riferimento ad un fenomeno concreto e puntuale per rendere consapevole l'umanità delle condizioni ambientali vive e vivrà e quindi indipendentemente da richieste di accesso agli atti presentata dai privati¹⁵³.

¹⁵² Secondo M. OCCHIENA, *Partecipazione e tutela del terzo nel procedimento di valutazione di impatto ambientale*, (in AA. VV., *La valutazione di impatto ambientale*, a cura di R. FERRARA, Padova, 2000), la completa realizzazione del dovere di divulgazione delle informazioni ambientali potrebbe condurre alla tendenziale inutilità del successivo diritto di accesso poiché le informazioni sarebbero già in possesso dei destinatari dell'azione amministrativa.

¹⁵³ Per le discipline di settore, vedi ad esempio gli artt. 7, 10, 13, 28, 47, d.lgs. n. 152/2006 con riferimento alle valutazioni di impatto ambientale, gli artt. 122 e 162, d.lgs. n. 152/2006 per il settore idrico e dei rifiuti, artt. 219 e 281, d.lgs. n. 152/2006 per l'inquinamento atmosferico, ma anche la disciplina prevista dal d.lgs. n. 334/1999 e successive integrazioni sulla disciplina del controllo dei pericoli di incidenti rilevanti connessi con determinate sostanze pericolose. Sulla funzione e le caratteristiche dell'informazione ambientale, si vedano P. DE FRANCESCO, *La libertà d'accesso all'informazione in materia ambientale: verso un nuovo diritto civico?*, in *Riv. giur. polizia locale*, 1992, p. 287; B. DELFINO, *L'informazione - divulgazione in materia ambientale*, cit., p. 1949; R. FERRARA, *Intervento* pubblicato in AA.VV., *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, cit., p. 215; M. LIBERTINI, *Il diritto all'informazione in materia ambientale*, in *Riv. critica dir. Privato*, 1989, p. 625; S. MIRATE, *La tutela dell'ambiente attraverso il libero accesso all'informazione* (nota a sent. Corte giust. Ce, Sez. VI, 17 giugno 1998 n. 321), in *Urbanistica e appalti*, 1998, fasc. 6, p. 1266; G. MORANDI, *Informazione ambientale e accesso ai documenti amministrativi*, in *Riv. giur. Ambiente*, 1992, II, p. 805; A. POSTIGLIONE, *Informazione, segreto e ambiente*, in *Riv. giur. ambiente*, 1986, p. 525; S. GRASSI, *Libertà di informazione e tutela dell'ambiente* in AA.VV., *L'ambiente e la sua protezione*, a cura di C. MURGIA, Milano, 1991, e l'approfondito contributo di F. FONDERICO, *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Giornale dir. amm.*, 2006; M. LIBERTINI, *Il diritto all'informazione in materia ambientale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1989, p. 625; V. SARCONI, *La specialità del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 7; (a cura di) A.L. DE CESARIS, *Informazione ambientale tra diritto all'accesso ai documenti amministrativi e segreto industriale*, Milano, 1997; G. GARZIA, *Il diritto all'informazione ambientale - Tra situazioni soggettive e interessi pubblici*, Rimini, 1998. D. BORGONOVO RE, *Informazione ambientale e diritto di accesso*, in (a cura di) S. NESPOR-A.L. DE CESARIS, *Codice dell'ambiente*, Milano, 2003, 1093; M. CALABRÒ, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004; D. BORGONOVO RE, *Informazione ambientale, ovvero quando un problema procedurale si fa sostanziale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 1998, fasc. 6, p. 120; E. BOSCOLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il diritto ad una corretta "informazione ambientale"*, in *Urbanistica e appalti*, 1998, II, p. 1151; N. BRUTTI, *Diritto all'informazione ambientale e "active dissemination"*, in *Dir. Informatica*, 2004, f. 2, p. 125; F. CARINGELLA, *Il diritto all'informazione ambientale entra nelle aule della giustizia amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, f. 183-4, p. 674; U. SALANITRO, *Il diritto all'informazione in materia ambientale alla luce della recente normativa sull'accesso ai documenti della*

Un secondo elemento di specialità è dato dalla disciplina del diritto di accesso agli atti amministrativi che conosce dei profili derogatori rispetto alla disciplina generale.

Sul piano oggettivo, la nozione di informazione non coincide con quella di documento della legge 241/1990, ma è più ampia¹⁵⁴; così come più ampia, sul piano soggettivo, è l'individuazione dei soggetti onerati degli obblighi informativi¹⁵⁵.

Inoltre, ed è questo l'aspetto più dirompente, è diversamente configurata la legittimazione attiva all'accesso.

A differenza della legge n. 241/1990, che lega l'accesso agli atti all'interesse di tutelare situazioni giuridicamente rilevanti (art. 22)¹⁵⁶, il d.lgs. n. 195/2005 (in parte anticipato dalla legge istitutiva del Ministero dell'ambiente)

Pubblica Amministrazione, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1992, p. 411; V. SARCONI, *La specialità del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro amm.*, TAR, 2004, f. 40, p. 71

¹⁵⁴ L'art. 2, comma 1 lett. a), d.lgs. n. 195/2005 definisce come informazione ambientale «qualsiasi informazione disponibile in forma scritta, visiva, sonora, elettronica od in qualunque altra forma materiale concernente: 1) lo stato degli elementi dell'ambiente, quali l'aria, l'atmosfera, l'acqua, il suolo, il territorio, i siti naturali [...]e, inoltre, le interazioni tra questi elementi; 2) fattori quali le sostanze, l'energia, il rumore, le radiazioni od i rifiuti, anche quelli radioattivi, le emissioni, gli scarichi ed altri rilasci nell'ambiente, che incidono o possono incidere sugli elementi dell'ambiente [...]; 3) le misure, anche amministrative, quali le politiche, le disposizioni legislative, i piani, i programmi, gli accordi ambientali e ogni altro atto, anche di natura amministrativa, nonché le attività che incidono o possono incidere sugli elementi e sui fattori dell'ambiente [...], e le misure o le attività finalizzate a proteggere i suddetti elementi; 4) le relazioni sull'attuazione della legislazione ambientale; 5) le analisi costi-benefici ed altre analisi ed ipotesi economiche, usate nell'ambito delle misure e delle attività di cui al numero 3); 6) lo stato della salute e della sicurezza umana, compresa la contaminazione della catena alimentare, le condizioni della vita umana, il paesaggio, i siti e gli edifici d'interesse culturale[...].»

¹⁵⁵ Non si tratta solo delle amministrazioni pubbliche in senso stretto, le aziende autonome e speciali ed i concessionari di pubblici servizi (come sancito dall'art. 23, legge n. 241/1990), ma «ogni persona fisica o giuridica che svolga funzioni pubbliche connesse alle tematiche ambientali o eserciti responsabilità amministrative sotto il controllo di un organismo pubblico» (art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 195/2005).

¹⁵⁶ La giurisprudenza ha chiarito che tale interesse non può essere di mero fatto ma che deve trattarsi di una situazione giuridica protetta della quale sia portatore un soggetto determinato: è a tutela di tale situazione giuridica soggettiva che può esercitarsi il diritto all'accesso, che ha quindi carattere subordinato e strumentale rispetto a un altro diritto soggettivo o interesse legittimo la cui tutela può essere attivata solo conoscendo circostanze di fatto note alla pubblica amministrazione.

sancisce l'obbligo in capo alla p.a. di rendere disponibili le informazioni relative all'ambiente «a chiunque ne faccia richiesta, senza che questi debba dichiarare il proprio interesse» (art. 2)¹⁵⁷.

Come evidenzia G. Rossi, la ragione della disciplina speciale si deve al fatto che «l'ambiente appartiene a tutti e non appartiene a nessuno; fare dipendere la possibilità d'accedere alle informazioni dalla dimostrazione di una situazione giuridica protetta del soggetto che lo richiede comporterebbe l'impossibilità materiale di acquisire le informazioni necessarie per attivare le difese»¹⁵⁸.

La disciplina pone certamente elementi di specificità rilevante e risponde allo stesso tipo di esigenza che ha indotto in passato il legislatore ad attribuire rilevanza agli interessi diffusi anziché solo a quelli individuali o collettivi.

Del resto la sistemazione giurisprudenziale degli interessi all'integrità dell'ambiente, insuscettibile di acquisizione esclusiva, è avvenuta

¹⁵⁷ Anche le ipotesi di esclusione del diritto all'accesso, pur ricalcando in parte le prescrizioni dell'art 24, legge n. 241/1990, presentano alcuni tratti peculiari. L'istituto, pur nella accezione ampia che si è descritta, incontra infatti dei limiti - oltre che nei casi in cui l'istanza sia irragionevole, lacunosa o al di fuori della disponibilità dell'amministrazione - qualora confligga con interessi primari dell'ordinamento, che non possono essere sacrificati dinanzi alla richiesta di informazioni, come il diritto alla riservatezza, l'ordine e la sicurezza pubblica. Ebbene, una parte di questi limiti, e in particolare quelli attinenti alla riservatezza non si applicano in caso di richiesta di accesso a informazioni ambientali. Si veda ad esempio in proposito la sentenza del Consiglio di Stato n. 1669/2007, con cui il giudice amministrativo si è espresso in favore del diritto di accesso dell'Enel agli atti in possesso del Ministero dell'Ambiente in materia di Piano nazionale di assegnazione delle quote di emissione di CO₂, rigettando l'obiezione di eventuale pregiudizio del diritto alla riservatezza industriale e della concorrenza.

¹⁵⁸ G. ROSSI, op. cit. , secondo cui la disciplina generale, pur essendo di grande rilievo, non comporta però una differenza qualitativa, ma risponde allo stesso tipo di esigenza che ha indotto il legislatore ad attribuire rilevanza agli interessi diffusi anziché solo a quelli individuali o collettivi: la natura del bene ambientale fa sì che i soggetti portatori (al di là degli enti territoriali) siano contemporaneamente tutti e nessuno in modo esclusivo. Tuttavia, va ribadito, anche per questo profilo la tutela dell'interesse ambientale costituisce una significativa evoluzione dell'ordinamento in quanto pone il valore dell'informazione come interesse da tutelare e compito specifico delle pubbliche amministrazioni.

originariamente passando attraverso il novero degli interessi diffusi, riferibili indistintamente ad ogni cittadino¹⁵⁹.

Sono note però le difficoltà derivanti dall'originario inquadramento come interesse diffuso del bene ambientale in un sistema di tutele, sia procedimentale che processuale, basato invece su una situazione legittimante la partecipazione e il ricorso giurisdizionale, caratterizzata dagli attributi della personalità e della differenziazione dell'interesse leso, elementi di cui difetta l'interesse diffuso¹⁶⁰.

Ciò come noto aveva comportato l'impossibilità di accedere alla tutela da parte degli interessi diffusi, poi gradualmente mitigata con aggiustamenti successivi, sia giurisprudenziali che legislativi.

La legge 241/1990 ha riconosciuto la partecipazione al procedimento anche ai portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni e comitati cui

¹⁵⁹ *Ex multis*, Consiglio Stato, sez. IV, 22 febbraio 1980, n. 114, in *Foro amm.*, 1980, I, p. 51; Tribunale Roma, 2 settembre 1991, in *Foro it.*, 1992, II, c. 464; Consiglio Stato, sez. VI, 29 marzo 1996, n. 507, in *Foro amm.*, 1996, p. 976; Consiglio Stato, Ad. plen., 19 ottobre 1979, n. 24, in *Giust. civ.* 1980, I, p. 1743, secondo cui "la protezione dei beni dell'ambiente naturale risponde, secondo il nostro ordinamento, a una finalità di interesse pubblico e costituisce pertanto un interesse diffuso. In dottrina, F. P. CHEREGATO, *Gli interessi diffusi in materia ambientale nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1994, II, p. 355 ss.; G. MASTRODONATO, *Le posizioni giuridiche soggettive nella materia ambientale: dagli interessi diffusi al nuovo ruolo del cittadino*, in *Dir. Economia*, 2001, I, p. 381 ss.; M. MILONE, *Brevi riflessioni sul sistema sanzionatorio per le violazioni degli "interessi diffusi" in materia di danno ambientale*, in *T.A.R.*, 1994, II, p. 173 ss.; R. RAIMONDI, *Cittadini, enti esponenziali, interessi diffusi*, in *Giur. merito*, 1980, p. 725 ss.; G. RECCHIA, *Tutela dell'ambiente: da interesse diffuso a interesse costituzionalmente protetto*, in *Riv. giur. Sarda*, 1992, p. 779 ss.; G. ROMEO, *L'interesse diffuso, l'ambiente e il giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 562 ss.; A. SODO, *Difesa del territorio. Tutela dell'ambiente e interessi diffusi*, in *Nuovo dir.*, 1987, p. 1 ss.; G. TORREGROSSA, *La tutela dell'ambiente: dagli interessi diffusi al danno ambientale*, in *Cons. Stato*, 1988, II, p. 1729 ss..

¹⁶⁰ Sul punto si veda A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli 1986; G. BERTI, *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, in *Jus* 1982, p. 68 ss.; A. ROMANO, *Interessi individuali e tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Foro It.*, 1972, II, c. 270 ss.; R. FERRARA, *Gli interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 1993, vol. VIII, p. 481 ss.; F. FONDERICO, *ult. cit.*, p. 246 ss.; G. GRECO, *Danno ambientale e tutela giurisdizionale*, *cit.*, p. 523; G. ROMEO, *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Scritti per Mario Nigro*, III, Milano 1991, p. 496 ss.; ID., *L'interesse diffuso, l'ambiente e il giudice amministrativo*, *cit.*, p. 2594 ss.; F. G. SCOCA, *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, *cit.*, p. 533 ss.; R. VILLATA, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 188 ss.

possa derivare un pregiudizio, ed esiste peraltro l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, «ai sensi degli art. 9 e 10 l. 7 agosto 1990 n. 241, i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati hanno facoltà di intervenire nel procedimento, di prendere visione degli atti dello stesso, di presentare memorie scritte e documenti; pertanto, poiché la partecipazione al procedimento genera la legittimazione processuale, deve riconoscersi la legittimazione ad agire ai sensi della l. 7 luglio 1986 n. 349, dell'associazione ambientalista che opera localmente in ambito circoscritto, la quale abbia partecipato al procedimento poi oggetto della controversia»¹⁶¹.

Già la legge istitutiva del Ministero dell'ambiente aveva sancito per le associazioni ambientali riconosciute ai sensi dell'art. 13 della legge, un titolo speciale di legittimazione a ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi lesivi dell'ambiente¹⁶². E anche a questo proposito, la giurisprudenza è andata oltre il dato legislativo. Secondo un consolidato orientamento «deve riconoscersi legittimazione ad agire a tutela dell'ambiente anche alle associazioni regionali che abbiano quale fine statutario la protezione dell'ambiente nella zona oggetto di tutela, anche se non

¹⁶¹ T.A.R. Veneto, sez. I, 16 dicembre 1998, n. 2509, in *Ragiusan*, 2000, f. 189, p. 129; In tema di rapporto tra partecipazione procedimentale e legittimazione processuale, R. FERRARA, *Gli interessi superindividuali fra procedimento amministrativo e processo: problemi ed orientamenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, p. 48 ss.; L. MARUOTTI, *La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del g.a.: questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati alla impugnazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 310; M. OCCHIENA, *Partecipazione e tutela giurisdizionale*, in *Diritto dell'economia*, 2001, I, p. 601 ss. (parte prima) e 2002, p. 31 ss. (parte seconda); M. R. SPASIANO, *I soggetti della politica ambientale*, cit., p. 185 ss.

¹⁶² Art. 18 c.5 legge 349/1986, non abrogato dal d. lgs. 152/2006, ai sensi del quale «le associazioni individuate in base all'articolo 13 [...] possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi». In dottrina viene sottolineata la natura eccezionale della legittimazione, vedi Sulla natura eccezionale della legittimazione, M. R. SPASIANO, *I soggetti della politica ambientale in Italia*, cit., p. 185 ss.; Cons. Stato, IV Sez., 28 febbraio 1992, n. 223, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 511, con nota di F. PUGLIESE; F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, cit., p. 246; in tema v. anche S. NESPOR, *Legittimazione ad agire delle associazioni ambientaliste: questioni nuove e vecchie*, nota a T.A.R., 8 Ottobre 2004, n. 5515 sez. II, Lombardia, Milano, in *Riv. giur. Ambiente*, 2005, 1, p. 137 ss.

ricomprese nell'elenco delle associazioni riconosciute dall'art. 13 l. n. 349 dell'8 luglio 1986, poiché tale norma ha creato un ulteriore criterio di legittimazione che si è aggiunto, e non sostituito, a quelli in precedenza elaborati dalla giurisprudenza»¹⁶³.

La giurisprudenza, pur superando la tradizionale posizione di assenza di tutela, non ha disancorato completamente l'interesse legittimante alla tutela (sia partecipativa che giurisdizionale) dall'esistenza di una posizione differenziata.

Essa ha affermato che l'interesse all'ambiente come bene inappropriabile «rende problematica la sua tutela a fronte di un sistema giudiziario che non conosce, se non quale eccezione, l'azione popolare, che guarda con sfavore la legittimazione di aggregazioni di individui che si facciano portatori occasionali di interessi esistenti allo stato diffuso. Ne deriva che il soggetto singolo che intenda insorgere in sede giurisdizionale contro un provvedimento amministrativo esplicante i suoi effetti nell'ambiente in cui vive ha l'obbligo di identificare, innanzitutto, il bene della vita che dalla iniziativa dei pubblici poteri potrebbe essere pregiudicato (il paesaggio, l'acqua, l'aria, il suolo, il proprio terreno) e, successivamente, dimostrare che non si tratta di un bene che pervenga identicamente ed indivisibilmente ad una pluralità più o meno vasta di soggetti, nessuno dei quali ne ha però la totale ed esclusiva

¹⁶³ Così Consiglio Stato, sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4123, in *Riv. giur. Ambiente*, 2002, p. 751. Vedi anche T.A.R. Puglia Lecce, sez. I, 5 aprile 2005, n. 1847, *Redazione Giuffrè*, 2005, la quale ricorda che «il Giudice amministrativo può riconoscere, caso per caso, la legittimazione ad impugnare atti amministrativi a tutela dell'ambiente ad associazioni locali, indipendentemente dalla loro natura giuridica, purché perseguano statutariamente in modo non occasionale obiettivi di tutela ambientale, abbiano un adeguato grado di rappresentatività e stabilità ed un'area di afferenza ricollegabile alla zona in cui è situato il bene a fruizione collettiva che si assume leso, anche se non ricomprese nell'elenco delle associazioni a carattere nazionale individuate dal Ministero dell'Ambiente ai sensi dell'art. 3 l. 8 luglio 1986 n. 349, poiché tale norma ha creato un ulteriore criterio di legittimazione che si è aggiunto e non sostituito a quelli in precedenza elaborati dalla giurisprudenza per l'azionabilità dei c.d. interessi diffusi «in materia ambientale»».

disponibilità (la quale costituisce invece il connotato essenziale dell'interesse legittimo), ma che rispetto ad esso egli si trova in una posizione differenziata tale da legittimarlo ad insorgere, *uti singulus*, a sua difesa (di qui il requisito della finitimità o vicinitas in base al quale si è riconosciuta legittimazione ad agire al proprietario del fondo o della casa finitimi, ovvero al comunista che vive e lavora in prossimità della discarica la cui autorizzazione si impugni)»¹⁶⁴. In altra occasione si è affermato che «l'ordinamento positivo concepisce la protezione dell'ambiente naturale come una finalità di esclusivo interesse pubblico, sicché in tale materia è possibile individuare interessi legittimi solo in capo a coloro che appartengono alla collettività insediata su un territorio che, in quanto tali, sono legittimati a ricorrere in sede giurisdizionale avverso i provvedimenti che incidono sull'assetto del relativo ambiente»¹⁶⁵.

La consapevolezza delle peculiarità dell'ambiente quale «sistema funzionalmente coerente ma composto da unità fisicamente eterogenee, singolarmente sottoposte a regimi caratteristici»¹⁶⁶, unitamente alle previsioni legislative citate, dovrebbe allora aprire la strada per il consolidamento di orientamenti che in materia ambientale disancorino la partecipazione procedimentale (ed eventualmente la tutela processuale) dalla differenziazione dell'interesse leso.

¹⁶⁴ Così Consiglio Stato, sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1600; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. IV, 8 giugno 2004, n. 7246.

¹⁶⁵ T.A.R. Lombardia Brescia, 27 giugno 1991, n. 490, in *T.A.R.*, 1991, I, p. 2898. Nello stesso senso v. ancora T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 13 dicembre 2004, n. 6354, in *Foro amm. TAR*, 2004, f. 12, p. 3616; T.A.R. Liguria, sez. I, 25 ottobre 2004, n. 1480, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 2890; Consiglio di Stato, sez. IV, 31 agosto 2004, n. 5715, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 2181; Consiglio di Stato, sez. VI, 7 agosto 2003, n. 4557, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 2324; Cassazione civile, Sez. Un., 1 giugno 1992, n. 6605, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 6, ha riconosciuto titolare di interesse legittimo l'amministrazione provinciale lesa da un provvedimento contingibile ed urgente adottato dal Ministero dell'Ambiente, in quanto viziato ed insufficiente alla tutela ambientale in concreto necessaria.

¹⁶⁶ L'espressione è di M. CAFAGNO, op. cit..

Anche su questo punto infatti, la specificità della partecipazione in materia ambientale deriva direttamente dalla natura del bene su cui il procedimento incide, che comporta l'indeterminatezza dei soggetti che potrebbero subire un pregiudizio dal provvedimento.

Da questo punto di vista, la partecipazione in materia ambientale, così come regolata dalla disciplina nazionale italiana, non prevede una disciplina specifica, così come invece visto per il diritto di accesso.

Peraltro, va evidenziato che la disciplina internazionale della Convenzione di Aarhus (e della direttiva 2003/35/CE) appare più ampia di quella prevista dalla normativa interna sul procedimento¹⁶⁷.

Gli artt. 6, 7 ed 8 della Convenzione individuano, infatti, tre categorie di processi decisionali: quelli funzionali a determinazioni riguardanti attività specifiche, influenti sull'ambiente, quelli relativi a scelte pianificatorie o programmatiche relative all'ambiente e, infine, quelli preparatori di atti regolamentari.

L'art. 13 della legge n. 241/1990 esclude queste ultime due categorie.

Inoltre anche sul piano soggettivo, la categoria dei soggetti legittimati ad intervenire è più ampia. Ciò peraltro potrebbe avere effetti anche rispetto alla affermazione della legittimazione di ordine processuale, se vale l'assunto giurisprudenziale secondo cui la legittimazione procedimentale determina anche quella al ricorso.

La scelta in ogni caso è rimessa al legislatore nazionale e non è imposta dalla citata convenzione.

¹⁶⁷ Per un approfondimento multidisciplinare della tematica dei costi della partecipazione si vedano P. MILGROM-J. ROBERTS, *Economia, organizzazione e management* (trad. it.), Bologna, 1994, p. 404 ss.; J.M. BUCHANAN-G. TULLOCK, *Il calcolo del consenso* (trad. it.), Bologna, 1998, p. 153 ss.; D. UNGARO, *Democrazia ecologica. L'ambiente e la crisi delle istituzioni liberali*, Roma-Bari 2006; R. MONTANARO, *La partecipazione ai procedimenti in materia ambientale*, in AA. VV., *Il diritto all'ambiente salubre*, a cura di M.P. VIPIANA, Cedam, Padova, 2005, p. 192 ss, M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, cit., p. 408 ss..

L'art. 9, infatti, anche nel quadro di un rafforzamento delle garanzie, rinvia in tema di accesso alla giustizia al diritto interno¹⁶⁸.

In ogni caso, va precisato che esistono nel nostro ordinamento forme di partecipazione allargata nei confronti non solo di atti specifici (si pensi alla recente disciplina su VIA e AIA), ma anche, sugli atti di pianificazione (con la VAS) in cui, a differenza della disciplina generale, il criterio fondato sul possibile pregiudizio che deriva dal provvedimento è ampliato dall'indeterminatezza degli effetti che derivano sull'ambiente e sui soggetti che vi abitano. Non risulta così del tutto esclusa una specificità dell'interesse ambientale anche da questo punto di vista.

Resta la delicatezza della questione in quanto accanto ai profili di garanzia, vengono in rilievo quelli della elasticità ed efficacia della decisione amministrativa, e la partecipazione a volte è invocata come strumento di esercizio di localismi che non rispondono a nessuna delle due esigenze, né tanto meno a quella di tutela dell'interesse ambientale.

Dottrina e giurisprudenza hanno evidenziato che l'ampia previsione di istruttorie procedimentali ispirate ad un'estesa partecipazione e la proliferazione di piani e programmi (invero non sempre razionale e confacente agli scopi perseguiti), esprimono inoltre la coscienza dell'impossibilità di affidare allo strumento legislativo il compito di imbrigliare a monte il potere

¹⁶⁸ “Ogni parte assicura, nell'ambito della propria legislazione nazionale, che i membri del pubblico coinvolto a) che abbiano un interesse sufficiente per agire, oppure, in alternativa, b) che facciano valere una violazione ad un diritto quando la legge di procedura amministrativa di una Parte pone una simile condizione, possano formulare un ricorso di fronte ad un'autorità giudiziaria e/o un altro organo indipendente e imparziale”. La norma aggiunge che “ciò che costituisce un interesse sufficiente e una violazione di un diritto è determinato in base alle disposizioni del diritto interno e conformemente all'obiettivo che consiste nell'accordare al pubblico interessato un vasto accesso alla giustizia nell'ambito di questa Convenzione” (par. 2 dell'art. 9 citato).

discrezionale delle amministrazioni ambientali, ordinandone i fini ed i criteri di esercizio secondo schemi validi per ogni concreta fattispecie¹⁶⁹.

Nelle scelte che non hanno modo di appellarsi alla risolutiva autorità di un sapere scientifico univoco e neutrale, il trattamento collettivo dell'incertezza non può prescindere dalla cooperazione tra esperti, decisori politici e gruppi rappresentativi¹⁷⁰.

Allo stesso tempo, il tipo di formule organizzative e procedurali per l'acquisizione di informazioni varia a seconda che si discuta di *commons* globali (ad esempio biodiversità, distese marine, regolazione climatica planetaria) o di *commons* locali (come un parco, un'area protetta o una zona di elevato pregio paesistico), in rapporto alla composizione ed alle caratteristiche delle collettività di riferimento, alle loro convenienze, abitudini, preferenze o culture, a seconda del peculiare stato in cui versano territori ed ecosistemi, dei contingenti problemi ecologici di volta in volta affrontati o di quelli complementari o conflittuali di natura economica, dei tratti strutturali e persino di quelli accidentali delle organizzazioni pubbliche preposte alla loro amministrazione¹⁷¹.

Il punto di equilibrio andrà pertanto trovato in concreto, di situazione in situazione, nelle norme di settore e, più ancora, nelle scelte esecutive¹⁷².

¹⁶⁹ In questa linea, Corte costituzionale, 10 marzo 1988, n. 278, in *Riv. giur. Ambiente*, 1989, p. 555 ss.; S. GRASSI, voce *Tutela*, par. 8, n. 92, richiama, quale esemplificativa rassegna di disposizioni esaminabili in questa logica, gli artt. 8, 15, 21, 56, 66, 67, 68, 95, 117 e ss., 169, 199 del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152; si veda poi G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale*, cit., p. 1148; ID., *Profili giurisdizionali e giustiziali*, cit., p. 310 e 311.

¹⁷⁰ In dottrina, tra i molti, F. DE LEONARDIS, *Il Principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005, p. 185 ss.; S. FUNTOWICZ, J. R. RAVETZ, *The Worth of a Songbird: Ecological Economics as a Post-normal Science*, in *Ecological Economics*, 1994, 10, p. 197 ss.; ID., *Emergent Complex Systems*, in *Futures*, 1994, 26(6), p. 568 ss.; B. DE MARCHI, S.O. FUNTOWICZ, S. LO CASCIO, G. MUNDA, *Combining Participative and Institutional Approaches with Multicriteria Evaluation*, in *Ecological Economics*, 2000, 34, p. 267 ss.

¹⁷¹ Così M. Cafagno, op. cit.

¹⁷² Ne deriva quindi uno spostamento del rilievo del principio di legalità, come sottolinea F. DE LEONARDIS, in *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI (cura di) *Diritto dell'ambiente*, op. cit.

3.2 Quale soggetto? La funzione pubblica tra i processi di decentramento e la dimensione ascendente della sussidiarietà.

Il tema dei beni contempla, come si è visto, una acquisita scissione tra il profilo dell'appartenenza e quello della titolarità di diritti.

Ciò nondimeno, è necessario individuare un soggetto che eserciti sui beni quella funzione di regolazione che consenta alla collettività di riferimento di godere delle utilità assicurate dai beni stessi. Si è analizzato in precedenza come tale funzione ordinatrice delle utilità, qualora esse siano collettive, possa essere ascritta al soggetto pubblico, in quanto garante dell'accesso alle risorse. Si tratta ora di individuare, proseguendo nella prospettiva finora adottata, quale sia l'effetto dell'interesse ambientale sulla corretta individuazione del livello territoriale di governo idoneo a tale ruolo.

Si è visto che le risorse sono composte in un sistema di relazioni, le cui interconnessioni sono idonee a generare effetti non sempre prevedibili tra il momento, ed il luogo, di produzione di una scelta e quello di realizzazione degli effetti.

La tutela delle risorse e la regolazione del loro sfruttamento nel perseguimento dell'interesse ambientale richiederebbero una visione che tenda il più possibile a fare coincidere l'orizzonte spaziale di riferimento a quello in cui si collocano i fenomeni regolati.

Sorgono infatti dei profili di criticità che è opportuno porre in rilievo per comprendere le problematiche innescate dalla duplice dimensione dei beni considerati.

Si è visto come i piani su cui si collocano le risorse siano due. Da un lato vi è la loro dimensione di beni, dall'altro il loro essere elementi di un bene

giuridico più ampio, che assorbe le proprietà assicurate dalle interazioni: l'ambiente.

Ciò introduce il primo aspetto problematico.

E' noto come i beni pubblici siano oggetto di processi di decentramento di funzioni, tali per cui, a prescindere dal profilo della loro appartenenza, che come si è visto non assume un peso rilevante, le funzioni di regolazione e gestione degli stessi transitano dal livello statale a quello regionale o locale¹⁷³. In ossequio al principio di sussidiarietà verticale infatti, da un lato le leggi sul decentramento amministrativo, dall'altro la riforma del Titolo V della Costituzione, hanno distribuito lungo la scala degli enti territoriali funzioni sui beni e sulle risorse naturali¹⁷⁴.

¹⁷³ In proposito, nel ricostruire il complesso reticolo di competenze di cui sono titolari gli enti territoriali, la Corte Costituzionale, nella sentenza 150/2003, ha preso atto del fatto che *«la nozione di demanio marittimo, un tempo espressiva di funzioni facenti capo esclusivamente allo Stato, con lo sviluppo delle autonomie è divenuta espressiva di una pluralità di funzioni, alcune delle quali rimaste allo Stato, altre “delegate” ai Comuni e alle Regioni, altre ancora “conferite” alle Regioni»*.

¹⁷⁴ Un'ipotesi di divaricazione tra appartenenza e funzioni amministrative si registra, per esempio, a proposito del demanio idrico, in quanto la proprietà compete allo Stato ai sensi dell'art. 822, co. 1 cod. civ., mentre la gestione, ai sensi dell'art. 86 d.lgs. 112/1998 compete alle Regioni e agli enti locali. Sul punto, la Corte Costituzionale ha di recente chiarito che *«l'esercizio dei poteri dominicali dello Stato nei confronti dei beni del demanio idrico deve necessariamente ispirarsi anche al principio costituzionale di leale collaborazione, proprio perché occorre in concreto bilanciare l'interesse dello Stato proprietario e gli interessi delle collettività locali fruitrici dei beni»*. Così C. Cost. 31/2006, con nota di MICHETTI, *La Corte alle prese con la leale collaborazione*, in *Giur. cost.*, 2006, I, 256 ss... Dallo specifico punto di vista che qui interessa, si può rilevare che, a seguito della recente riforma costituzionale, rientrano nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato solo le materie espressamente elencate dall'art. 117, co. 2 Cost. tra le quali non figurano i beni demaniali, né i beni pubblici in senso ampio, estranei, peraltro, anche al novero delle materie oggetto di potestà legislativa concorrente, fatto tuttavia salvo il caso dei porti e degli aeroporti civili, delle grandi reti di trasporto e di navigazione, nonché della valorizzazione dei beni culturali e ambientali. A ben vedere, tuttavia, gli interventi del legislatore statale sui beni pubblici rinviengono il proprio titolo di legittimazione nelle materie di potestà legislativa esclusiva rappresentate dall'ordinamento civile e dall'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali, ovvero nell'art. 119, u.c., che prefigura la competenza legislativa statale ad individuare, in esclusiva, i principi generali di attribuzione del patrimonio pubblico. L'intervento legislativo statale viene in ogni caso a coordinarsi con quello regionale. E difatti, la Regione è abilitata a regolamentare i poteri di gestione dei propri beni e del proprio patrimonio, nonché la sua conservazione e la sua valorizzazione, nell'esercizio della potestà legislativa che le compete in via residuale nella materia dell'organizzazione degli uffici regionali.

In attuazione del medesimo principio di sussidiarietà¹⁷⁵, tuttavia, le funzioni attinenti alla protezione del sistema-ambiente hanno subito un processo di ascesa, guidate dalla ricerca dell'adeguatezza, verso gli enti territoriali superiori¹⁷⁶.

Al contrario, il legislatore regionale non potrebbe invece incidere sul regime giuridico dei beni del patrimonio regionale, cosicché l'assetto derivante dalle norme del codice civile non potrebbe essere modificato o derogato, proprio in considerazione del fatto che il più volte richiamato art. 119 assegna al legislatore nazionale il compito di definire la disciplina sostanziale e le norme di tutela di tali beni. In generale, tuttavia, il legislatore regionale, nell'esercizio delle potestà concorrenti e residuali, può intercettare la disciplina dei beni unicamente in coincidenza con la destinazione dei medesimi alle varie funzioni amministrative rimesse, appunto, alla responsabilità regionale. In siffatta cornice costituzionale, gli enti locali possono disporre del rispettivo patrimonio in base alle proprie esigenze organizzative e di funzionamento, rimanendo tuttavia loro preclusa la possibilità di modificare, ora in via statutaria ora in via regolamentare, il regime giuridico dei beni loro assegnati. Ad ogni modo, lo sviluppo del sistema autonomistico e del decentramento amministrativo esclude la piena corrispondenza tra la proprietà del bene e la titolarità delle funzioni amministrative che su di esso fanno perno, nel senso che la mera appartenenza del bene non esaurisce la varietà degli interessi che si riannodano al bene stesso imputandosi ad enti territoriali diversi da quello proprietario. Nell'operazione di bilanciamento tra la posizione del soggetto pubblico proprietario e quella degli enti utilizzatori soccorre il principio costituzionale di leale collaborazione che ampi svolgimenti e puntualizzazioni ha ricevuto dalla giurisprudenza costituzionale con riguardo ai rapporti tra Stato, Regioni ed enti locali.

¹⁷⁵ Non può essere questa la sede per approfondire il tema della sussidiarietà, tuttavia si può ricordare come Il Trattato istitutivo, nell'attuale versione, stabilisce all'art. 5 che «nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, la Comunità interviene secondo il principio della sussidiarietà». Il canone, in virtù delle modifiche apportate dal Trattato di Maastricht, si leva oggi a criterio generale di distribuzione delle competenze tra istituzioni comunitarie e stati nazionali, ma è noto che in campo ambientale ha trovato significative anticipazioni. Si veda per tutti S. GRASSI, M. CECCHETTI, *Profili costituzionali della regolazione ambientale nel diritto comunitario e nazionale*, in AA. VV., *Manuale delle leggi ambientali*, cit., p. 68 e ss. e L. KRAMER, *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002.

¹⁷⁶ Tuttavia, nonostante i tentativi recenti di rinvenire nelle dinamiche evolutive di taluni istituti amministrativi nel diritto internazionale una dimensione globale delle relazioni giuridiche e una riconsiderazione delle soggettività internazionali come centri di imputazione di amministrazioni globali, (v. tra tutti, S. BATTINI, *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 359 ss.; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, e G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003), non sembra che esista allo stato attuale una simile soggettività di tipo pubblico e dotata di un livello di effettività tale da soddisfare i requisiti descritti.

A tal proposito emblematica è l'inclusione della "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" tra le materie di competenza legislativa esclusiva statale del comma secondo dell'art. 117 della Costituzione¹⁷⁷.

Si noti in via incidentale come rilevi in tale ambito il profilo della corrispondenza tra funzioni e responsabilità, tale per cui la forza del principio di sussidiarietà può essere colta solo affiancando a tale tema quello della corresponsabilità. Il Consiglio Europeo ha messo limpidamente a fuoco il punto in un passo della Risoluzione sul V Programma di azione ambientale¹⁷⁸ : «il programma combina il principio della sussidiarietà con il concetto più ampio di condivisione delle responsabilità. Quest'ultimo concetto non si basa tanto sulla scelta di operare ad un livello ad esclusione degli altri, ma piuttosto sulla scelta di combinare gli strumenti e gli attori a diversi livelli, senza per questo voler rimettere in questione la divisione delle competenze tra la Comunità, gli Stati membri e le autorità regionali o locali. Per un singolo obiettivo o problema l'accento (attori e strumenti) può esser posto a livello della Comunità, nazione, regione e per un altro a livello regionale, locale, settoriale, oppure a livello di aziende, collettività, consumatori».

Si potrebbe obiettare che le differenti direzioni in cui si muovono le funzioni sui beni sono tali poichè riferite a beni distinti. Dalle premesse teoriche da cui l'analisi muove deriva che l'approccio sistemico sposa invece una visione integrata delle risorse, in cui il dato da valorizzare consiste nelle proprietà emergenti dal bene indivisibile ambiente.

¹⁷⁷ Su questo aspetto la dottrina e la giurisprudenza sono ormai sconfinata. Si citano, solo per suggerire un riferimento per ulteriore approfondimento, che non rientra nelle intenzioni possibili di questa analisi...

¹⁷⁸ Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi del 1° febbraio 1993, sul V Programma di azione ambientale (93/C. 138/01), capitolo 8, dal titolo "la sussidiarietà e la condivisione delle responsabilità".

La possibile composizione della criticità così delineata può essere allora ricercata nella contestuale applicazione di alcuni ordini concettuali.

Il primo è offerto dalla teoria delle scale.

La teoria delle scale consente di capire il problema della dimensione dei fenomeni e della possibilità di incidere su moduli dell'insieme in modo efficiente in assenza di un soggetto unico che presieda al fenomeno complessivo.

Nell'evidenziare come ogni fenomeno, ed in particolare quello ambientale, possa essere scomposto e governato separatamente, individua anche i limiti di applicabilità del costrutto teorico nella necessità di avere informazioni perfette e prevedibilità degli eventi generati sui livelli collegati con quello considerato.

L'analisi dei sistemi complessi ha dimostrato che per essi, a dispetto dell'implausibile postulato di sovraumana razionalità dal quale muovono talune discutibili costruzioni teoriche (in buona parte economiche) dei processi decisionali¹⁷⁹, gli esseri umani sono soliti confrontarsi con realtà troppo varie ed intricate per essere comprese e gestite nel loro insieme, alla stregua di una

¹⁷⁹ Come ricorda H. A. SIMON, *La ragione nelle vicende umane*, p. 43 e 44, la cosiddetta teoria dell'utilità attesa, per considerare il caso più emblematico, "presume che ogni soggetto decisionale abbia una propria ben definita funzione di utilità e che perciò possa definire con un numero cardinale il grado del suo gradimento di qualsiasi particolare scenario di eventi futuri. In secondo luogo, essa presume che il soggetto decisionale abbia di fronte un ben definito gruppo di alternative fra cui effettuare la propria scelta. Queste alternative non debbono necessariamente essere scelte monotemporali, ma possono anche comportare sequenze discelte o strategie di scelta in cui ciascuna sottoscelta sarà effettuata solo in un determinato momento ed usando le informazioni in quel preciso momento disponibili. In terzo luogo, essa presume che il soggetto decisionale possa fissare una logica distribuzione di probabilità congiunta per tutti i futuri gruppi di eventi. Infine, essa presume che il soggetto decisionale scelga (o quanto meno che dovrebbe scegliere) l'alternativa o la strategia di alternative che massimizzi il valore previsto, in termini di funzione di utilità, nel gruppo di eventi conseguente alla strategia adottata. A ciascuna strategia, inoltre, è associata una distribuzione di probabilità di scenari futuri che può essere usata per ponderare l'utilità degli scenari stessi".

simultanea considerazione di tutte le incognite, riordinandole in raggruppamenti tra loro collegati¹⁸⁰.

L'ecologia è solita decodificare la struttura modulare della biosfera raggruppando entità e processi lungo scale. La cosiddetta teoria gerarchica descrive proprio l'ambiente come una sequenza di piccoli subsistemi dinamici. Rielaborando la fisionomia di un sistema complesso secondo "scale" di spazio e di tempo diviene dunque possibile suddividerlo in livelli organizzativi, ognuno dei quali ospita elementi che interagiscono tra loro¹⁸¹. Secondo Simon, molti sistemi complessi sono strutture "quasi scomponibili"¹⁸², in cui per comprendere un processo o una struttura visibile ad una certa scala può talvolta bastare l'opportunità di cogliere le correlazioni con la scala immediatamente precedente e con quella subito successiva¹⁸³, senza spingere lo sguardo ad ogni altro livello della gerarchia, verso l'alto o verso il basso. Si

¹⁸⁰ H. SIMON, *La ragione*, cit., p. 51: "nella realtà di fatto, l'ambiente in cui viviamo, in cui tutte le creature vivono, è un ambiente [...] sezionabile in tanti problemi separati e distinti [...] Noi viviamo in quello che potrebbe essere chiamato un mondo quasi vuoto, in cui vi sono milioni di variabili che in linea di principio dovrebbero influenzarsi a vicenda ma che per la maggior parte del tempo si ignorano. Per la teoria gravitazionale ogni cosa poggia e preme su ogni altra, ma alcune spingono con più forza di altre, sia perché sono più voluminose, sia perché sono a più stretto contatto. Forse vi è effettivamente una fortissima rete di interconnessioni che avvolge tutto il mondo; ma nella maggioranza delle situazioni che ogni giorno ci troviamo a fronteggiare possiamo riconoscere solo un numero modesto di variabili o considerazioni che si impongono sulle altre". Si vedano anche H. A. SIMON, *How Complex are Complex Systems?*, *Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 1976, Vol. II: *Symposia and Invited Papers*, p. 507 ss.; ID., *L'architettura della complessità*, cit., p. 220 ss.; AA.VV., *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, cit., p. 8 ss..

¹⁸¹ Cfr. V. AHL, T. F. HALLEN, *Hierarchy Theory*, op. cit., p. 76 ss..

¹⁸² "Quasi" scomponibili perché nel sistema complesso rilevano le interconnessioni tra i diversi livelli, che invece nei sistemi scomponibili sono trascurabili.

¹⁸³ Riprendendo la schematizzazione proposta poco sopra, nella benultima nota, sulle orme di R. V. O'NEILL *et al.*, *Hierarchy Theory and Global Change*, op. cit., la proprietà della "quasi scomponibilità" sottintende l'idea che spesso i subsistemi superiori al "livello +1" siano troppo ampi e troppo lenti per esercitare un'influenza meritevole di attenzione, ai fini della spiegazione delle dinamiche del "livello 0"; allo stesso modo, livelli più bassi rispetto al "livello -1" si rivelano talora troppo piccoli e veloci per assumere un significato diverso da quello di un semplice rumore di fondo, nell'osservazione del "livello 0".

supera così la visione che richiede per la comprensione e la gestione del bene unitario la sussistenza di un soggetto corrispondente per ampiezza di funzioni.

La teoria delle scale «consente di rielaborare il nodo critico attorno al quale orbita il principio di sviluppo sostenibile come un problema di scarto tra coordinate di spazio e di tempo»¹⁸⁴. E' infatti perfettamente adattabile al rapporto tra soggetti e bene ambientale la constatazione del divario tra scale nella dimensione spaziale, dal momento che il perimetro degli effetti delle scelte e dell'ambito geografico delle sottostanti valutazioni non coincidono con i confini materiali delle strutture e dei processi ecologici o paesaggistici. Si fa infatti notare che «il problema dell'inquinamento insorge per l'appunto quando sostanze residue sono immesse all'interno di corpi fisici, i cui contorni non combaciano con la sfera materiale di controllo e di responsabilità dell'inquinatore»¹⁸⁵.

Riconducendo il discorso al tema del soggetto idoneo a governare fenomeni su scale difformi, si constata in materia ambientale la disparità tra l'estensione o la rilevanza dei processi naturali e la circoscrizione territoriale delle istituzioni in concreto esistenti e perfino la totale assenza di autorità (locali o globali) munite di un campo di azione proporzionato all'ambito di intervento utile¹⁸⁶. Dato che i collegamenti tra le parti del sistema non sono lineari la comprensione dei fenomeni accertati ad un dato livello organizzativo

¹⁸⁴ Così M.CAFAGNO, op. cit., che ricorda come la letteratura ecologica suggerisce di pensare ai dilemmi fronteggiati dal diritto ambientale come a problemi che trovano una comune origine nello scarto (*mismatch*) tra la scala delle azioni, dei processi e delle responsabilità umane e la scala propria delle entità e dei processi eco sistemici K. LEE, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, in *Ecological Applications*, 1993, vol 3 n. 4, p. 560 ss..

¹⁸⁵ Ancora M.CAFAGNO, op. cit.

¹⁸⁶ Fa notare M.CAFAGNO, op. cit., come «Il calcolo cinico, in nome di un più o meno sottaciuto criterio di priorità degli interessi nazionali, che notoriamente frena il perfezionamento di accordi multilaterali capaci di impegnare alla soluzione di questioni ambientali di rilievo planetario tutti gli Stati muniti di una capacità di influenza, rappresenta altro tipico esempio di ostacolo alla creazione di risposte istituzionali adeguate alla scala territoriale degli eventi bisognosi di controllo».

non necessariamente consente di chiarire processi e strutture visibili su diversa scala, emergenti ad altro livello di organizzazione.

Quindi la teoria delle scale consente di inquadrare il problema della non coincidenza tra sistema e sub-sistemi, poichè nulla assicura la rassomiglianza tra le leggi di comportamento di un livello aggregato del sistema e quelle valide per le sue componenti, di livello più basso. Proprio in materia ambientale, a dispetto della rilevanza crescente degli accadimenti globali nel tempo e nello spazio, la scala d'accesso alle informazioni ecologiche è il più delle volte limitata o, quantomeno, a misura d'osservatore umano. Ciò, se da un lato comporta l'insufficienza della teoria in questione a condurre da sola ad un esito positivo l'indagine sul livello ottimale di allocazione delle funzioni, consente di comprendere che la complessità che caratterizza lo specifico bene in oggetto non permette di comprimere l'informazione, sicchè viene meno l'illusione di poter selezionare una sola scala d'analisi.

Posto che le funzioni e la struttura dei paesaggi e degli ecosistemi nascono dall'azione reciproca di entità e di processi che operano su scale di tempo e di spazio multiple, il disegno degli apparati, delle competenze, dei procedimenti amministrativi

dovrebbe coerentemente riprodurre varietà e ridondanza¹⁸⁷. La letteratura sistemica avverte che per rispondere alla complessità occorre un grado proporzionato di complessità¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Così in M. CAFAGNO, che ricostruisce anche il tema del soggetto idoneo ad esercitare le funzioni di regolazione dei fenomeni ambientali alla scala delle informazioni acquisibili da porre alla base delle decisioni.

¹⁸⁸ E. OSTROM, *Designing Complexity to Govern Complexity*, in AA. VV., *Property Rights and the Environment: Social and Ecological Issues*, a cura di S. HANNA, M.MUNASINGHE, The Beijer International Institute of Ecological Economics and the World Bank, Washington, D.C., USA, 1995, p. 33 ss.; E. OSTROM, *Scales, Polycentricity, and Incentives: Designing Complexity to Govern Complexity*, in AA. VV., *Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies*, a cura di D. L. GURUSWAMY, J. A.MCNEELY, , 1998, p. 149 ss.; ID., *Understanding Institutional Diversity*, cit., *passim*; T. DIETZ, E. OSTROM, P.C. STERN, *The Struggle to Govern the commons*, cit., p. 1907

Ne deriva quindi che anche la possibilità di scomporre il bene ambiente complessivo in sub sistemi, non consente di individuare il soggetto idoneo in assenza di conoscenza in ordine ai legami tra tali sub sistemi, o di un adeguato livello di complessità che tagli trasversalmente scale diverse.

Il dilemma può essere semplificato, avvicinandosi ad una forma di regolazione istituzionale adeguata, applicando quindi due ulteriori principi che sono ormai acquisiti al patrimonio dell'ordinamento.

Il primo di essi è il principio di leale collaborazione tra livelli territoriali di governo.

Si deduce che se ogni parte ed ogni variabile dell'ecosistema e del territorio fosse egualmente importante in ogni situazione e fosse legata ad ogni altra con la medesima intensità, il disegno degli apparati e dei processi decisionali dovrebbe assecondare criteri di drastico accentramento, giacchè ogni intervento istituzionale dovrebbe tener simultaneamente conto di tutti i parametri del sistema.

Se invece la composizione su scale del sistema fosse applicabile in toto, varrebbe il criterio opposto ed il disegno istituzionale sarebbe alternativamente autorizzato ad ispirarsi a criteri di completo decentramento.

Accogliendo l'analisi della teoria delle scale per cui l'ambiente naturale è un sistema semi-scomponibili, e dando per acquisita la natura complessa del sistema, se ne deduce che quindi sarebbe sbagliato pretendere di individuare un'unica possibile scala geografica appropriata delle funzioni di governo e protezione dell'ambiente. Le scale, le dimensioni, anche territoriali, sono necessariamente multiple. La formula più corretta per inquadrare il disegno

ss., M. A. JANSSEN, *Evolution of Institutional Rules: An Immune System Perspective*, in *Complexity*, 2005, vol. 11, n. 1, p. 16 ss.

istituzionale per la gestione delle risorse naturali è quindi quella policentrica, o multilivello¹⁸⁹.

E infatti sia i dettami europei che le regole costituzionali di assegnazione dei poteri legislativi, aderiscono a tale impostazione.

La chiave di volta che assicura una possibile coerenza al sistema di competenze che ne deriva è costituita dalle tecniche di coordinamento dei livelli di competenza¹⁹⁰. Coerente allo schema policentrico ed al criterio di condivisione delle responsabilità è il valore di chiusura che la giurisprudenza costituzionale assegna al principio di leale cooperazione¹⁹¹.

¹⁸⁹ R. FERRARA, *L'organizzazione amministrativa dell'ambiente: i soggetti istituzionali*, in R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, Bari, 2005, 135; ID., *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella "società del rischio"*, in AA. VV., *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, cit., p. 355 e nota 28, ove si richiama il libro bianco della Commissione europea sulla *governance*; M.MCGINNIS, E. OSTROM, *Design Principles for Local and Global Commons*, in AA. VV., *The International Political Economy and International Institutions*, vol. II, a cura di O. YOUNG, Cheltenham, UK, 1996, p. 464 ss.; E. OSTROM, *Understanding Institutional Diversity*, cit. - cap. IX, in part., intitolato appunto *Robust Resource Governance in Polycentric Institutions* - p. 255 ss.; in una prospettiva diversa, ma per certi aspetti complementare a quella sinora considerata, la Sentenza della Corte 284/2006, depositata in cancelleria il 14 luglio 2006, in tema di impianti di termovalorizzazione, smaltimento e stoccaggio dei rifiuti, descrive come "policentrico" «il modello di organizzazione della protezione civile definito dalla legge 24 febbraio 1992, n. 225, intendendo che le competenze e le relative responsabilità sono state ripartite tra i diversi livelli istituzionali di governo in relazione alle seguenti tipologie di eventi [...]: eventi da fronteggiare mediante interventi attuabili dagli enti e dalle amministrazioni competenti in via ordinaria [...]; eventi che impongono l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria [...]; calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità o estensione, richiedono mezzi e poteri straordinari».

¹⁹⁰ A tale assunto si accompagna la tendenziale ricostruzione delle forme di regolazione tra livelli differenti strutturate sui due principi complementari dell'azione unitaria del livello superiore e della tutela più rigorosa del livello inferiore.

¹⁹¹ Tra le molte, Corte costituzionale, 16 luglio 2004, n. 227, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 1932; Corte costituzionale, 20 gennaio 2004, n. 27, in *Giur. cost.*, 2004, p. 1; Corte costituzionale, 1 ottobre 2003, n. 303, cit.; Corte costituzionale, 28 marzo 2003, n. 96, in *Raginsan*, 2003, p. 229; Corte costituzionale, 18 ottobre 2002, n. 422, in *Giur. cost.*, 2002, p. 3196; Corte costituzionale, 25 ottobre 2000, n. 437, in *Urbanistica e appalti*, 2001, p. 147 con nota di Q. CAMERLENGO, *La tutela del paesaggio tra leale cooperazione e giusto procedimento*; Corte costituzionale, 16 luglio 1999, n. 311, in *Cons. Stato*, 1999, II, p. 1016; Corte costituzionale, 23 luglio 1997, n. 271, in *Foro it.*, 1997, I, c. 3097; Corte costituzionale, 27 luglio 1992, n. 366, in *Dir. E giur.* 1993, p. 260; Corte costituzionale, 26 febbraio 1990, n. 85, in *Cons. Stato*, 1990, II, 268; Corte costituzionale, 9 marzo 1989, n. 101, in *Rass. giur. Enel*, 1989, p. 319; in dottrina, G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit. p. 1146 ss.; B. CARAVITA,

Se si rapporta tale dinamica alla separazione delle competenze su cui dottrina e giurisprudenza hanno concentrato maggiormente l'attenzione, si può notare come si giunga ad un a sorta di c.d. regionalismo cooperativo¹⁹², in cui i dispositivi di raccordo funzionali alla necessaria collaborazione tra Stato e Regioni possono assumere forme diverse: dal dovere minimo di mutua informazione, all'obbligo della preventiva acquisizione di pareri o di atti consultivi, sino ai meccanismi concertativi e dell'intesa.

Tale approdo nella costruzione delle istituzioni necessarie alla gestione del bene ambiente e delle risorse che lo compongono deriva dalla consapevolezza che nel governo dei *commons*, il controllo dei fenomeni prodotti dall'interazione di livelli strutturali diversi dell'ecosistema postula la coordinazione delle istituzioni che operano alle corrispondenti scale. D'altra parte anche tale assetto deve ritenersi non definitivo. Dal momento che materialmente nessuna istituzione può raccogliere e digerire - in unica sede ed in unica soluzione - l'enorme mole di informazione occorrente alle decisioni e che nessuna determinazione potrà mai essere assunta con approccio unilaterale, in un sistema oggetto di fruizione comune, è da ritenere plausibile che ad una

Diritto dell'ambiente, cit., p. 104 ss. Non pare inutile ricordare che l'art. 120 della Costituzione, nella versione modificata, reca oggi un riferimento testuale al principio, laddove incarica il legislatore ordinario di regolare le procedure funzionali all'esercizio dei poteri sostitutivi del Governo secondo criteri di sussidiarietà e di leale cooperazione. In argomento, con specifico riferimento al settore dell'ambiente, A. GRATANI, *L'esercizio del potere sostitutivo e il riparto di competenze nel diritto comunitario ambientale: le pronunce della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2004, 3-4, p. 527 ss.

¹⁹²A. G. ARABIA, *La Corte "incoraggia" la collaborazione Stato-Regioni*, in *Riv. giur. Ambiente*, 1996, 5, p. 651; A. BALDASSARRE, *Rapporti tra Regione e Governo: i dilemmi del regionalismo*, in *Le Regioni*, 1983, p. 43 ss.; S. BARTOLE, *La Corte Costituzionale e la ricerca di un contemperamento fra supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 1988, p. 563 ss.; M. CECCHETTI, *La Corte ed il modello di rapporto tra Stato e Regioni con particolare riferimento alla tutela dell'ambiente: il contributo della sentenza n. 116/94*, in *Riv. giur. Ambiente*, 1995, 1, 74; E. CHELI, *Modello di Stato regionale e giurisprudenza costituzionale*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Milano, 1993, p. 67 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il regime di tutela delle bellezze naturali alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali e delle innovazioni normative*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2001, 5, p. 657.

maturazione o spostamento delle capacità cognitive di un dato livello istituzionale rispetto ad un a singola risorsa o ad un bene complesso corrisponderà l'attribuzione di nuove e diverse competenze.

Un ultimo accenno può essere speso sulla dimensione trasversale delle competenze che vengono attribuite ai soggetti pubblici individuati sulla base delle considerazioni precedenti.

Senza poter approfondire in questa sede, si noti che la problematica della difficoltà di individuazione del livello adeguato dei poteri sui beni ha permeato anche la natura stessa degli interventi normativi e amministrativi su di essi. Vige infatti quale cardine dell'impostazione comunitaria in materia ambientale, il principio di integrazione, che impone di considerare il fattore di incidenza ambientale in ogni politica adottata. In questo senso infatti, all'impossibilità di stabilire una volta per tutte quale sia il soggetto depositario dell'interesse ambientale si contrappone la necessità di integrazione diffusa nelle azioni che hanno ad oggetto gli altri beni che potrebbero incidere su quello ambientale¹⁹³.

¹⁹³ L'art. 6 TCE stabilisce che «le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie [...], in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile». La norma invita la Comunità a contemperare le finalità di protezione ambientale con i diversi obiettivi perseguiti da ogni politica comune. Secondo M. Cafagno, op. cit, p. 219 «per quanto l'art. 6 conservi un significato programmatico - che non preconstituisce rigidamente l'importanza relativa delle istanze di salvaguardia dell'ambiente, ma più semplicemente assicura loro uno spazio valutativo, in fase ideativa quanto attuativa di ogni altra politica, rimettendo la cernita degli strumenti adatti allo scopo e l'opera di bilanciamento tra obiettivi ed interessi contrapposti a scelte che restano ampiamente discrezionali - la dottrina ha suggerito di pensare al canone di integrazione come all'architrave dell'intero edificio dei principi europei in tema di ambiente. La disposizione del Trattato pone l'accento sull'armonizzazione con le altre politiche, ma è possibile intravedere nel principio di integrazione una formula riassuntiva dell'essenza medesima del diritto ambientale. In ultima analisi, questo settore dell'ordinamento non si limita a prescrivere, ma è esso stesso, nel suo insieme, un dispositivo di integrazione, che raduna istituti e schemi organizzativi volti a ripristinare la rispondenza della scala delle scelte e delle responsabilità umane alla scala dei processi ambientali, nel tempo, nello spazio, sul piano funzionale. Una volta configurati ambiente e paesaggio come *commons*, come sistemi a fruizione condivisa, "allineare le scale" significa precisamente imprimere, al raziocinio dell'integrazione, coordinate applicative sia verticali che orizzontali».

CAPITOLO IV

FORME E STRUMENTI DI TUTELA E GESTIONE DELLA RISORSA COMUNE TRA SCHEMI AUTORITATIVI E STRUMENTI DI MERCATO.

4.1 Quale funzione pubblica? La regolazione dell'accesso alle risorse tra autorità e mercato. - 4.2 I vincoli. Conformazione pubblica di beni privati a fini di tutela ambientale. - 4.3 La proprietà pubblica come strumento. Demanio e concessioni nell'ottica di tutela delle utilità collettive. - 4.4 Il mercato indotto

4.1 Quale funzione pubblica? La regolazione dell'accesso alle risorse tra autorità e mercato.

L'analisi richiede quindi di concentrare ora l'attenzione su quale sia l'effetto dell'interesse ambientale e della natura di beni "comuni" delle risorse naturali sulla stessa funzione pubblica di tutela.

E' evidente, infatti, che, una volta posto quale obiettivo dell'ordinamento quello di perseguire un fine di tutela ambientale attraverso la corretta gestione e disposizione dei beni, bisogna delineare quale sia la forma di tutela più adeguata allo scopo.

Ma la forma di tutela si declina in diversi strumenti a disposizione del soggetto pubblico, tanto da rendere opportuna una riflessione sul cambiamento che l'interesse ambientale ha introdotto nel novero degli strumenti a disposizione per regolare i beni in questione.

Si è visto come le risorse naturali possano essere considerate quali *commons* nella prospettiva economica. Questo dato consente di attingere alla teoria economica, ed alle elaborazioni degli studiosi di diritto che si sono posti sul crinale di approfondimento a cavallo tra le due discipline, per individuare quale debba essere il ruolo del soggetto pubblico nella gestione di tali beni.

Trattare degli strumenti di tutela significa infatti in primo luogo interrogarsi sul ruolo che il detentore di essi assume rispetto ai beni incisi ed ai destinatari delle scelte compiute.

Le caratteristiche di libera accessibilità, fruizione collettiva delle utilità ma rivalità nel consumo di una risorsa scarsa, impongono un ripensamento del ruolo classico di tipo proprietario.

Si è visto come, dallo schema delle proprietà collettive in poi, all'appannarsi del profilo dominicale abbia fatto riscontro l'emersione di un

interesse che trascende il soggetto pubblico e che permea le possibili scelte riguardo ai beni, ovvero l'interesse ambientale. Le risorse naturali, infatti, collocandosi in prospettiva sistemica, limitano le possibilità di disposizione, in quanto non consentono quelle modifiche sui beni che possono incidere negativamente sul sistema complessivo.

In questo quadro, il ruolo del garante delle utilità collettive, che si è visto attagliarsi al soggetto pubblico, lentamente muta forma e prerogative.

Secondo un approccio economico, si potrebbe dire che è necessario avvicinare le forme e gli strumenti di gestione dei beni in questione al livello ottimale di efficienza nella distribuzione delle utilità. Con riferimento alle risorse naturali, tuttavia, il quadro è complicato proprio dalla natura di tali utilità, che sono collettive, a fruizione condivisa, e moltiplicate su livelli diversi, quello dell'utilizzazione individuale da un lato, e dell'interesse ambientale dall'altro.

Quando determinati beni sono liberamente accessibili, secondo l'analisi economica del diritto, si verifica una condizione simile a quella descritta nel «dilemma del prigioniero»: sono le condotte non cooperative che prevalgono. Tutti, ad esempio, tendono a tirare al proprio amo il maggior numero possibile di pesci, a cacciare la fauna nei boschi e a sfruttare gli altri beni della foresta; ma così facendo determinano la progressiva scomparsa delle risorse¹⁹⁴. È questo il quadro in cui lo studio di Hardin ha individuato la «tragedia dei comuni». Questa si determina ogni volta che il libero sfruttamento dei beni collettivi genera fenomeni di 'sovraconsumo' che conducono al deperimento delle risorse.

¹⁹⁴ H. SCOTT GORDON, *The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery*, in *J. Pol. Econ.*, 62, 1954, pp. 124 ss.; A. SCOTT, *The Fishery: The Objectives of Sole Ownership*, in *J. Pol. Econ.*, 62, 1955, pp. 116 ss.; H. DEMSETZ, *Toward a Theory of Property Rights*, in *American Economic Rev.*, 57, 1967, pp. 347 ss.

Il ruolo pubblico si posiziona quindi secondo questa prospettiva quale schermo e regola nel limitare il libero accesso e lo sfruttamento indiscriminato delle risorse¹⁹⁵.

Lo stesso Hardin, del resto, con riguardo ai grandi parchi nazionali e all'inquinamento dell'aria, suggeriva come forma più diretta per garantire tale posizione di controllo la proprietà pubblica, privilegiando una regolamentazione amministrativa caratterizzata strumenti di c.d. *command and control*, ovvero di tipo autoritativo¹⁹⁶.

Ciò, come noto,, non ha riscosso consenso unanime da parte degli studiosi dell'efficienza economica delle scelte pubbliche, poiché si è affermato¹⁹⁷ che solo la ripartizione dei beni comuni e la loro assegnazione *pro quota* ai singoli in regime di proprietà privata, infatti, avrebbe potuto garantire che tutti “internalizzassero” interessi ed effetti esterni sulle risorse, come ad esempio le necessità di tutela ambientale. Secondo questa linea di pensiero, individuata con la c.d scuola di Chicago, anche laddove determinati beni costituiscono risorse scarse in natura, i pubblici poteri devono rinunciare a qualsiasi funzione gestoria e programmatica.

Secondo questa seconda impostazione, quindi, per garantire che le utilità offerte dai beni comuni possano essere sfruttate appieno, il compito del soggetto pubblico dovrebbe limitarsi a definire in modo chiaro e univoco i diritti spettanti ai privati su quei beni e rimettere l'allocazione delle risorse al funzionamento dei meccanismi di mercato. Tale impostazione, figlia

¹⁹⁵ G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 1968, pp. 1243 ss.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 1246-1247, nonostante lo stesso Hardin non lesinasse commenti critici in ordine al modo di operare del diritto amministrativo («rightly feared for an ancient reason – *Quis custodiet ipsos custodes?*»)

¹⁹⁷ Ad esempio, M.C. BLUMM, *Public Choice Theory and The Public Lands: Why «Multiple Use» Failed*, in *Harvard Environmental Law Review*, 18, 1994, pp. 405 ss.; D.A. DANA, *Overcoming the Political Tragedy of the Commons: Lessons Learned from the Reauthorization of the Magnuson Act*, in *Ecology Law Quarterly*, 24, 1997, pp. 833 ss.; E.C. PENNING-ROWSELL, *A «Tragedy of The Commons»? Perceptions of Managing Recreation on the River Wye, U.K.*, in *Natural Resources J.*, 34, 1994, pp. 629 ss.

dell'insofferenza liberista al ruolo pubblico tipica delle società ad economia capitalistica accentuata, ha condotto ad ipotizzare la privatizzazione delle foreste, dei quartieri e dei vicinati, persino degli oceani¹⁹⁸. Da questo approccio nasce inoltre la costruzione di un complesso sistema di commercializzazione dei diritti di inquinamento, che dagli Stati Uniti si è poi esteso a livello internazionale¹⁹⁹.

Senza potere in questa sede dare conto di tutto il dibattito di analisi economica del diritto sull'efficienza degli istituti giuridici di intervento e regolazione del mercato, si noti come entrambi gli assunti appena esposti hanno sposato in realtà un prospettiva limitata.

I tradizionali argomenti in favore della proprietà pubblica hanno solide basi non soltanto normative, ma anche economiche²⁰⁰.

La proprietà pubblica infatti, ha un risvolto efficiente sia per i beni naturali caratterizzati da abbondanza e illimitatezza (dal mare all'aria), sia per i beni segnati da 'fallimenti del mercato', per i quali, peraltro, anche eventuali accordi collettivi sono difficili da sottoscrivere e da osservare²⁰¹.

¹⁹⁸ Tra gli altri, M. Markels Jr., *Fishing for Markets: Regulation and Ocean Farming*, in *Regulation*, 18, 1995, pp. 73 ss.; R.L. Stroup, *Privatizing Public Lands: Market Solutions to Economic and Environmental Problems*, in *Pub. Land and Resources L. Rev.*, 79, 1998, pp. 79 ss.; R.H. Nelson, *Privatizing the Neighborhood: A Proposal to Replace Zoning with Private Collective Property Right to Existing Neighborhoods*, in *Geo. Mason L. Rev.*, 7, 1999, pp. 827 ss.; R.Q. Grafton, D. Squires e K.J. Fox, *Private Property and Economic Efficiency: A Study of a Common-Pool Resource*, in *J. Law and Economics*, 43, 2000, pp. 679 ss.

¹⁹⁹ Tra gli altri, T.R. Lewis e D. Sappington, *Using Markets to Allocate Pollution Permits and Other Scarce Resource Rights Under Limited Information*, in *J. of Public Economics*, 57, 1995, pp. 431 ss.; M.D. Driesen, *Is Emission Trading an economic incentive Program?*, in *Washington and Lee Law Rev.*, 55, 1998, pp. 289 ss.; da ultimo, J.W. Ely Jr., *Property Rights and Environmental Regulation: The Case for Compensation*, in *Hav. J.L. and Pub. Policy*, 28, 2004, pp. 52 ss.; J.P. Byrne, *Property and Environment: Thoughts on an Evolving Relationship*, *ivi*, pp. 679 ss. Nella letteratura italiana, per un quadro di sintesi, A. Musu, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Bologna, 2000, pp. 13 ss.

²⁰⁰ Come ricorda G.NAPOLITANO, facendo riportando le considerazioni della c.d. scuola neo-comunitaria

²⁰¹ Tra gli altri, R. Strouop e J. Baden, *Externality, Property Rights, and the Management of Our National Forests*, in *J.L. and Econ.*, 16, 1973, pp. 303 ss.; M. Sagoff, *Economic Theory and Environmental Law*, in *Mich. L. Rev.*, 79, 1981, pp. 1393 ss.

È quindi normale che sia rimesso al potere pubblico il compito di regolatore di determinati beni in veste proprietaria²⁰².

Si fa notare in dottrina²⁰³ come molti beni comuni possano essere liberamente accessibili al pubblico senza che ciò ne diminuisca l'efficienza e che lo stesso benessere sociale può risultare accresciuto dall'uso simultaneo e diffuso di beni²⁰⁴.

Del resto, la teoria della proprietà collettiva corrisponde in sostanza a questa impostazione.

Come si è visto in precedenza, M.S. Giannini aveva posto l'attenzione sulle utilità, anche non economiche, ed sul ruolo del godimento collettivo di esse²⁰⁵, e ciò ha ispirato gran parte degli interventi normativi successivi; si pensi ad esempio al passaggio di determinati beni dal regime comune del libero consumo a quello del dominio pubblico, con conseguente assoggettamento a poteri amministrativi di programmazione e controllo²⁰⁶, oppure, come si vedrà,

²⁰² La storia dell'*Homestead Act*, cioè di come il governo 'bruciò' il valore delle terre pubbliche, fornisce un'ulteriore dimostrazione del perché «trasformare le cose in beni posseduti a titolo di proprietà privata non costituisca sempre una buona idea» D. Friedman, *Mio, tuo, nostro*, cit., p. 232.

²⁰³ G.NAPOLITANO, *I beni pubblici e le «tragedie dell'interesse comune»*, IN *Invertire la rotta*, op. cit., M.CAFAGNO, Strumenti.op. cit.

²⁰⁴ L'esperienza storica, d'altra parte, dimostra che il corretto uso di tali beni può essere assicurato da regole morali o consuetudinarie, anche senza l'intervento dello Stato quale proprietario del bene E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990, pp. 182 ss.; Id., *Private and Common Property Rights*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, Cheltenham, 2000, II, pp. 332 ss. Si parla in proposito di un esito non tragico dei comuni, di "commedia dei commons", C. ROSE, *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 53, 1986, pp. 711 ss.

²⁰⁵ M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., pp. 34-35.

²⁰⁶ In proposito, le trasformazioni più significative riguardano la fauna e le risorse ittiche. Il t.u. delle leggi sulla caccia del 1939 aveva sancito il principio di libertà del diritto di caccia per tutti i cittadini, concependo tale diritto quale espressione di un diritto soggettivo assoluto del singolo. Allo stesso tempo, il codice civile del 1942 qualificava la selvaggina come *res nullius*, oggetto di libera appropriazione privata da parte di tutti coloro che esercitavano l'attività venatoria. La tragedia dei comuni che investe le risorse faunistiche spinge il legislatore a modificare radicalmente tale assetto: la l. 968/1977 e la l. 157/1992 includono la fauna selvatica tra i beni del patrimonio indisponibile dello Stato, sottolineando che essa è «tutelata nell'interesse della comunità nazionale ed internazionale». Varie norme affidano, quindi, alle amministrazioni

alle recenti qualificazioni del bene come risorsa «salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà»²⁰⁷.

Ciò che caratterizza tale impostazione, peraltro supportata da conferme nella disciplina positiva tutt'ora vigente, è che all'imputazione pubblica del bene corrisponde una posizione autoritativa del soggetto pubblico, secondo meccanismi di c.d. *command and control*²⁰⁸. Tuttavia l'impostazione autoritativa porge il fianco a critiche perché non è in grado di farsi carico del peso della prospettiva intergenerazionale e sovranazionale, sul cui fondamento, si è visto, si sono concentrate le concezioni volte a inquadrare le risorse comuni in una categoria autonoma di beni. L'analisi dei fenomeni di sovraconsumo, prima citati, induce così ad accogliere le critiche a tale approccio come unico possibile per la gestione di tali beni.

Ma anche la prospettiva opposta di recessività totale del soggetto pubblico, non può non generare difficoltà di analogia portata, non solo sotto il profilo della regolazione giuridica, ma anche sotto quello della efficienza economica.

E infatti l'ipotetico passaggio dei beni dal dominio pubblico o collettivo a quello privato può determinare quella che simmetricamente viene definita la «tragedia degli anticomuni», ovvero la situazione in cui più soggetti dispongono del potere di impedire l'esercizio delle prerogative dominicali su un dato bene.

pubbliche centrali e regionali il compito di disciplinare l'esercizio dell'attività venatoria sottoponendolo al previo rilascio di una licenza (in relazione alla verifica dei requisiti soggettivi) – concessione (in relazione all'appropriazione del bene). Analoga evoluzione conosce il regime della pesca. Nel r.d. del 1931, le risorse ittiche erano anch'esse considerate *res nullius* oggetto del libero *ius piscandi* di ciascun cittadino. La constatazione del progressivo depauperamento delle risorse induce ad allargare l'ambito del demanio marittimo fino a ricomprendervi le risorse ittiche. L'attività di pesca inoltre è sottoposta ad una complessa disciplina in un funzione di programmazione e di controllo.

²⁰⁷ Così, ad esempio, l'art. 1, l. 36/1994, con riferimento alle acque pubbliche.

²⁰⁸ In questa prospettiva, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, nuova ed., Bologna, 1995, pp. 98 ss.

Ciò determina posizioni di rendita e la frammentazione dei beni, conducendo a un 'sottoutilizzo' delle risorse e, dunque, a risultati palesemente inefficienti²⁰⁹.

Parafrasando l'analisi economica del fenomeno, si potrebbe semplificare il processo secondo la prospettiva degli interessi, dal momento che la frammentazione dei beni in piccole proprietà private introduce e massimizza la possibilità di incidenza di interessi particolari, moltiplicando i poteri di veto e i diritti di interferenza che impediscono uno sfruttamento razionale delle risorse²¹⁰.

Sono molti gli ambiti in cui la teoria degli *anticommons* ha ricevuto significative applicazioni, anche in campi distanti da quelli dei beni pubblici tradizionalmente intesi, come quello della proprietà intellettuale. Con riguardo invece proprio ai beni pubblici 'in transizione verso il mercato', la teoria degli *anticommons* è stata proposta con riguardo alla disciplina delle reti di telecomunicazioni e dello spettro elettromagnetico, aprendo una prospettiva

²⁰⁹ Nell'impostazione di M.A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons*, cit., pp. 622 ss. spec. pp. 668 ss., anche per la sottolineatura delle differenze con la precedente definizione di *anticommon* elaborata da F.I. MICHELMAN, *Ethics, Economics and the Law of Property*, in *Nomos*, 24, 1982, 3, pp. 9 ss.; sul carattere perfettamente simmetrico delle due tragedie e sul ritardo dell'analisi economica nell'occuparsi della seconda, J.M. BUCHANAN E YONG J. YOON, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, in *Journal of Law and Economics*, 43, 1, 2000, pp. 1 ss.

²¹⁰ Fa notare G.NAPOLITANO, op. cit., come «Inoltre, una volta che i beni pubblici diventano oggetto di una pluralità di prerogative amministrative e di diritti privati, è molto difficile intervenire nuovamente per riaggregare i diritti di proprietà. Assegnati i diversi *entitlements* creati dal processo di privatizzazione, le istituzioni pubbliche e i gruppi privati che ne hanno beneficiato si coalizzano per bloccare qualsiasi riforma: con il risultato di arrestare il passaggio verso forme più razionali di proprietà privata e di sprecare risorse scarse». Sulla stessa linea di pensiero, A.PRETTO-SAKMANN, *Il Tevere come il Danubio? Le ansie della privatizzazione*, in *Invertire la rotta*, op. cit., fa notare come «qualunque forma di partecipazione privata alla gestione della cosa pubblica venga alla fine preferita, occorre evitare l'esito poco soddisfacente del sottosfruttamento che conseguirebbe alla parcellizzazione eccessiva dell'accesso al bene. Basta ricordarsi che l'acqua del Danubio, travasata in catini, non giovava granché alla navigazione di due secoli fa. Tanto meno vi gioverebbe adesso».

innovativa rispetto alle rappresentazioni correnti del problema dei beni ad uso comune o ripartito del mercato²¹¹.

Si potrebbe tuttavia traslare la critica alla frammentazione anche sul versante delle competenze e funzioni pubbliche. Se attribuite a una pluralità di soggetti, vi è il rischio di sottoutilizzo delle risorse in corrispondenza di potenziali poteri di veto all'esercizio delle prerogative imprenditoriali o dominicali sul bene²¹². In tutti questi casi, regioni ed enti locali possono considerarsi come monopolisti di beni complementari, in una situazione simile a quella che si determinerebbe se più soggetti avessero il potere di subordinare la navigazione su un fiume al pagamento di un pedaggio per il tratto di rispettiva competenza²¹³.

Entrambi gli approcci, sia quello pan pubblicistico che quello panprivatistico, presentano pregi e difetti, e considerate isolatamente rispondono ad esigenze di tipo differente.

La pur avvertita complementarità delle due visioni è però spesso contraddetta dal fatto che proprietà pubblica e privata sono considerate come effettivamente alternative a seconda delle diverse caratteristiche economiche dei beni²¹⁴.

²¹¹ Per un quadro problematico, G. CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, cit., pp. 29 ss.; si veda anche B. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, ivi, pp. 333 ss.

²¹² Sul rischio di «regulatory anticommons», M.A. HELLER, «*Minima cura si maxima vis*»: *The Key to the Anticommons*, intervento al Convegno dell'Accademia nazionale dei Lincei, 6 giugno 2006, cit.; ma le semplificazioni insite in questo tipo di ragionamento ben emergono dal tono della denuncia di J.M. BUCHANAN E YONG J. YOON, *Simmetric Tragedies*, cit., ove si lamenta, a seguito di una diretta testimonianza degli autori, che in Sardegna la costituzione di una grande riserva privata di caccia sia sottoposta all'assenso di più pubbliche amministrazioni, che finiscono per rallentare lo svolgimento di un'attività privata redditizia.

²¹³ Così ancora, Napolitano, che cita J.M. BUCHANAN E YONG J. YOON, *Simmetric Tragedies*, cit.; nella letteratura italiana, E. Baffi, *Gli «anticommons»*, cit., p. 457.

²¹⁴ Per tutti, R.D. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi e T.S. Ulen, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999.

Una prospettiva liberista, come visto in precedenza, potrebbe spingere verso una soluzione del sovraconsumo in termini di attribuzione di prerogative proprietarie frammentate.

Una prospettiva pubblica potrebbe invece risolvere il problema opposto.

D'altra parte, i casi di fallimento del mercato, che hanno legittimato nella letteratura economica l'intervento pubblico, ricorrono quando vi sono «beni pubblici puri», perché non rivali e non escludibili nel consumo, quando il bene è scarso o unico, costituendo così un potere di mercato in capo a chi lo detiene, oppure quando il suo uso genera esternalità positive o negative.

L'analisi economica del diritto, tuttavia, evidenzia che i 'fallimenti del mercato' sono relativi e contingenti. In secondo luogo, pone in questione qualsiasi pregiudiziale fiducia circa la capacità dell'intervento pubblico di porre rimedio ai 'fallimenti del mercato' senza ingenerare a sua volta "fallimenti del governo". Lo Stato infatti può non essere in grado di ottenere tutte le informazioni necessarie circa il valore che i cittadini assegnano alla proprietà pubblica di determinati beni e i costi della relativa manutenzione che essi sono disponibili a sostenere e le sue decisioni possono essere falsate da un processo politico finalizzato alla massimizzazione non del benessere sociale, ma di quello individuale di chi le assume.

Il problema che su tale assetto è condotto alla riflessione giuridica dalla natura dei beni considerati è quello dell'adeguatezza degli strumenti da adottare per mantenere gli usi delle singole risorse nei binari del rispetto dell'interesse all'ambiente, e quindi del bene giuridico complessivo.

L'elemento di complessità è dato sempre dal differente piano su cui si collocano gli interventi e gli effetti. Se gli interventi si pongono sul piano delle risorse, e quindi dei beni, gli effetti sono soggetti a quella catena di

interrelazioni non del tutto prevedibili che è stata ascritta tra le caratteristiche proprie del sistema ambiente.

Ciò introduce e rafforza il valore dell'informazione. E' questo il parametro che l'analisi economica pone al centro della riflessione per criticare sia l'approccio rivolto esclusivamente al ruolo autoritativo del soggetto pubblico che all'approccio esclusivamente di mercato.

L'informazione occorrente alle decisioni è infatti dispersa e distribuita in modo discontinuo e sbilanciato, nella società civile come nelle istituzioni²¹⁵.

Allo stesso tempo, la natura diffusa degli effetti del degrado ambientale e le connesse difficoltà di isolamento delle relative cause favoriscono la

²¹⁵ In realtà la tematica è ancora più complessa. Il tema dell'informazione ai fini della decisione è stato tradizionalmente trattato con riferimento alle sole decisioni amministrative, nell'ambito del sindacato sulla decisione da parte del giudice: in questo senso la tematica è stata inserita nell'ambito della questione del vizio dell'eccesso di potere, sia come necessità di corrispondenza della decisione ai presupposti della situazione concreta, così come correttamente accertati dal soggetto chiamato a decidere; sia come elemento di prefigurazione delle possibili conseguenze della decisione, e quindi come parametro di ragionevolezza della decisione. Si pensi ad esempio alle potenzialità del principio di precauzione, ormai affermato nella legislazione comunitaria e assunto anche a parametro di valutazione delle decisioni.

Secondo F. DE LEONARDIS (*Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008) "l'analisi del diritto ambientale dimostra che contrariamente al trend attuale le controversie nelle quali si deduce il vizio di eccesso di potere tenderanno ad essere sempre più numerose: ed infatti mentre sono in crisi le norme la cui violazione comporta il vizio di "violazione di legge" e di "incompetenza" dall'altra sono in piena espansione le norme che regolano l'esercizio dell'autonomia da parte dell'amministrazione. In campo ambientale la problematica si arricchisce di una nuova dimensione, perché il fenomeno coinvolge non solo la decisione amministrativa, ma anche la legge. Infatti, la dimensione del fenomeno ambientale (che sempre più trascende i confini dello Stato nazionale) e la difficoltà legate ai limiti della scienza in ordine alla possibilità di determinazione degli effetti di una attività potenzialmente pericolosa (che fare? limitarla, favorirla oppure vietarla? si pensi agli organismi geneticamente modificati, o alle emissioni elettromagnetiche, ecc.), determinano "una sorta di amministrativizzazione del potere legislativo". Così F. De Leonardis secondo cui "se si guarda alla legislazione comunitaria e in particolare alle direttive si vede che grande spazio in esse hanno assunto i "considerando". Essi potrebbero essere considerati come la vera e propria parte motivazionale della direttiva in tutto e per tutto assimilabile ai "visti" e ai "considerato" che troviamo nei provvedimenti amministrativi. In tali "considerando" si ritrova proprio quella parte di analisi del fatto che non appare più come una caratteristica esclusiva del solo provvedere amministrativo. Il principio ex facto oritur ius si applica, quindi, non solo all'amministrazione e ai giudici, ma anche, e soprattutto, al legislatore attribuendosi anche ad esso il dovere di compiere una seria istruttoria per evitare di dettare regole arbitrarie".

preponderanza relativa di interessi antitetici, meglio localizzati e meglio rappresentati²¹⁶.

Le forme possibili di intervento pubblico nel fenomeno ambientale rispecchia una varietà di strumenti che incide sulle risorse.

Con la migliore dottrina che di recente ha analizzato il tema²¹⁷, si può rilevare come ad un polo delle soluzioni possibili si colloca l'approccio definito come "prevenzione specifica" (o collettiva), che consiste nel vietare, oppure nel limitare e regolare puntualmente, tramite decisioni collettive, attività giudicate potenzialmente pregiudizievoli.

All'altro polo si pone l'approccio di "prevenzione generale" (o di mercato), che impone che tutti i costi delle attività gravino su coloro che le esercitano, nella fiducia che tanto basti a scongiurare opzioni socialmente indesiderabili rispetto al bene complessivo.

In posizione intermedia operano gli strumenti di prevenzione mista, il cui funzionamento dipende da una combinazione di scelte collettive e di valutazioni di mercato.

In materia ambientale, al primo estremo corrispondono quindi gli strumenti di comando e controllo, caratterizzati da forte concentrazione del potere decisionale in capo alle istituzioni pubbliche.

In essi, la decisione è presa dal soggetto pubblico in posizione accentrata, ed il contributo dei cittadini e degli operatori privati alle decisioni è per lo più

²¹⁶ Così M. CAFAGNO, che riporta anche Cfr. D. W. PEARCE, R.K. TURNER, I. BATEMAN, *Economia ambientale*, cit. p. 111. E' ugualmente intuitivo che tale congenita debolezza degli interessi ambientali a sua volta genera un pericolo di attenuazione degli incentivi trasmessi alle istituzioni pubbliche preposte alla comparazione ed alle scelte.

²¹⁷ M. CAFAGNO, che riprende una impostazione di G. CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, cit., 15 ss. e *passim*; ID, *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in AA.VV., *Interpretazione giuridica e analisi economica*, cit., p. 497 ss.; per un'analisi degli strumenti di intervento in materia ambientale che ricalca questa partizione logica, M. BUCELLO, M. CAFAGNO, voce *Inquinamento*, cit., par. 5.

espresso nelle forme consentite dal sistema politico rappresentativo oppure, sul versante esecutivo, all'interno dei procedimenti amministrativi.

Al polo opposto corrispondono quelle soluzioni che comportano un arretramento quasi totale del soggetto pubblico, e rimettono la tutela delle risorse al gioco del mercato, che dovrebbe convogliare le esigenze e preferenze individuali degli operatori a convogliare e coincidere con quelle della collettività.

L'aspetto più interessante è tuttavia dato dalle soluzioni più recenti di posizionamento misto del soggetto pubblico, in cui lo strumento adottato nella regolazione delle risorse vede sia un momento di autoritatività che il libero esplicarsi delle logiche di mercato, secondo alchimie variabili.

D'altro canto, date le caratteristiche complesse dei beni considerati, che si pongono su livelli e dimensioni differenti ma connesse, si pone in modo critico l'accentramento del potere decisionale, che presuppone che l'apparato pubblico disponga di informazioni accurate, occorrenti all'elaborazione di vincoli e di *standard* convenientemente diversificati.

Inoltre, l'applicazione generalizzata di un vincolo uniforme che si ponga trasversalmente alle caratteristiche delle singole risorse e dei singoli luoghi minaccia di imporre sacrifici troppo alti ad alcuni ed impegni troppo blandi ad altri, in grado di ottenere il medesimo risultato con minor sforzo.

Riassumendo «rigidità e centralismo, la velleitaria illusione di poter dirigere ad una qualche predeterminabile armonia i processi ambientali, attraverso una calcolata e programmatica amministrazione delle singole risorse o dei comparti naturali, isolatamente considerati, la conseguente tendenza a fissare l'attenzione sulla stabilità degli ecosistemi, spesso a discapito della loro variabilità e resilienza - più per il fatto che condizioni di stabilità sono conciliabili con lo strumento istituzionale prescelto, che per la loro oggettiva

desiderabilità - in breve, un insieme di caratteristiche che sono precisamente antitetiche a quelle necessarie ad una gestione adattativa e flessibile, rende l'egemonia dell'approccio di comando e controllo non meno difettosa ed insoddisfacente, agli occhi dello studioso di ecologia, di quanto non lo sia per l'economista»²¹⁸.

A fronte di tale insufficienza di un approccio accentrato, l'ordinamento amministrativo ha progressivamente maturato opportuni correttivi sia sul versante delle regole generali di formazione dei procedimenti e dei provvedimenti sia elaborando e raffinando appositi istituti, accomunati dalla più chiara ispirazione a logiche sistemiche, di integrazione, sostenibilità, prevenzione e partecipazione. Tra di essi, la valutazione di impatto ambientale, la valutazione ambientale strategica, l'autorizzazione ambientale integrata²¹⁹.

Il soggetto pubblico quindi da un lato ha trasformato il suo modo di porsi in senso autoritativo, sposando un ventaglio di strumenti adeguati alla complessità dei beni sui quali incide.

Dall'altro lato, parallelamente, l'ordinamento ha iniziato a consentire l'accesso a strumenti di tipo economico, alla ricerca di proficue alleanze col mercato.

Tuttavia, anche in questo caso, un approccio acritico ed esclusivo non consentirebbe una tutela adeguata, poiché la presenza di margini di incertezza irriducibili incrina irrimediabilmente l'impianto ideale sul quale poggia il convincimento che un sistema di aggregazione delle preferenze individuali, basato sulla propensione al pagamento, valga a garantire scelte valide ed

²¹⁸ Così M. CAFAGNO, che riporta come rappresentativo dell'intero filone di pensiero è lo scritto di C. S. HOLLING, G.K. MEFFE, *Command and Control and the Pathology of Natural Resource Management*, cit., p. 328 ss.;

²¹⁹ Con riferimento a questi strumenti, che pure sono centrali della riflessione in materia di diritto dell'ambiente, consapevolmente in questa sede non si tratterà, poiché, nella selezione degli argomenti utili allo svolgimento del ragionamento sui beni, si è ritenuto che i profili autorizzatori potessero lasciare spazio a forme di vera e propria gestione delle risorse.

ottimali, anche sul piano collettivo. Infatti, a fronte della complessità ecosistemica, è difficile internalizzare nei processi di scambio costi e benefici ambientali e costruire per le risorse diritti comodamente negoziabili.

Dalla presa di coscienza dei limiti di entrambi gli approcci, se esclusivi, ne deriva la necessità del rispetto di un criterio di equità, intragenerazionale ed intergenerazionale che sfugge all'insufficienza informativa propria della visione accentrata, ma non collima neanche con l'impostazione economica di mercato che volge l'attenzione all'allocatione ma non alla rispondenza di tali assestamenti di utilità rispetto agli obiettivi di tutela sostenibile²²⁰.

A fronte dell'insufficienza di entrambe le soluzioni, singolarmente considerate, il differente livello su cui si pongono le risorse richiede una moltiplicazione di strumenti, rivolti a ipotesi di regolazione differenti, che a fronte della complessità del quadro di riferimento si caratterizzino per la rispondenza alla natura del bene di volta in volta da gestire.

Il ruolo del soggetto pubblico quindi si moltiplica, poiché, senza abbandonare del tutto la prospettiva accentrata di proprietario, o regolatore uniforme di standards, in molti casi arretra e si pone accanto al mercato, indicando i binari entro cui le scelte individuali sulle singole risorse debbono svolgersi per giungere al perseguimento dell'interesse di tutela del bene ambientale complessivo.

²²⁰ E' questa la prospettiva in cui si pone il filone di studi della *ecological economics*, su cui, tra i molti si veda H. E. DALY, J. FARLEY, *Ecological Economics*, Island Press, Washington, 2003,

4.2 I vincoli. Conformazione pubblica di beni privati a fini di tutela ambientale.

Appurato che il regime di appartenenza non è idoneo a descrivere le discipline delle risorse naturali, e che le utilità da esse assicurate sono in appropriabili a fini individuali, parimenti si è visto come le risorse siano in realtà sottoposte in quanto beni a regimi positivi differenti.

Scindendo quindi il piano dei beni da quello delle relative utilità, occorre constatare come l'utilità collettiva dei servizi ambientali possa essere danneggiata da atti di disposizione di singole risorse o di beni privati che direttamente accedono a quest'ultime.

Il bene ambiente complessivo, incide quindi sul corollario di prerogative del diritto di proprietà individuale, costituito dal diritto di godimento esclusivo e di disposizione. Rileva in effetti proprio il suo opposto²²¹, ovvero la giustificazione dei limiti alle facoltà di godimento spettanti al proprietario (privato o pubblico) in ragione d'interessi sovraordinati, come la libertà di concorrenza o, appunto, la tutela dell'ambiente.

Tra le varie sembianze che il ruolo pubblico assume nella protezione delle utilità collettive, vi è certamente quindi quella di potere conformativo della proprietà privata.

Ed in effetti già il disegno costituzionale, fortemente ispirato a fini di "utilità sociale", e quindi al principio di uguaglianza sostanziale di cui al secondo comma dell'art. 3, sembra snodarsi attraverso il ricorso a tre sistemi di possibile utilizzazione dei beni: l'attribuzione della proprietà allo Stato e agli altri enti pubblici; rendere la proprietà accessibile a tutti (art. 42, co. 2) e di favorire la piccola e medi proprietà (art. 44, co. 1); infine consentire la

²²¹ J.A.BOYLE, *The opposite of property*, in *Law & contemporary problems*, 2003, p. 29 e ss.

proprietà privata, in vista però della sua funzione sociale, e qui rilevano i vincoli imposti alla proprietà privata nell'interesse pubblico.

Lo strumento attraverso cui il soggetto pubblico limita il diritto di proprietà dei beni individuali ai fini collettivi è proprio il vincolo, che secondo alcuni è lo strumento giuridico «mediante il quale il bene oggetto di proprietà privata, torna ad essere, in relazione a certe utilizzazioni del bene stesso, in proprietà collettiva»²²².

L'ordinamento prevede molteplici vincoli conformativi della proprietà privata che si connotano per la sussistenza di un legame più o meno stretto con l'interesse ambientale. In questo senso, ed a questo proposito, la dottrina più recente ed avveduta ritiene possibile enucleare una vera e propria categoria dogmatica relativa ai cosiddetti "vincoli ambientali" che si caratterizzerebbe per l'esistenza di una serie di significativi tratti comuni²²³.

Generalmente, sono annoverati tra le limitazioni di natura ambientale i seguenti provvedimenti: i vincoli idrogeologici; i vincoli forestali; i vincoli per la tutela delle acque; i vincoli cd. naturalistici; i vincoli paesaggistici; i vincoli cd. indiretti o di completamento per la tutela dei beni culturali; i vincoli urbanistico-territoriali con finalità di tutela ambientale o paesaggistica.

Un carattere tendenzialmente comune ai vincoli testé richiamati è da rinvenirsi, anzitutto, nelle loro modalità di attuazione, che contemplano di norma tanto limitazioni dominicali di carattere assoluto, quanto di carattere relativo e che si articolano in provvedimenti amministrativi sia di carattere generale, sia di carattere puntuale.

I vincoli idrogeologici sono disciplinati, a livello statale, anzitutto dalla cd. legge forestale (r.d. 30 dicembre 1923, n. 3267), dal suo regolamento

²²² P.MADDALENA, op. cit. p.158.

²²³ M.RENNA, *Vincoli alla proprietà e diritto all'ambiente*, in AA. VV. *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, cit., p. 389 ss.

esecutivo (r.d. 16 maggio 1926, n. 1126), dall'art. 866 del codice civile, dagli artt. 66 e ss. del d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, dagli artt. 10 e 17 della legge sulla difesa del suolo 18 maggio 1989, n. 183 ed infine, in relazione alla bonifica dei terreni dall'art. 5 del r.d. 13 febbraio 1933, n. 215, e dall'art. 18 della legge 25 luglio 1952, n. 991. La finalità di tali limitazioni è, com'è noto, quella di salvaguardare la stabilità del terreno dai pericoli di frane, smottamenti e da tutti i rischi connessi ad uno scorretto uso delle acque. Tra gli strumenti impiegati in materia uno dei più rilevanti può senz'altro considerarsi il piano di bacino a difesa della tutela del suolo²²⁴. Alle medesime finalità mira il piano di bacino distrettuale che è lo strumento conoscitivo, normativo e tecnico- operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo ed alla corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato». Tra i contenuti del piano vi è «l'indicazione delle zone da assoggettare a speciali vincoli e prescrizioni in rapporto alle specifiche condizioni idrogeologiche, ai fini della conservazione del suolo, della tutela dell'ambiente e della prevenzione contro presumibili effetti dannosi di interventi antropici» (art. 65, lett. n), Codice dell'ambiente). In considerazione, quindi, delle specifiche condizioni idrogeologiche devono essere individuate le zone (ricadenti nel distretto idrografico cui il piano si riferisce) per le quali è necessario osservare, ad esempio nel costruire, determinate prescrizioni²²⁵.

²²⁴ In tema P. URBANI, *Le autorità di bacino di rilievo nazionale: pianificazione, regolazione e controllo nella difesa del suolo*, in *Riv. giur. edilizia*, 1995; G. GARZIA, *Difesa del suolo e vincoli di tutela*, Giuffrè, Milano, 2003

²²⁵ Il piano è elaborato dall'organo tecnico-gestionale dell'autorità di bacino, la conferenza operativa di servizi, ed è poi adottato dalla conferenza istituzionale permanente, organo di governo dell'autorità di bacino. Entrambi gli organi decidono a maggioranza dei componenti, ma quello che interessa notare è proprio la composizione di tali organi, essendo quest'ultima frutto di un compromesso tra interessi statali ed interessi regionali. La conferenza istituzionale è composta dai Ministri dell'ambiente e della tutela del territorio, delle infrastrutture e dei trasporti, delle attività produttive, delle politiche agricole e forestali, per la funzione pubblica,

L'art. 65 citato del Codice dell'ambiente stabilisce che le prescrizioni del piano di bacino «hanno carattere immediatamente vincolante per le amministrazioni ed enti pubblici, nonché per i soggetti privati, ove trattasi di prescrizioni dichiarate di tale efficacia dallo stesso Piano di bacino. In particolare, i piani e programmi di sviluppo socio-economico e di assetto ed uso del territorio devono essere coordinati, o comunque non in contrasto, con il Piano di bacino approvato»²²⁶.

I vincoli forestali, strettamente connessi per la loro natura a quelli idrogeologici, sono regolati, oltre che dalla normativa richiamata a proposito di questi ultimi, dall'art. 10 della legge-quadro sugli incendi dei boschi 21 novembre 2000, n. 353 (tra i provvedimenti più recenti in materia di foreste, si consideri pure il d.lgs. 18 maggio 2001, n. 227). Al pari dei vincoli idrogeologici, anche quelli forestali sono funzionali alla tutela della stabilità del suolo, con particolare riguardo, evidentemente, per i territori boschivi; inoltre, come specifico obiettivo delle limitazioni *de quibus*, occorre chiaramente individuare la salvaguardia in sé del patrimonio boschivo nazionale.

I vincoli per la tutela delle acque, la cui disciplina è dettata, tra l'altro, dal d. lgs. 152/1999, ora confluita nel d.lgs. 152/2006, sono notoriamente posti a presidio delle risorse idriche dall'inquinamento, con una particolare attenzione per le acque destinate al consumo umano.

I vincoli “naturalistici” sono regolati, tra l'altro, dalla legge-quadro sulle aree protette 6 dicembre 1991, n. 394, dagli artt. 77 e 78 del d.lgs. 31, marzo

per i beni e le attività culturali nonché dai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome il cui territorio è interessato dal distretto idrografico. La conferenza operativa è composta a sua volta dai rappresentanti (evidentemente non politici) delle stesse amministrazioni. Sulla base del giudizio di compatibilità ambientale espresso dall'autorità competente, i piani di bacino sono approvati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su deliberazione del Consiglio dei ministri.

²²⁶ A tale fine «entro dodici mesi dall'approvazione del Piano di bacino le autorità competenti provvedono ad adeguare i rispettivi piani territoriali e programmi regionali».

1998, n. 112, nonché dagli artt. 25 e ss. della legge 31 dicembre 1982, n. 979, relative alla difesa del mare, e dagli artt. 3 e ss. del d.p.r. 8 settembre 1997, n. 357, concernente la conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali, della flora e della fauna selvatiche. Le funzioni di tali vincoli si caratterizzano per l'estrema eterogeneità, comprendendo la salvaguardia di valori *latu sensu* naturalistici ed ecologici, oltre che estetici e storico-culturali, valori che trovano la propria sintesi nella qualifica di “area naturale protetta” che viene attribuita alle porzioni di territorio vincolate, per l'appunto, dal punto di vista naturalistico.

I vincoli paesaggistici, attualmente disciplinati, in via principale, dalla parte III del codice dei beni culturali di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, si giustificano per l'esigenza di salvaguardare il pregio naturalistico, estetico e storico-culturale che connota determinate porzioni di territorio, andando così, evidentemente, a sovrapporsi in modo notevole al ruolo rivestito dai vincoli “naturalistici” in precedenza esaminati²²⁷. Non è un caso, in questo senso, che le aree protette, oltre che i territori boschivi, siano *ex lege* assoggettati al vincolo paesaggistico. Anche la tutela in questione si caratterizza per il diffuso impiego dello strumento pianificatorio, che trova riscontro, tra l'altro, nell'obbligo regionale di adottare piani paesaggistici o piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici. I piani paesaggistici, definiscono specifiche misure per il «mantenimento delle caratteristiche, degli elementi costitutivi e delle morfologie dei beni sottoposti a tutela, tenuto conto anche delle tipologie architettoniche, nonché delle tecniche e dei materiali costruttivi», individuano le «linee di sviluppo urbanistico ed edilizio compatibili

²²⁷ Ai sensi dell'art. 135, Codice dei beni culturali e del paesaggio, le Regioni, anche in collaborazione con lo Stato (Ministero per i beni e le attività culturali e non quello per l'ambiente), “sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio, approvando piani paesaggistici, ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, concernenti l'intero territorio regionale, entrambi di seguito denominati “piani paesaggistici”. In tema v. (a cura di) CARTEI, *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Il Mulino, Bologna, 2007.

con i diversi livelli di valore riconosciuti e con il principio del minor consumo del territorio, e comunque tali da non diminuire il pregio paesaggistico di ciascun ambito»²²⁸.

I cd. vincoli indiretti o di completamento per la tutela dei beni culturali, attualmente previsti agli artt. 45 ss. del Codice dei beni culturali, proteggono in via indiretta i beni culturali immobili, incidendo non direttamente su questi ultimi, bensì sulle aree e sugli immobili che gli sono prossimi. In questo modo si mira a tutelare non tanto l'integrità dei beni in sé, quanto le condizioni di decoro dell'ambiente che li circonda.

Da ultimo, i vincoli urbanistico-territoriali con finalità di tutela ambientale o paesaggistica, ancora oggi disciplinati, a livello statale, dalla legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150. La loro funzione può considerarsi residuale rispetto ai vincoli di natura più specifica sinora passati in rassegna, essendo volti a preservare i valori ambientali e paesaggistici presenti in determinate porzioni del territorio urbano, previa la loro imposizione nel contesto della pianificazione urbanistica. Quest'ultima, stando all'interpretazione maggiormente accreditata, è dunque abilitata non solo a riconoscere i vincoli ambientali che le preesistono, ma anche ad imprimere ulteriori conformazioni, sempre di rilevanza ambientale. A titolo esemplificativo, si pensi alla tutela ambientale dei centri storici che, nella misura in cui non possa realizzarsi con i vincoli disciplinati dal Codice dei beni culturali, viene per l'appunto attuata mediante i piani regolatori generali, ovvero

²²⁸ Il piano paesaggistico è interamente imputato alla Regione, la quale, mediante proprie leggi ne stabilisce anche il procedimento di formazione. Il piano paesaggistico deve determinare la specifica disciplina di tutela e valorizzazione dei beni paesaggistici, sia di quelli tutelati per legge in quanto appartenenti a tipologie predeterminate (art. 142 Codice), sia di quelli individuati mediante dichiarazioni di notevole interesse pubblico con singoli provvedimenti amministrativi (art. 136 Codice), sia di ulteriori altre parti del territorio regionale che meritino comunque di essere salvaguardate dal punto di vista paesaggistico.

attraverso gli strumenti urbanistici previsti dalla legislazione regionale²²⁹. Si tende d'altro canto ad escludere che l'imposizione di vincoli urbanistico-territoriali per la protezione dell'ambiente possa avvenire tramite i piani provinciali di coordinamento territoriale di cui al d. lgs. 267/2000. A fini di semplificazione, peraltro, l'art. 57, d. lgs. 112/1998 impone alla legislazione regionale di prevedere che i richiamati piani provinciali assumano il valore dei piani di tutela ambientale e paesaggistica sin qui considerati, qualora la definizione delle disposizioni avvenga nella forma di intese tra l'amministrazione provinciale e le amministrazioni competenti all'approvazione dei piani stessi.

Passando ai tratti comuni che contraddistinguono l'ampio *genus* dei vincoli ambientali, occorre puntare l'attenzione sui profili strettamente funzionali e sostanziali, non potendosi ricostruire un quadro unitario sul piano dell'organizzazione e della distribuzione delle competenze, essendo ben nota l'assoluta disomogeneità che sul punto regna nel generale ambito del diritto ambientale.

La chiave di lettura sostanziale, in tal senso, consente di rafforzare l'idea che i vincoli ambientali costituiscano una categoria a sé stante nel vasto insieme delle limitazioni dominicali, così attribuendo all'interprete gli strumenti per comprendere quali vincoli meritino di essere ricondotti al *genus* e quali invece,

²²⁹ Come noto, il procedimento formativo dei piani urbanistici si articola nella fase comunale di adozione (che comprende la nomina dei progettisti, la redazione del piano e la deliberazione consiliare di adozione del piano) e in quella di approvazione oggi da parte della regione. La rilevanza dell'interesse ambientale fa sì che l'Ente approvante sia legittimato a stravolgere il piano licenziato dagli uffici comunale. Il Giudice amministrativo ha espressamente riconosciuto che il limite delle modifiche sostanziali – ossia di quelle modifiche che non possono essere introdotte d'ufficio dalla Regione in sede di approvazione del piano regolatore generale – *non* riguarda le modifiche attinenti alla tutela del paesaggio e dell'ambiente, le quali pertanto possono anche mutare le caratteristiche essenziali e i criteri di impostazione del piano (Cons. Stato, Sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4984; Cons. Stato, Sez. IV, 21 luglio 2000, n. 4076; Cons. Stato, Sez. IV, 19 gennaio 2000, n. 245; Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 1999 n. 1943; Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 1998, n. 605; Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 1998, n. 493; Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 1998, n. 431; Cons. Stato, Sez. IV, 9 ottobre 1997, n. 1101).

malgrado una tralatizia riconduzione, meriterebbero semmai di esserne esclusi²³⁰.

Sul punto, la dottrina maggioritaria tende a vedere nella natura “finale” dei vincoli sinora passati in rassegna un primo tratto comune ricollegabile alla loro rilevanza ambientale.

Com'è noto, le limitazioni “finali” possono definirsi per differenza rispetto ai vincoli “strumentali”, quali, ad esempio, quelli preordinati all'esproprio che per l'appunto costituiscono dei meri strumenti rispetto all'obiettivo finale di realizzare opere di pubblica utilità in una certa porzione di territorio. I vincoli ambientali, al contrario, esauriscono la propria funzione nel momento in cui vengono apposti, essendo sostanzialmente preordinati alla mera conservazione del territorio.

Da siffatta natura “finale” discende evidentemente un secondo elemento comune e caratterizzante i vincoli ambientali, elemento che risiede nella colorazione eminentemente tecnica dell'attività amministrativa prodromica alla loro apposizione. Secondo questa accreditata impostazione, in tanto vi sarebbe ragione di assegnare rango ambientale ad un certo vincolo, in quanto l'Amministrazione, onde valutare se imporlo o meno, si limiti a svolgere un'opera di mero accertamento tecnico in ordine alla sussistenza delle caratteristiche morfologiche, estetiche e territoriali che per l'appunto possono giustificare e legittimare la conformazione pubblicistica della proprietà privata. A differenza di quanto accade con le limitazioni “strumentali”, la tutela del bene ambientale, realizzata mediante il regime vincolistico, si rivelerebbe del tutto incompatibile con qualsivoglia attività di ponderazione discrezionale degli interessi in gioco, sebbene, com'è noto, le amministrazioni siano spesso tentate da un esercizio improprio delle proprie prerogative di natura tecnica.

²³⁰ Così M.RENNA, op. cit, p. 395.

Un'unica eccezione a siffatta ricostruzione è generalmente individuata nei vincoli urbanistico-territoriali con finalità di tutela ambientale o paesaggistica. Questi ultimi, infatti, essendo imposti dai Comuni nell'ambito della pianificazione urbanistica, non possono che partecipare della natura politico-discrezionale dei provvedimenti generali che li contengono. Ebbene, secondo l'orientamento a cui sin qui si è fatto riferimento, proprio in ragione di siffatta natura giuridica, ogni limitazione introdotta con i piani urbanistici dovrebbe necessariamente essere esclusa dal novero dei vincoli ambientali. Tale posizione peraltro non risulta avvalorata solo da ragioni di carattere dogmatico, ma anche dalla constatazione per cui, stante l'attuale proliferare di organismi tecnici con competenza strettamente ambientale, sarebbe ormai divenuta impropria oltre che anacronistica l'attribuzione di compiti di rilevanza ambientale ad enti a fini generali quali sono i Comuni. Per tali ragioni, si auspica che, una volta ammessa in modo pacifico l'esistenza del *genus* "vincolo ambientale", in quanto ben definito limite dominicale che presenta proprie ed indefettibili caratteristiche, le Amministrazioni rinuncino ad inserire *ex novo* nei piani urbanistici dei vincoli fondati unicamente sulla giustificazione ambientale, limitandosi, piuttosto, ad un'opera di mera ricognizione delle conformazioni ambientali preesistenti.

Un ulteriore tratto unificante della categoria in esame è riconosciuto nella ormai pacifica non indennizzabilità dei vincoli ambientali. Sulla scorta dell'interpretazione inaugurata dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 6 del 1966 e n. 55 del 1968, l'apposizione di un limite dominicale deve infatti essere accompagnata dalla previsione di un equo indennizzo ai sensi dell'art. 42, comma 3, Cost., solo nei casi in cui essa sia formalmente o sostanzialmente preordinata all'esproprio e, dunque, sia qualora i vincoli vengano reiterati alla loro scadenza, sia nei noti casi di cosiddetta espropriazione "larvata".

Nell'ambito di tali vicende si ravvisa, secondo l'orientamento ormai predominante, una sorta di discriminazione che colpisce la sfera soggettiva di singoli proprietari, sulla base di scelte puramente discrezionali e detto sacrificio, in un'ottica di bilanciamento degli interessi, deve necessariamente compensarsi con la liquidazione di un'equa indennità. Tutto ciò non si verifica nel caso dei vincoli ambientali, posto che questi ultimi non prendono corpo sulla base di scelte amministrative discrezionali, né sono funzionali alla compressione di singolari situazioni giuridiche soggettive; al contrario, l'esigenza di dette limitazioni insorge sulla base dell'accertamento tecnico di caratteristiche pertinenti ad intere categorie di beni, prescindendo da ogni selezione amministrativa degli interessi in gioco che sia volta a perseguire determinati valori di rango pubblicistici a scapito di interessi di natura privatistica.

L'imposizione dei vincoli ambientali, pertanto, non risulta riconducibile all'art. 42, comma 3, Cost., bensì al comma 2 della medesima disposizione, configurandosi come limitazione legale al modo di godimento della proprietà privata, volta ad assicurarne la funzione sociale ed a renderla accessibile a tutti. Ciò premesso, non conseguendo all'apposizione dei vincoli in questione alcuna discriminazione bisognevole di specifiche compensazioni, si esclude che essi siano coinvolti nel regime dell'indennizzabilità. Da un siffatto inquadramento devono peraltro sottrarsi i vincoli urbanistico-territoriali con finalità di tutela ambientale o paesaggistica, i quali, come segnalato in precedenza, vengono impropriamente ricondotti tra le limitazioni di natura ambientale, sebbene essi, al pari di ogni scelta adottata con la pianificazione urbanistica, si caratterizzino per l'esercizio di discrezionalità amministrativa e non tecnica. Ciò posto, non vi sarebbero ragioni per escludere l'indennizzabilità dei vincoli *de quibus*, qualora essi si traducano in limitazioni di carattere assoluto operanti a tempo indefinito.

Il ragionamento svolto, peraltro, non si presenta incompatibile con quelle disposizioni di legge che, pur nell'ambito dei vincoli ambientali, prevedono a titolo eccezionale l'erogazione di somme compensative a favore dei proprietari interessati. Si pensi, in tal senso, ad esempio, all'art. 15 della legge-quadro sulle aree protette che determina l'indennizzabilità delle limitazioni alle attività agro-silvo-pastorali derivanti dai piani di parco. A proposito di tali compensazioni, la dottrina ha chiarito che esse non vanno affatto equiparate alle indennità espropriative, essendo semmai previste, a titolo equitativo, come parziale soddisfazione delle ragioni di chi si vede costretto a cessare attività economiche a causa dell'imposizione dei vincoli ambientali. Le indennità in questione, pertanto, non meritano la riconduzione all'art. 42, comma 3, Cost., quanto, piuttosto agli artt. 42, comma 2, e soprattutto, 41, comma 1, Cost.

La gravità delle conseguenze connesse alla riconduzione tra i vincoli ambientali di determinati limiti dominicali, anche e soprattutto riguardo alla loro mancata indennizzabilità, spinge gli interpreti ad un'attenta opera di regolazione dei confini, finalizzata a favorire l'attribuzione dei compiti di accertamento e compressione dei diritti proprietari in materia ambientale ad organismi dotati di adeguata capacità tecnica e volta, soprattutto, ad evitare che tra i vincoli ambientali vengano fittiziamente ricomprese ablazioni che ambientali non sono con il mero fine di sottrarle al regime dell'indennizzabilità. Nello stesso senso, onde evitare che le posizioni giuridiche private vengano eccessivamente sacrificate, si auspica che a fronte della loro non compensabilità economica, vengano accresciute le garanzie di tipo procedimentale a favore dei titolari degli interessi privati e collettivi coinvolti, specie in sede di pianificazione.

4.3 La proprietà pubblica come strumento. Demanio e concessioni nell'ottica di tutela delle utilità collettive.

Se è vero che il ruolo pubblico si è riposizionato, moltiplicando gli strumenti per il perseguimento del fine di tutela ambientale, è altrettanto vero che non è affatto scomparsa nell'orizzonte delle politiche pubbliche la concezione proprietaria dei beni – risorse naturali.

La proprietà dei beni, tuttavia, da regime unico in cui inquadrare tutte le diverse forme del demanio, è diventata anch'essa uno degli strumenti possibili per garantire che alle utilità garantite dai beni potessero accedere tutti.

E' una opzione possibile per preservare gli usi condivisi dei beni, garantendo che gli stessi siano orientati ad uno sfruttamento sostenibile e rispettoso della tutela ambientale. Per un verso, cioè, la proprietà costituisce un mezzo a disposizione degli organi pubblici, e specificamente degli organi di governo per intervenire nell'economia²³¹. Sotto altro profilo, la disciplina dei beni ha carattere organizzativo nel senso che è strumentale al buon andamento.

Anche in proposito, la dottrina economica sulle 'dazioni' amministrative di utilità, i c.d. *givings*, può soccorrere l'interprete nel concentrare l'attenzione sui profili di criticità che tale opzione reca con sé.

Se la proprietà del bene è pubblica, lo strumento attraverso cui si assegnano i diritti di accesso, di godimento e di uso è di tipo concessorio.

Lo sguardo economico sul fenomeno in considerazione, ha consentito di evidenziare, innanzi tutto, che dietro ogni regime di accesso vi è potenzialmente un effetto di privazione. Le 'dazioni' amministrative dei beni e dei relativi diritti d'uso, pertanto, possono risultare particolarmente pericolose perché soltanto apparentemente producono beneficiari senza che vi siano

²³¹ Ed è un intervento frutto di scelta politica, come tale insindacabile da parte del giudice amministrativo (cfr, ex multis, sent. 5404/2005 del TAR Lazio).

danneggiati. Infatti, l'assegnazione di un diritto sul bene preclude lo sfruttamento di quel medesimo bene da parte di un altro soggetto e ne può altresì pregiudicare il godimento collettivo. Ne deriva che «l'allocatione di qualsiasi bene dallo Stato al mercato, pertanto, non può essere racchiusa nella dimensione binaria del rapporto sussistente tra il proprietario pubblico e il concessionario privato»²³².

Il problema della ripartizione dei benefici tra lo Stato, il soggetto concessionario e la collettività è stato colto quando, ad esempio, si sono studiati i diversi tipi di concessione e si sono ricostruiti in generale usi e destinazioni dei beni pubblici²³³. Ma appare ancora oggi insufficiente la riflessione circa il complessivo funzionamento dei meccanismi allocativi e redistributivi innescati dalle decisioni sui beni pubblici e dalla imperfetta regolamentazione giuridica delle concessioni²³⁴.

La gestione dei beni pubblici, infatti, presenta caratteri fortemente discrezionali che incidono sulle esigenze di equità distributiva e di efficienza allocativa che coinvolgono le utilità assicurate dalle risorse. Per questa ragione rileva anche in questo campo, non meno che in altri, l'esigenza di aprire il procedimento di concessione a presidi partecipativi, quantomeno nella fase di programmazione degli usi, come avviene per un numero sempre maggiore di attività di *rule-making*²³⁵.

²³² In questi termini G.NAPOLITANO, op. cit., 134.

²³³ Nel primo senso, M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p. 67; Id., *Diritto pubblico dell'economia*, cit., pp. 95 ss.; nel secondo, S. Cassarino, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, pp. 5 ss., e pp. 77 ss., V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; Id., *Beni pubblici (uso dei)*, in *D. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987.

²³⁴ Ma si vedano i problemi generali segnalati da G. CORSO, *Lo Stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, 1990, II, pp. 177 ss.; S. CASSESE, *Teoria e pratica dell'eguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, pp. 1156 ss.

²³⁵ In favore di questa soluzione, con riguardo all'ordinamento statunitense, da ultimo, R. DIBADJ, *Regulatory Givings*, cit., pp. 1118 ss.; uno spunto in tal senso, nella nostra letteratura, in V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria*, cit., pp. 257 ss.

Un ulteriore problema che sorge con riferimento alla concessione, al quale non si può che fare solo un cenno rinviando alla dottrina che se ne è occupata, è la frequente scissione tra le prerogative tipicamente proprietarie e quelle amministrative, tale per cui beni di appartenenza statale sono spesso ‘governati’ dalle regioni e dagli enti locali²³⁶. Ma ciò può ingenerare conflitti tra interessi divergenti, soprattutto quando si prevede che il canone sia determinato e percepito dal proprietario del bene, e cioè dallo Stato. Regioni ed enti locali, infatti, risulteranno più vicini agli interessi di coloro che intendono sfruttare economicamente il bene che non a quelli relativi al bene complessivo in cui in cui quello specifico concesso incide.

Infine, le modalità di assegnazione dei beni non sono uniformi. Soltanto in alcuni casi è previsto un meccanismo concorrenziale, mentre, molte leggi di settore lasciano ampia discrezionalità in capo alle pubbliche amministrazioni, che finiscono così per privilegiare meccanismi di affidamento diretto²³⁷.

Oggi, la tendenza ad evolvere i meccanismi verso obiettivi di concorrenzialità, propone di differenziare i criteri di aggiudicazione in ragione delle specifiche caratteristiche del bene, del tipo di concessione e degli obiettivi perseguiti.

²³⁶ Sul fenomeno, per tutti, M. Olivi, *Beni demaniali ad uso collettivo*, cit., pp. 135 ss.

²³⁷ Inoltre, una norma del codice della navigazione, spesso ritenuta di più generale applicazione, riconosce in capo al concessionario uscente il c.d. diritto di insistenza. La giurisprudenza, che pure arriva talvolta a sindacare le modalità di rilascio delle concessioni, in applicazione dei principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento e dalla disposizione che impone di predeterminare i criteri di assegnazione di utilità ai privati, stabilisce che può comunque esser riconosciuto il c.d. diritto di insistenza in favore del vecchio concessionario, quando le altre condizioni di offerta si equivalgano (Cons. St., V, n. 5743/2000; Tar Lombardia, II, n. 134/2001; sulle contraddizioni della giurisprudenza si veda tuttavia S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, pp. 355 ss.). La generalizzazione giurisprudenziale del c.d. diritto di insistenza, al di là di specifiche previsioni normative, può ritenersi accettabile sulla base di un argomento efficientistico: nel presupposto cioè che ciò incentivi il concessionario a non trascurare gli investimenti nel periodo finale di vigenza della concessione.

Anche la destinazione dei proventi del canone muta a seconda del bene, senza che ciò corrisponda sempre a criteri oggettivi. In alcuni casi, infatti, i proventi dei canoni sono destinati al reimpiego in favore dell'apparato preposto all'amministrazione dei beni (ad es. nel settore idrico); negli altri casi, i relativi proventi costituiscono una fonte di percezione diretta in favore dello Stato.

Naturalmente l'intervento pubblico tenderà ad essere maggiormente pervasivo laddove risulti più elevato il valore sociale assegnato al godimento del bene e il mercato a valle risulti caratterizzato da condizioni di monopolio o di oligopolio.

In ogni caso, nel tracciare il quadro regolatorio, bisognerà fare particolare attenzione a non ingenerare una «tragedia degli anticomuni», conferendo a una pluralità di soggetti pubblici e privati poteri di intervento e di interdizione tali da pregiudicare la gestione economica del bene.

Questa analisi si introduce nel ragionamento sulle risorse naturali in quanto la concessione opera come strumento che consente al soggetto pubblico di godimento esclusivo in capo ad un soggetto privato.

Tuttavia, la natura peculiare dei beni sui cui tale concessione incide, necessita un chiarimento in ordine all'ampiezza di tale possibilità. Si è visto nel capitolo secondo come il dato rilevante delle risorse naturali sia il loro essere beni "comuni", nel senso che le utilità da esse garantite devono essere poste alla libera fruizione di tutti. Ciò di per sé escluderebbe la possibilità di destinare anche solo parte dei beni in questione a utilizzi di natura economica ed in genere a qualsiasi forma di appropriazione esclusiva di tali utilità.

Tuttavia, si è fatto allo stesso modo notare in precedenza come sullo stesso bene possono insistere interessi differenti, e quindi come la stessa *res* possa generare utilità di natura differente. In particolare non sembra possibile

escludere del tutto la natura anche economica di alcuni possibili utilizzi di alcune risorse, come ad esempio l'acqua. Il dato che rileva come profilo specifico delle risorse naturali è il vincolo che per esse sussiste di assicurare la fruizione collettiva di quelle utilità non appropriabili. Si tratta cioè di selezionare, all'interno della stessa risorsa, quali utilità sono passibili di appropriazione esclusiva e quali no. Ci saranno cioè delle utilità che rilevano per i beni in quanto singoli oggetti di disposizione e sfruttamento, mentre sarà possibile selezionare utilità riferibili al bene-risorsa in quanto elemento del sistema. Queste ultime non saranno nella disponibilità neanche del soggetto pubblico concedente.

La concessione, in quanto atto che attribuisce una appropriazione esclusiva, postula una simultanea esclusione di altri dalle medesime utilità. Da ciò deriva che la concessione del godimento esclusivo è soggetta al limite di rendere il bene accessibile a tutti per quelle utilità non appropriabili.

Il problema che quindi si pone per le risorse naturali è tracciare il confine oltre il quale possono sussistere utilità diverse dall'uso comune che costituisce il motivo della riserva di pubblicità del bene (nella prospettiva della riserva come destinazione naturale originaria del bene al soggetto pubblico).

Occorre quindi forse precisare che oggetto di concessione non è mai il bene nella sua interezza, ma un particolare uso del medesimo o, meglio una particolare utilità che il bene è idoneo ad offrire, perchè, nonostante si chiamino concessioni di beni, la concessione è sul bene, non del bene²³⁸.

Si può però considerare che oggetto dell'appartenenza e sempre un'utilità, non la cosa in se.

E' necessario distinguere il piano relativo alla protezione dell'uso comune rispetto al piano relativo al potere di disposizione. Vi è quindi un doppio

²³⁸ L'impostazione è di M.S.GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, p.673, cfr. inoltre O.SCOZZAFAVA, *I beni*, op.cit., p. 538, S.CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p. 213

momento: quello della salvaguardia dell'uso comune e quello della disposizione di altre utilizzazioni. Ciò consente anche di cogliere la differenza delle concessioni su beni ad uso comune, rispetto allo schema che interviene nelle concessioni di altri beni pubblici dove vi è solo questo secondo momento, dove la concessione serve proprio ad attuare la destinazione del bene²³⁹.

Per quel che riguarda il contenuto dei provvedimenti concessori, si suole distinguere tra due modelli. Nel primo, che si può definire "di produzione", il bene viene in rilievo come mezzo, come strumento di un'attività produttiva finalizzata alla soddisfazione di un bisogno della collettività. Della concessione, dunque, il bene costituisce soltanto l'oggetto indiretto, essendo il provvedimento primariamente destinato a rendere esperibile l'attività. E' quel che accade ad esempio nella concessione relativa all'utilizzazione degli acquedotti comunali e, in genere, della concessione dei pubblici servizi a cui accedano beni necessari all'attività, in cui il fine ultimo dell'atto è lo svolgimento di un'attività direttamente volta alla soddisfazione di un bisogno

²³⁹ In questi termini si esprime anche M.OLIVI, op. cit, il quale riporta l'esempio del demanio fluviale e della considerazione che su di esso fece F. BENVENUTI, *Il demanio fluviale* in *Atti del primo congresso di diritto fluviale e della navigazione interna*, Milano, 1962, p. 169 e ss. tracciando un percorso divenuto riferimento di tanta parte delle considerazioni, anche attuali, che la dottrina svolge in tema di rapporto tra beni demaniali e utilizzazione economica. L'Autore parte dalla considerazione che il riferimento allo Stato dell'uso pubblico può fornire la giustificazione della demanialità, ma il significato è più profondo perché si risolve in una serie di poteri che consentono allo Stato di assicurare ai cittadini l'uso ordinato del bene. I poteri spettano allo Stato non in quanto titolare e quindi tutore di una proprietà, ma in quanto tutore dell'ordine nell'uso di beni. Dalla natura del rapporto di demanialità e dalla natura delle potestà deriva il valore pratico che deve essere attribuito all'attività dello Stato in questo campo. Allo Stato non compete solo di essere il garante dell'uso ordinato del bene, ma compete di rendere possibile il miglior uso del bene, che non è suo ma è di tutti e che deve servire non tanto e non soltanto a chi di fatto o di diritto lo usa ma all'intera collettività nazionale cui realmente appartiene. Quindi il suo uso e prima ancora la possibilità d'uso, vanno visti come interessi pubblici non limitati alla ristretta cerchia degli utenti più immediati ma estesi al vantaggio di tutti i cittadini. Si introduce in questo modo il principio della utilizzazione strumentale del bene in funzione dell'interesse pubblico, che tarderà ad essere fatto proprio da una legislazione molto spesso inadeguata ma che vede a passaggio da una visione statica, ad una visione dinamica ma atomistica di un demanio fluviale come mezzo per l'esplicazione di iniziative private, ad una concezione dinamica ma unitaria di un demanio fluviale come bene produttivo in mano allo Stato.

collettivo primario. Nel secondo modello, il bene viene in considerazione non come strumento di un'attività diretta alla soddisfazione di un bisogno collettivo, ma come mezzo diretto di soddisfazione del bisogno particolare del concessionario o come ambito spaziale in cui si svolge l'attività del concessionario. Ne sono esempi la concessione che attribuisce ad un imprenditore la facoltà di sfruttare il lido del mare o di un approdo per la realizzazione di porti turistici privati²⁴⁰.

Il panorama normativo dei beni demaniali offre un numero sufficiente di esempi di concessione. Pur senza la pretesa di essere esaustivi, un rapido sguardo ad alcune significative fattispecie consente di notare come la protezione del bene ambiente permei la struttura e le condizioni dei diversi atti di concessione, in cui rileva in particolare la garanzia dell'accesso collettivo alle utilità comuni assicurate dai beni stessi.

Lo strumento dominicale è quindi accolto in chiave di protezione delle utilità collettive, pur nella necessità di temperarlo con oculate attribuzioni di prerogative individuali su alcuni usi delle risorse.

Per il demanio idrico²⁴¹, è stata sancita la natura pubblica delle acque, superficiali e sotterranee²⁴². I beni del demanio idrico appartengono allo Stato,

²⁴⁰ La distinzione tra le due figure concessorie non ha valore meramente descrittivo, incidendo invece sui regimi e sulle vicende dei differenti provvedimenti. Le concessioni riconducibili al primo modello, proprio perchè in esse assumono un ruolo primario l'attività e l'interesse collettivo che la prima mira a realizzare, possono essere revocate soltanto per ragioni connesse all'attività o al servizio e non possono essere cedute. Quelle del secondo tipo possono in linea generale essere cedute e sono revocabili soltanto per motivi attinenti al bene o alla sua protezione e conservazione.

²⁴¹ Ai sensi dell'art. 822 c.c., "appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico (...) i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia" (cd. demanio naturale o necessario)

²⁴² L'art. 144 del D.lgs. 152/2006 dispone che «Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato. Le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale. La disciplina degli usi delle acque è finalizzata alla loro razionalizzazione, allo scopo di evitare gli sprechi e di favorire il rinnovo delle risorse, di non

salvo casi limitati di demanio regionale (talune acque lacuali e i canali demaniali di irrigazione, che sono stati trasferiti alle regioni con l'art. 12 della legge 27 dicembre, 1977, n. 984)²⁴³. L'art. 86 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112²⁴⁴ ha, peraltro, previsto che “alla gestione dei beni del demanio idrico provvedono le regioni e gli enti locali competenti per territorio” e che “i proventi dei canoni ricavati dalla utilizzazione del demanio idrico sono introitati dalla regione”. A seguito della riforma i canoni concessori per la derivazione di acqua vengono pertanto determinati, riscossi ed introitati dalla regione (o altro ente locale sub-delegato).

Ciò che rileva ai nostri fini è la tipologia di uso esclusivo che viene concesso con lo strumento amministrativo. Le concessioni relative al demanio idrico si distinguono infatti in concessioni di beni e di servizi.

Le prime sono in particolare quelle sulla base delle quali una parte della risorsa viene materialmente sottratta all'utilizzazione collettiva e fornita al concessionario per l'adempimento dei fini indicati. Rivestono infatti particolare importanza le concessioni per lo sfruttamento delle acque mediante derivazioni, che possono giustificarsi (con il limite della durata trentennale) per

pregiudicare il patrimonio idrico, la vivibilità dell'ambiente, l'agricoltura, la piscicoltura, la fauna e la flora acquatiche, i processi geomorfologici e gli equilibri idrologici. Gli usi diversi dal consumo umano sono consentiti nei limiti nei quali le risorse idriche siano sufficienti e a condizione che non ne pregiudichino la qualità». Ribadendo la natura demaniale già affermata con la Legge 5 gennaio 1994, n. 36.

²⁴³ “Coordinamento degli interventi pubblici nei settori della zootecnia, della produzione ortoflorofrutticola, della forestazione, dell'irrigazione, delle grandi colture mediterranee, della vitivinicoltura e della utilizzazione e valorizzazione dei terreni collinari e montani”, art. 12, comma 1: “[...] con l'entrata in vigore della presente legge, i canali demaniali di irrigazione tuttora amministrati dal Ministero delle finanze sono trasferiti alle regioni e sottoposti alla disciplina prevista per le altre opere pubbliche di irrigazione d'interesse regionale ed interregionale”.

²⁴⁴ “Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59”.

diversi scopi (Regio decreto 11 dicembre 1933 n. 1775, art. 6) : per forza motrice; per acqua potabile; per irrigazione; per bonificazione per colmata²⁴⁵.

È utile sin da ora constatare come a fronte della natura collettiva del bene acqua, l'appartenenza viene attribuita, secondo logiche dominicali classiche al soggetto pubblico, ma le competenze all'esercizio delle funzioni sono ripartite tra più livelli territoriali: Stato, Regioni e Province autonome²⁴⁶.

La concessione di servizi si ricollega al tema del servizio idrico integrato, e per certi versi supera l'ambito della presente trattazione, tuttavia, in quanto modalità di sfruttamento economico delle risorse consistente nella “*captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue*”²⁴⁷, interessa sottolineare come tra i criteri di concessione spicchino elementi che confermano l'attenzione del legislatore al tema della sostenibilità ambientale e della garanzia delle utilità collettive. Si noti infatti, che per le concessioni di derivazione d'acqua è previsto che le domande per nuove concessioni vengano pubblicate e che “tra più domande concorrenti (...) è preferita quella che da sola o in connessione con altre utenze connesse o

²⁴⁵ Il d.lgs. 12 luglio 1993, n. 275, “Riordino in materia di concessione di acque pubbliche”, art. 1, intervenendo sull'art. 6 del Regio decreto 1775/1933 ha, inoltre, previsto anche derivazioni per usi industriali, per uso ittiogenico e per costituzione di scorte idriche a fini di uso antincendio e sollevamento a scopo di riqualificazione di energia.

²⁴⁶ Le *piccole derivazioni di acque* sono divenute di competenza delle Regioni (D.p.r. 14 gennaio 1972, n. 2, e art. 90, D.p.r. 24 luglio 1977, n. 616).

Per le *grandi derivazioni* il d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ha trasferito alle regioni e alle province autonome anche la competenza relativa al rilascio delle concessioni di grandi derivazioni d'acqua per uso idroelettrico (art. 12, comma 10).

²⁴⁷ Art. 4, lettera f), legge n. 36/1994, riprodotto dall'art. 141, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, “Norme in materia ambientale”. Il Testo Unico in materia ambientale, in recepimento della Direttiva 2000/60/CE in materia di acque, ha infatti abrogato quasi integralmente la legge n. 36/94 (art. 175, lettera u) anche se l'impianto normativo introdotto con la legge Galli relativamente alla gestione del servizio idrico integrato è stato sostanzialmente mantenuto. La legge Galli aveva introdotto una disciplina-quadro relativamente ai servizi pubblici di acquedotto, fognatura e depurazione, ispirata al concetto di gestione integrata del servizio. Tale disciplina veniva incentrata sull'individuazione di una dimensione territoriale sufficientemente ampia (il cd. “*ambito territoriale ottimale*”, ATO), e sull'unificazione dei servizi di gestione, sotto un ente gestore, responsabile dell'intero ciclo delle acque.

richieste presenti la più razionale utilizzazione delle risorse idriche”. Inoltre, tra i criteri di preferenza introdotti a seguito delle modifiche apportate dall’art. 96, comma 2, del d.lgs. n. 152/2006, vi è quello per cui è privilegiata, “la domanda che, per lo stesso tipo di uso, garantisce la maggiore restituzione d’acqua in rapporto agli obiettivi di qualità dei corpi idrici”²⁴⁸. Infine, tra i criteri di preferenza relativi alla gestione del servizio idrico integrato, si rinviene chiaramente il riferimento alla garanzia delle “condizioni ambientali”²⁴⁹.

Si noti, a titolo di esempio, come proprio il demanio idrico, secondo la classificazione proposta dall’ipotesi di riforma vista al capitolo secondo, passerebbe alla categoria dei beni comuni. Tale demanio si presta a diverse finalità: garantire acqua potabile ai cittadini; fornire acqua minerale ai concessionari che la imbottigliano e la vendono sul mercato; fornire energia per le centrali idroelettriche; raccogliere le acque che derivano da sistemi deflusso di “acque sporche”, di origine urbana od industriale; fornire acqua per l’irrigazione dell’agricoltura; garantire la navigazione fluviale; ed essere parte dell’ *habitat* di luoghi di turismo e libera escursione. Pertanto, anche nella prospettiva della categoria dei beni comuni, andrebbe concepito un impianto di principi che tuteli la disponibilità e l’utilizzo dell’acqua per le generazioni future, garantendo che attraverso la gestione pubblica possa farsi fronte ad eventuali situazioni di emergenza idrica (riguardanti prioritariamente la provvista di acqua potabile), compatibilmente con le quali sarà possibile un concorrente “sfruttamento” economico.

In generale, andrebbe assicurata la massima garanzia affinché le risorse naturali siano tutelate a favore delle generazioni future e, se affidate a società private, il loro sfruttamento sia comunque subordinato alla realizzazione della

²⁴⁸ Art. 9 Regio decreto n. 1775/1933, come modificato dall’art. 96, comma 2, d.lgs. n. 152/2006.

²⁴⁹ L’art. 8 del decreto ministeriale 2 maggio 2006, punto c).

tutela e del libero utilizzo dell'acqua, e delle altre risorse naturali che sono "beni comuni", a favore della collettività, presente e futura.

Anche per il demanio marittimo²⁵⁰ la fonte normativa, oltre che nel codice civile e nel codice della navigazione²⁵¹ è contenuta in numerose norme, primarie e regolamentari²⁵². Anche in questo caso è rilevante notare come se da un lato i beni appartengono allo Stato, dall'altro lato in realtà questo ha mantenuto solo alcuni compiti²⁵³ di regolazione, a seguito del massiccio trasferimento delle relative funzioni amministrative alle Regioni²⁵⁴, ai comuni²⁵⁵, alle Autorità portuali²⁵⁶.

²⁵⁰ Art. 822, comma 1 codice civile: "Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; [...]"

²⁵¹ Regio decreto 30 marzo 1942, n. 327, Codice della Navigazione e D.p.r. n. 328/1952, recante il Regolamento di esecuzione del codice. Ai sensi dell'art. 28 del codice della navigazione "fanno parte del demanio marittimo: (a) il lido, la spiaggia, i porti, le rade; (b) le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare; (c) i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo"

²⁵² Per una ricostruzione v. Rapporto D'Alberti

²⁵³ Art. 105, comma 2, lett. l), d.lgs. n. 112/1998: restano ancora di competenza statale le concessioni di beni demaniali marittimi compresi nelle aree di "preminente interesse nazionale", oltre a quelli per finalità di "approvvigionamento di fonti di energia". In proposito, art. 36, comma 2, Codice della navigazione: "Le concessioni di durata superiore a quindici anni sono di competenza del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti. Le concessioni di durata superiore a quattro, ma non a quindici anni e quelle di durata non superiore al quadriennio che importino impianti di difficile sgombero sono di competenza del Direttore Marittimo. Le concessioni di durata non superiore al quadriennio, quando non importino impianti di difficile sgombero, sono di competenza del Capo di Compartimento Marittimo".

²⁵⁴ Art. 59 del D.p.r. 24 luglio 1977, n. 616: "Sono delegate alle regioni le funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando l'utilizzazione prevista abbia finalità turistiche e ricreative. Sono escluse dalla delega le funzioni esercitate dagli organi dello Stato in materia di navigazione marittima, di sicurezza nazionale e di polizia doganale".

²⁵⁵ L'art. 42, d.lgs. 30 marzo 1999, n. 96, ha completato il decentramento, attribuendo ai Comuni costieri i compiti di gestione del demanio marittimo originariamente deferiti alle Regioni. Già in precedenza, si registrava, peraltro, un ampio ricorso all'istituto della sub-delega ai comuni costieri da parte delle regioni

²⁵⁶ Il decentramento amministrativo (art. 105, comma 1, d.lgs. 112/1998) ha fatto salve le competenze riconosciute alle Autorità portuali istituite con la legge 28 gennaio 1994, n. 84, art. 6 (Ancona, Bari, Brindisi, Cagliari, Catania, Civitavecchia, Genova, La Spezia, Livorno, Manfredonia, Marina di Carrara, Messina, Napoli, Palermo, Ravenna, Savona, Taranto, Trieste e Venezia, a cui si aggiungono quelle di Piombino, Gioia Tauro ed Augusta, istituite

Non è priva di interesse ai nostri fini l'osservazione delle forme di utilizzazione. Per il demanio marittimo, infatti, si distingue la possibilità di una fruizione cd. collettiva²⁵⁷ e l'uso esclusivo, per una durata variabile, in base ad un titolo concessorio, per lo svolgimento di una attività. L'uso esclusivo in concessione può invece aversi²⁵⁸ per finalità turistico-ricreative, per prestazione di servizi pubblici o per servizi e attività portuali e produttive.

Nella normativa si rinvencono, anche in questo caso, criteri di concessione che valorizzano interessi di tipo ambientale, come le “esigenze di tutela paesaggistico-ambientale e di valorizzazione turistico-economica”²⁵⁹, nonché di proficua utilizzazione²⁶⁰.

successivamente). I servizi portuali sono attività svolte nei porti di navigazione interna e marittima diversi dalle attività di trasporto. Tra questi, le «operazioni portuali» (di carico e scarico, trasbordo o movimento di merci) ed i «servizi portuali» (prestazioni specialistiche complementari ed accessorie alle operazioni portuali individuate dalle autorità portuali). Tradizionalmente gestiti in concessione esclusiva, sono state liberalizzati dalla legge n. 84/1994. Tali attività sono svolte da operatori iscritti in appositi registri in base ad autorizzazione dell'Autorità portuale e all'utilizzo in concessione delle aree demaniali e delle banchine comprese nell'area di porti di navigazione marittima. I «servizi tecnico-nautici» di pilotaggio, rimorchio, traino, ormeggio e battellaggio sono servizi di interesse generale volti a garantire la sicurezza della navigazione e dell'approdo, e continuano ad essere svolti in concessione da parte di operatori scelti con gara, pur non potendosi negare il diritto di autoproduzione ai vettori interessati (sul punto vedi la ricostruzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, Indagine conoscitiva nel settore dei servizi portuali, 16 ottobre 1997).

²⁵⁷ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, pag. 86

²⁵⁸ Legge 4 dicembre 1993, n. 494 che ha convertito con modificazioni il decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 400, “Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime”, in particolare art. 1

²⁵⁹ Con circolare 24 maggio 2001, n. 120, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha indicato delle linee guida per armonizzare su scala nazionale l'esercizio delle funzioni delegate alle Regioni o sub-delegate ai Comuni costieri. Per le concessioni relative al demanio marittimo, si prevede che “nel caso di domande concorrenti per l'assentimento di una nuova concessione, è data preferenza a quella che soddisfi maggiormente, in via combinata, l'esigenza di tutela del paesaggio e dell'ambiente e gli interessi pubblici connessi alla valorizzazione turistica ed economica della regione nel rispetto delle linee guida sulla redazione del piano di utilizzo degli arenili adottate dalle regioni d'intesa con l'autorità marittima. Qualora non ricorrano tali ragioni di preferenza la concessione è rilasciata, a seguito di licitazione privata, a chi offre il canone annuo maggiore”.

²⁶⁰ La discrezionalità dell'amministrazione per l'attribuzione delle concessioni è ampia: la preferenza è accordata “al richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio

Ai sensi dell'art. 826 c.c., “fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato [...] le miniere, le cave e torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo [...]”. Si tratta del c.d. demanio minerario, in cui vengono pertanto ricompresi i giacimenti di minerali, le cave e le torbiere nonchè gli idrocarburi²⁶¹.

Anche per queste risorse si assiste ad un decentramento di funzioni, pur nel mantenimento di alcune prerogative Statali²⁶².

dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico” (art. 37, codice della navigazione citato).

²⁶¹ La relativa disciplina è contenuta nella legge mineraria (Regio decreto, 29 luglio 1927, n. 1443), per quanto riguarda lo sfruttamento di miniere, cave, torbiere, acque minerali e termali. La disciplina del sale è regolata anche dall'art. 3, legge 17 luglio 1942 n. 907 (“Legge sul monopolio dei sali e dei tabacchi” e successive modifiche).

Quanto, invece, agli idrocarburi (gas metano e petrolio), questi sono assoggettati ad una normativa speciale e, soltanto in via sussidiaria, interviene la legge mineraria (ex art. 1, legge n. 6/1957). Più in dettaglio, la normativa nazionale di riferimento in materia di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi è costituita da: Regio decreto 29 luglio 1927, n. 1443, “Norme di carattere legislativo per disciplinare la ricerca e la coltivazione delle miniere nel regno” (cd. legge mineraria); legge 11 gennaio 1957, n. 6, per l'attività svolta sulla terraferma; legge 21 luglio 1967 n. 613, “Ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi nel mare territoriale e nella piattaforma continentale e modificazioni alla legge 11 gennaio 1957, n. 6, sulla ricerca e coltivazione degli idrocarburi liquidi e gassosi”; legge 9 gennaio 1991, n. 9, “Norme per l'attuazione del nuovo Piano Energetico Nazionale”; d.lgs. 25 novembre 1996, n. 625, “Attuazione della direttiva 94/22/CEE relativa alle condizioni di rilascio e di esercizio delle autorizzazioni alla prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi”; d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, “Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144”. Quanto, infine, alle risorse geotermiche (come le sorgenti naturali di acque calde boriche), la disciplina di riferimento è contenuta nella legge 9 dicembre 1986, n. 896 (“Disciplina della ricerca e della coltivazione delle risorse geotermiche”). Alcuni aspetti della specifica disciplina relativa ai giacimenti di acque minerali e termali, alle cave e alle torbiere e alle miniere delle Regioni ad autonomia speciale, sono regolati anche da apposite leggi regionali.

²⁶² Le attribuzioni amministrative in materia di demanio minerario sono state oggetto di trasferimento alle Regioni, già per effetto del d.p.r. n. 616/77 (art. 62, per le cave e torbiere; art. 61, per le acque minerali e termali).

Un ulteriore decentramento è stato previsto all'art. 34, comma 1, d.lgs. 112/98 con cui si è statuito che “le funzioni degli uffici centrali e periferici dello Stato relative ai permessi di ricerca ed alle concessioni di coltivazione di minerali solidi e delle risorse geotermiche sulla terraferma sono delegate alle Regioni, che le esercitano nell'osservanza degli indirizzi della politica nazionale nel settore minerario e dei programmi nazionali di ricerca”. Prima del decentramento amministrativo, veniva rilasciato un permesso di ricerca provvisorio e poi una vera e propria concessione di coltivazione del Ministero dell'Industria (poi delle Attività Produttive, ora

Lo Stato ha conservato funzioni amministrative concernenti le attività di “prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi, ivi comprese le funzioni di polizia mineraria in mare”²⁶³. Per il Regio decreto n. 1443/27, la coltivazione delle miniere può essere svolta solo su concessione, infatti La “fruizione imprenditoriale” del demanio minerario è possibile attraverso una specie a sé stante del genere concessione di beni pubblici che è la concessione mineraria²⁶⁴. Le cave e le torbiere sono beni privati di pubblico interesse, e la titolarità del diritto di sfruttamento è riconosciuta pienamente al proprietario. Tuttavia, questi ha un obbligo alla coltivazione della cava o della torbiera, poiché, in caso di inadempienza dell'obbligo, l'amministrazione competente è legittimata ad assegnare in concessione a terzi lo sfruttamento della cava o della torbiera²⁶⁵.

La disciplina degli idrocarburi (tra cui gas naturale²⁶⁶ e oli minerali²⁶⁷) è stata interessata da un processo di parziale liberalizzazione, e il regime concessorio è stato, in alcuni casi, sostituito con una autorizzazione. Anche in tale ambito, per lo stoccaggio, la selezione fra più domande concorrenti viene

Ministero dello Sviluppo Economico), nel caso di rilevanza nazionale della miniera, o dall'Ingegnere Capo del Distretto Minerario, quando di rilevanza locale (artt. 14 e 18). Nonostante il decentramento, il Regio decreto n. 1443/1927 e la legislazione statale successiva, come il d.p.r. 18 aprile 1994, n. 382, rappresentano ancora un'importante normativa di riferimento per la legislazione regionale.

²⁶³ A tale riguardo, l'art. 29, comma 2, lettera l, d.lgs. n. 112/98 specifica che “le funzioni amministrative relative a prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi in terraferma, ivi comprese quelle di polizia mineraria” sono conservate allo Stato

²⁶⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1989, pag. 89

²⁶⁵ Il potere di avocazione di cui all'art. 45 del Regio decreto n. 1443/1927 in caso di inadempimento all'obbligo di coltivazione della cava o della torbiera da parte del titolare della stessa spetta alla Regione.

²⁶⁶ Il citato d.lgs. n. 164/2000 e la legge 23 agosto 2004, n. 239, “Riordino del settore energetico, nonchè delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia”, sono intervenuti a riformare il settore.

²⁶⁷ In particolare, l'art. 1, comma 56, legge n. 239/2004, prevede che “sono attività sottoposte a regimi autorizzativi: a) l'installazione e l'esercizio di nuovi stabilimenti di lavorazione e di stoccaggio di oli minerali; b) la dismissione degli stabilimenti di lavorazione e stoccaggio di oli minerali; c) la variazione della capacità complessiva di lavorazione degli stabilimenti di oli minerali; d) la variazione di oltre il 30 per cento della capacità complessiva di lavorazione degli stabilimenti di oli minerali”. Di conseguenza, la lavorazione e il deposito degli oli minerali non risultano più assoggettati ad un regime concessorio.

effettuata in base a criteri tra i quali vengono annoverate: “d) modalità di svolgimento dei lavori, anche riferiti alla salvaguardia e sicurezza ambientale”²⁶⁸.

Un importante parametro per l'individuazione del canone di sfruttamento è stato elaborato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale per le acque minerali. Il Regio decreto n. 1443/1927 imponeva al titolare di una concessione mineraria un canone rapportato alla superficie dell'area oggetto di concessione (art. 15). La Corte Costituzionale ha significativamente ritenuto di non dover censurare la Legge regione Lombardia n. 1/1998, ancorché la stessa preveda un canone di concessione commisurato anche alla quantità di acque prelevate e imbottigliate dal concessionario²⁶⁹.

Dal quadro sommariamente esposto, deriva quindi che il ruolo pubblico può esplicarsi, nella tutela e selezione delle utilità a fruizione collettiva, anche in veste proprietaria. Un dato sul quale tuttavia occorre richiamare l'attenzione, nell'ottica dell'interesse ambientale e delle sue caratteristiche, è il profilo dicroto per cui sarebbe necessario essere in grado di verificare l'autentica capacità dello Stato a farsi garante di determinati beni anche nell'interesse delle generazioni future che non sono rappresentate politicamente²⁷⁰.

²⁶⁸ Art. 2, comma 10, decreto ministeriale 27 marzo 2001, richiamato dall'art. 4, comma 3, decreto del Ministro delle attività produttive, 26 agosto 2005.

²⁶⁹ Corte Costituzionale, sentenza 16 marzo 2001, n. 65: “nella materia delle acque minerali e termali il principio fondamentale, che funge da limite alla potestà legislativa concorrente della Regione, deve essere colto ad un livello di maggiore astrattezza rispetto alla regola positivamente stabilita nel citato art. 25 in riferimento ai beni minerali in genere, tenuto anche conto delle intrinseche peculiarità delle coltivazioni di acque minerali, per le quali il solo criterio superficiale può in concreto risultare sproporzionato per difetto rispetto al beneficio economico che il concessionario trae dallo sfruttamento della risorsa pubblica”.

²⁷⁰ Su questi problemi, con particolare riguardo ai differenti orizzonti temporali dei vari *stakeholders*, B.H. THOMPSON Jr., *Tragically Difficult*, cit.

4.4 Il mercato indotto

Nella precedente parte del capitolo, si è evidenziato come la particolare configurazione dell'interesse ambientale determina la conseguenza che i fini di tutela ambientale vengano perseguiti attraverso l'esercizio di poteri soprattutto di tipo regolatorio.

Infatti le funzioni delle amministrazioni preposte alla cura dell'ambiente «non si collocano tra quelle tradizionali di esercizio di poteri autoritativi, come gli “interni”, la “difesa”, la “giustizia”, né fra quelle di predisposizione di servizi, come l’ “istruzione” o la “sanità”, né fra quelle nelle quali l'amministrazione deve realizzare, direttamente o meno, un prodotto (come le infrastrutture), ma fra quelle di regolazione di settori (come i “beni e le attività culturali”, l’“agricoltura”, le “attività produttive”) e, fra queste, si caratterizzano per una più elevata incidenza degli strumenti di programmazione, volti a determinare il contesto nel quale si può operare liberamente, o di verifica e incentivazione degli strumenti volontari e di mercato, volti a coinvolgere i privati in attività di tutela dell'ambiente o comunque eco-compatibili»²⁷¹.

Ciò deriva dal fatto che la tutela dell'ambiente è il risultato del complesso delle azioni di tutti i soggetti dell'ordinamento, pubblici e privati, non solo dell'attività della pubblica amministrazione; è il risultato di una pluralità di comportamenti “virtuosi” da parte dell'insieme dei soggetti privati e pubblici e la funzione dell'amministrazione è quella di garantire tale risultato .

Si spiega così perché i fini di tutela dell'interesse ambientale vengono perseguiti affiancando agli interventi tradizionali di cosiddetto comando e controllo, (per lo più di tipo pianificatorio ed autorizzatorio), una serie di misure idonee a muovere le leve economiche in grado di indirizzare i

²⁷¹ Così G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino 2008.

comportamenti dei soggetti dell'ordinamento e di influire sul modo di essere delle attività produttive.

Il ruolo regolatorio dell'amministrazione si sostanzia principalmente nell'inserire nel sistema, laddove non sarebbe spontaneamente presente, la variabile ambientale in modo che l'equilibrio economico risultante dai rapporti di mercato concorra alla tutela dell'ambiente²⁷². Detto in termini economici, si tratta della cosiddetta "internalizzazione" della variabile ambientale nei processi di scambio.

Si tratta di una prospettiva ormai affermata sia a livello comunitario²⁷³ che nell'ordinamento nazionale²⁷⁴. Possibili perplessità sul ruolo del mercato sul

²⁷² Come è stato evidenziato, anche tra gli economisti, "la convinzione che il mercato possa rivelarsi un potente alleato della regolazione, nel perseguimento di finalità di protezione ambientale, raccoglie un credito crescente", M. CAFAGNO, *op.cit.*, 468, il quale evidenzia che "la filosofia di fondo di questi studi può essere schematizzata nei termini seguenti: constatata la presenza di "effetti esterni" di natura ambientale, il diritto potrebbe innanzitutto agire per facilitare la loro internalizzazione nei processi contrattuali; se l'internalizzazione fosse ostacolata da costi transattivi troppo elevati, l'ordinamento dovrebbe preoccuparsi di abbattere questi costi; se non vi fosse modo di riuscirvi, resterebbe ancora da verificare la possibilità di emulare il mercato, attraverso regole e procedure atte ad assegnare titoli e risorse a coloro che sapessero impiegarli nel modo più efficiente".

²⁷³ Nel mese di marzo del 2007, a ridosso dell'approvazione di un ambizioso documento di politica energetica, la Commissione europea è tornata ad insistere sulla necessità di concedere maggiore spazio agli strumenti di mercato, a tutela dell'ambiente, con un libro verde appositamente dedicato all'argomento. Si tratta del libro verde «sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi», del 28 marzo 2007, COM(2007) 140 def., successivo alla comunicazione della Commissione «Una politica energetica per l'Europa», del 10 gennaio 2007, COM(2007) 1. Ma in precedenza si vedano la Decisione n. 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente; la Comunicazione della Commissione del 24 gennaio 2001, sul sesto programma, "Ambiente 2010: il nostro futuro, la nostra scelta", COM(2001) 31 def., giudica indispensabile integrare degli schemi di intervento tradizionali con un approccio strategico, capace di influenzare il processo decisionale negli ambienti imprenditoriale, politico, dei consumatori, dei cittadini. La comunicazione propone cinque direttrici prioritarie di azione strategica: migliorare l'applicazione della legislazione vigente, integrare le tematiche ambientali nelle altre politiche, collaborare con il mercato, coinvolgere i singoli cittadini, modificandone il comportamento, includere la variabile ambientale nelle decisioni in materia di assetto e gestione territoriale. Per ciascuna di queste direttrici, la Commissione propone azioni specifiche, illustrate nel provvedimento.

²⁷⁴ Il capitolo 2 della Strategia d'azione per lo sviluppo sostenibile in Italia (CIPE, *Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia*, approvata il 2 agosto 2002 con Deliberazione

punto, si sfumano se si considera che si tratta di un fenomeno normale, se si pena che autorità e mercato raramente si escludono a vicenda²⁷⁵, perché molto più spesso si integrano secondo combinazioni differenti²⁷⁶.

Il cuore del problema, dunque, è come incidere sulle libere scelte dei singoli per garantire una azione efficace di realizzazione dell'interesse ambientale.

Accanto agli interventi “tradizionali” da parte delle amministrazioni, svolgono un ruolo centrale gli “strumenti di mercato”, con i quali si cerca di incidere sulla variabile della tutela ambientale, inserendole tra le variabili su cui si basano le scelte di operatori pubblici e privati, imprese e singoli.

Gli strumenti sono vari e ad ognuno di essi varia il grado di incidenza dell'intervento pubblico.

n. 57, il cui cap. 2, par. 18 ss., è dedicato agli strumenti di azione ambientale) afferma che «un'efficace strategia di azione ambientale richiede il superamento dell'approccio di “comando e controllo” e la promozione di comportamenti volontari da parte di tutti gli attori sociali». Da evidenziare è il par. 19 che aggiunge che “occorre una rivisitazione degli strumenti della politica ambientale in direzione del miglioramento della legislazione di protezione ambientale e della sua applicazione; dell'integrazione dell'ambiente nelle politiche di settore e nei mercati; dell'attuazione della riforma fiscale ecologica; della mitigazione delle esternalità ambientali e della eliminazione dei sussidi perversi; della introduzione della contabilità ambientale; della maggiore efficacia dei processi di informazione e partecipazione del pubblico; della crescita del ruolo decisionale dei cittadini; dello sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica; della formazione e dell'informazione”.

²⁷⁵ Sui fallimenti del mercato in materia ambientale si vedano, M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, Carocci, 2002; G. PANELLA, *Economie e politiche dell'ambiente*, Carocci, 2002.

²⁷⁶ Evidenzia M. CAFAGNO, *Strumenti di mercato e tutela dell'ambiente*, in G. ROSSI (a cura di) *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008, che “orientare i modelli di produzione e di consumo alla meta della sostenibilità è un'operazione istituzionale bisognosa di un livello di capillarità e di flessibilità che soltanto un duttile sistema di incentivi è in grado di promuovere e che, dunque, non può essere affidata alla mera predisposizione di obblighi e divieti o all'esclusivo esercizio dell'autorità”, e dunque, “la morale, abbastanza intuitiva, di queste facili premesse è che, soprattutto nel nostro campo, strumenti autoritativi e strumenti economici vanno amalgamati e servono congiuntamente, poiché i difetti degli uni sono mitigati dai pregi degli altri”.

Sulla linea di studio indicata con l'espressione “economia ecologica” si vedano, tra i molti, M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, cit.; G. BOLOGNA, *Manuale della sostenibilità*, Edizioni Ambiente, 2005, p. 144 ss.; R. COSTANZA-J. CUMBERLAND-H. DALY-R. GOODLAND-R. NORGAARD, *An Introduction to Ecological Economics*, Florida, 1997, *passim* e p. 69 ss.; e la rivista “*Ecological Economics*”, attiva da circa 30 anni.

Gli strumenti cui ci si riferisce, infatti, si possono classificare in due macrocategorie.

Una prima serie di strumenti mira semplicemente ad indurre imprese e consumatori, rispettivamente nelle politiche aziendali e nelle scelte di consumo, a tener conto di costi e benefici ambientali, operando così sui mercati esistenti di beni e servizi.

L'amministrazione in sostanza cerca di correggere deficit di informazione in ordine all'impatto ambientale dei prodotti, o dei processi di produzione di beni e servizi: il ragionamento è che se i consumatori conoscono il potenziale inquinante di un prodotto, ciò potrebbe incidere sulle sue preferenze e orientarlo verso prodotti con un impatto ambientale minore; dal punto di vista dell'impresa, invece, questa non investirebbe in tecnologie ambientali costose se l'assenza di visibilità sul punto escludesse ogni beneficio commerciale.

Di fronte a tali considerazioni, l'amministrazione introduce strumenti "volontari" con cui poter dare visibilità all'impatto ambientale dei processi produttivi e dei prodotti equiparabili, e incidere così sugli orientamenti degli operatori, e si spiegano così i marchi di qualità ambientale o alcuni tipi di certificazione ambientale che l'ordinamento comunitario e nazionale conoscono.

In particolare due strumenti di certificazione sono le cosiddette eco-etichette (eco-labels)²⁷⁷ e l'audit ambientale (eco-audit)²⁷⁸, il primo riferito ai

²⁷⁷ L'ecolabel, o marchio di qualità ambientale, è applicato ai prodotti che - a seguito di un'articolata analisi degli impatti ambientali dell'intero ciclo di vita (dall'estrazione delle materie prime occorrenti alla fabbricazione sino allo smaltimento del rifiuto) - si dimostrino conformi a requisiti ecologici assai più severi rispetto agli *standard* legali, tanto da meritare un giudizio di eccellenza ambientale. In ambito comunitario, l'istituto del marchio di qualità ambientale è stato introdotto con il regolamento CEE n. 880/1992, ma il sistema di eco-etichettatura è stato in seguito innovato dal regolamento CEE n. 1980/2000, che ha abrogato il precedente, salvo che in riferimento ai rapporti già perfezionati. La disciplina esclude dal proprio ambito applicativo i prodotti alimentari, le bevande, i prodotti farmaceutici. L'eco-etichettatura si compone di una prima fase finalizzata all'individuazione dei gruppi di prodotti suscettibili di

prodotti, il secondo agli stabilimenti. Entrambi gli strumenti sono liberi, nel senso che i certificati sono accordati alle imprese che per loro scelta accettino di sottostare alle condizioni ed alle verifiche propedeutiche al rilascio, e in questo senso essi presentano un limitato grado di incidenza.

Comunque da un lato l'aumento della conoscenza dei singoli²⁷⁹ e dall'altro l'aumento degli operatori che adottano comportamenti più rispettosi dell'ambiente innescano un circolo virtuoso che accresce il grado di tutela dell'ambiente nell'ambito dell'equilibrio del mercato.

Uno strumento analogo al precedente anche se si riferisce più specificatamente alle pubbliche amministrazioni è quello dei c.d. appalti verdi.

Nelle normative in tema di appalti pubblici è vista con favore ed incoraggiata l'assegnazione da parte della amministrazioni nella valutazione delle offerte di punteggi ulteriori ai prodotti più rispettosi dell'ambiente.

Costi e benefici ambientali divengono variabili che i negozianti sono naturalmente indotti a tenere in debita considerazione e vengono cioè "internalizzati" nei contratti pubblici.

valutazione e dei criteri ecologici applicabili ai fini del giudizio di assegnazione dell'etichetta; e una seconda fase, invece propedeutica alla concreta assegnazione del marchio e gestita a livello nazionale, sotto la supervisione degli organi comunitari.

²⁷⁸ Il c.d. certificato di adesione al procedimento di "audit ambientale" riguarda gli stabilimenti produttivi. Anche in questo caso, l'attestazione presuppone l'assoggettamento dell'intero processo produttivo ad una complessa verifica di conformità a severi requisiti ambientali. È disciplinata dal Regolamento CEE n. 761/2001 (EMAS II). In ambito nazionale, tra le varie norme, meritano un richiamo la già menzionata legge 25 gennaio 1994, n. 70, recante norme per la semplificazione degli adempimenti in materia ambientale, sanitaria e di sicurezza pubblica, nonché per l'attuazione del sistema di ecogestione e di *audit* ambientale, nonché il Decreto 7 maggio 2003, recante disposizioni in materia di promozione di sistemi di gestione ambientale nelle p.m.i. e di concessione dei contributi ai sensi della delibera CIPE n. 63 del 2 agosto 2002.

²⁷⁹ Proprio perché si tratta di strumenti che si basano sulla conoscenza da parte dei cittadini, l'ecoaudit fa più fatica a diffondersi dei marchi di prodotto, a causa della minor visibilità e della conseguente minor capacità di procurare all'impresa ritorni in termini di immagine. Sul punto M. BRESSO, *Economia ecologica*, cit., p. 34. Si veda anche per una prospettiva più ampia, V. G. BELLOMO, *La gestione dell'ambiente ed i nuovi strumenti*, in AA.VV., *Principi di diritto ambientale*, cit., p. 122 ss.

Come noto, da un precedente incertezza della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha a volte posto come limite invalicabile il collegamento con l'oggetto dell'appalto, altre volte ha avallato bandi che attribuivano punteggi preponderanti ai profili ambientali²⁸⁰, una sostanziale valorizzazione dei profili ambientali nell'attribuzione delle commesse, figura invece tra le novità sancite dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Nel 2005, peraltro, la Commissione europea ha pubblicato un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili²⁸¹, in cui si legge che “in Europa gli enti pubblici sono i maggiori consumatori; spendono, infatti, circa il 16 % del prodotto interno lordo dell'Unione europea (ovvero un importo pari a metà del PIL della Germania). Utilizzando il loro potere d'acquisto per scegliere beni e servizi che rispettino anche l'ambiente, possono contribuire in misura notevole al raggiungimento dello sviluppo sostenibile”.

L'art. 83 del Codice di contratti pubblici, approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, consente alle stazioni appaltanti, in armonia con le direttive, di elevare le caratteristiche ambientali delle prestazioni a parametro di scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e ciò dovrebbe portare al superamento delle incertezze sul punto ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Una seconda serie di strumenti invece vedono la mano pubblica parrebbe adoperarsi nella vera e propria creazione di “mercati artificiali”, per lo

²⁸⁰ Corte giust. CE, Sez. VI, sentenza del 4 dicembre 2003, Causa C-448/01, *EVN AG et Wienstrom GmbH*; cfr., anche, Corte giust. CE, sentenza del 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*, in *Racc.*, p. I-7213

²⁸¹ Commissione Europea, *Acquistare verde. Un manuale sugli appalti pubblici ecocompatibili*, Lussemburgo: Ufficio delle pubblicazioni ufficiali delle Comunità europee, 2005, visionabile all'indirizzo <http://europa.eu.int>.

Il documento aggiunge che “parlare di acquisti verdi significa anche fornire un esempio, influenzare il mercato, [...] offrire a all'industria incentivi concreti per lo sviluppo di tecnologie verdi e, considerando i costi del ciclo di vita di un appalto, risparmiare materiali ed energia, ridurre la quantità di rifiuti, ridurre”.

scambio di beni e titoli rappresentativi di valori ambientali che, in assenza dell'intervento pubblico, nemmeno esisterebbero.

In questo senso va precisato, che questi strumenti di mercato sono in realtà misti, nel senso che condizione della loro esistenza è la decisione a monte che consente la creazione del mercato.

Si tratta cioè di strumenti di c.d. *cap and trade* in cui a monte del mercato vi è la fissazione ad esempio del tetto massimo di inquinamento tollerabile, che poi consente a valle alle dinamiche economiche l'allocazione della risorsa-obiettivo all'interno di questo limite tra i diversi operatori, creando un mercato artificiale²⁸².

Un esempio è dato dal c.d. mercato per la negoziazione dei permessi di inquinare.

Anziché stabilire una sorta di prezzo delle risorse o dei servizi ecosistemici, con decisione pubblica si prestabilisce la quantità complessiva consumabile, evidentemente anche sulla base di criteri di precauzione di fronte all'incertezza scientifica circa gli effetti sul sistema nel suo complesso.

Una ulteriore decisione pubblica è necessaria per ripartire il quantitativo totale stabilito tra gli operatori economici; in pratica, vengono confezionati permessi - singolarmente conferenti il diritto ad una frazione del volume totale giudicato accettabile (di emissioni inquinanti autorizzate o di risorse naturali prelevabili) – in numero tale che il cumulo delle singole quote eguagli il quantitativo globale programmato.

²⁸² L'espressione si deve a M. BRESSO, *Per un'economia*, cit., p. 229 ss.. Sul punto si vedano W.J. BAUMOL-W.E. OATES, *The Theory of environmental policy*, cit., p. 188 ss.; M. BRESSO, *Per un'economia*, cit., p. 229 ss.; B. GUSTAFSSON, *Scope and limits of the market mechanism in environmental management*, cit., p. 259 ss.; T.C.M. ROSE, *Common Property, Regulatory Property, and Environmental Protection: Comparing Community-Based Management to Tradable Environment Allowances*, in AA.VV., *The Drama of the Commons*, (a cura di) E. OSTROM-T. DIETZ-N. DOLSAK-P.C. STERN-S. STONICH-E. WEBER, National Research Council, Washington D.C., National Academy Press, 2002, p. 233 ss.; T. TIETENBERG, *Economia dell'ambiente*, Il Mulino, 2006, p. 184 ss

I permessi sono quindi assegnati alle imprese, mediante asta o diversa procedura amministrativa, conforme ai criteri distributivi favoriti dall'ordinamento.

Gli operatori economici sono infine lasciati liberi di negoziare i titoli (o le eventuali eccedenze) in un apposito mercato.

Va ribadito dunque che la determinazione del *prezzo*, che guida l'allocazione dei permessi, viene invece a dipendere da dinamiche di mercato, ma «il cardine del sistema dei permessi negoziabili è costituito da una scelta autoritativa che cade sulla *quantità* di risorse ambientali asportabili»²⁸³.

Non a caso è proprio su questo punto del resto che lo scontro politico tra i vari Paesi è più forte in ordine alla attuazione del Protocollo di Kyoto che, come noto, si riferisce alle emissioni di gas ad effetto serra e che si impernia proprio sul modello dei permessi negoziabili²⁸⁴.

²⁸³ Così M. CAFAGNO, *op.cit.*

²⁸⁴ Il Protocollo, adottato il 10 dicembre 1997, impegna i paesi industrializzati enumerati nell'allegato I a ridurre le emissioni di gas ad effetto serra (soprattutto anidride carbonica, ma anche metano, protossido di azoto e tre composti fluorurati), entro il 2012, nella misura complessiva del 5,2% rispetto ai livelli del 1990. Gli impegni sono differenziati da Paese a Paese. Il conseguimento della meta si appoggia a meccanismi cosiddetti "flessibili". La *Relazione ministeriale sullo stato dell'ambiente dell'anno 2005*, da poco pubblicata e consultabile online presso il sito del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, a p. 2 li descrive sinteticamente nei termini che seguono: "a) il Clean Development Mechanism (CDM), con il qua le i paesi industrializzati possono acquisire 'crediti di emissione' mediante la realizzazione nei paesi in via di sviluppo di progetti per la riduzione delle emissioni di CO₂ e degli altri GHG. [...] In paesi ad elevato tasso di crescita economica gli investimenti nei settori energetico e industriale, realizzati con tecnologie efficienti, con l'impiego di fonti di energia rinnovabili e con il recupero del metano dalle discariche delle megalopoli, consentono di generare crediti di emissione in elevata quantità e a costi inferiori di 3-4 volte rispetto a quelli che sarebbe necessario sostenere nei paesi industrializzati; b) la Joint Implementation (JI), con la quale i paesi industrializzati possono realizzare progetti in comune da cui ricavare 'crediti di emissione'. Questo è, in particolare, il caso di progetti in Russia e nei paesi dell'Europa centro orientale, che presentano ampi margini di riduzione delle emissioni, attraverso il recupero di efficienza e la riduzione dei consumi nel settore energetico; c) l'Emissions Trading (ET), ovvero il mercato dei crediti di emissione. La Comunità europea ha firmato il protocollo il 29 aprile 1998, mentre la ratifica dell'UE è sopraggiunta il 31 maggio 2002. L'Italia a propria volta ha provveduto alla ratifica con l. 1 giugno 2002, n. 120. La Direttiva 2003/87/CE ha quindi istituito un sistema per lo scambio di quote di emissioni dei gas a effetto serra nella Comunità (v. AA. VV. , *La nuova direttiva sullo scambio di quote di emissione*, a cura di B. POZZO, Milano,

Un ulteriore sistema basato su un meccanismo di c.d. *cap and trade*, si registra nel settore liberalizzato della produzione di energia elettrica, in cui la finalità della protezione ambientale ha spinto il legislatore ad incentivare la produzione di fonti rinnovabili nonché a realizzare obiettivi di efficienza energetica²⁸⁵.

Si tratta del sistema italiano dei c.d. certificati verdi.

A monte vi è una decisione di obbligare le imprese a produrre un certo quantitativo di energia da fonti rinnovabili, creando così automaticamente domanda di energia da fonti rinnovabili²⁸⁶.

L'obbligo può essere adempiuto investendo in impianti di produzione da fonti rinnovabili, ma se gli operatori non hanno convenienza in tali investimenti, possono acquistare certificati attestanti la produzione di energia verde da parte dei produttori che dispongono degli appositi impianti, per un quantitativo pari a quello che è oggetto dell'obbligo di legge.

Giuffrè, 2003). La direttiva ha trovato in Italia una prima attuazione (tardiva, tanto da incorrere nella condanna della Corte Europea) con la legge 30 dicembre 2004, n. 316, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 12 novembre 2004, n. 273. L'art. 14 della Legge 18 aprile 2005, n. 62 ha quindi delegato il Governo ad emanare un decreto legislativo per l'integrale recepimento della Direttiva 2003/87/CE. Quanto ai passaggi successivi, si consulti il n. 1 dell'anno 2005 della *Rivista giuridica dell'ambiente*, appositamente dedicato al protocollo di Kyoto ed alla sua attuazione ed *ivi*, M. DENTE, *Il lungo cammino dell'Italia verso Kyoto. La programmazione italiana in materia di politiche dei cambiamenti climatici e le recenti norme di attuazione*, p. 59 ss., M. MONTINI, *Il sistema di risoluzione delle controversie previsto per il Protocollo di Kyoto*, 27 ss.; si vedano anche AA. VV., *Sostenibilità e cambiamenti climatici*, a cura di F. RANGHIERI, Milano, 2005; S. ALAIMO, *Protocollo di Kyoto*, Firenze, 2005.

²⁸⁵ Sui sistemi di incentivazione nel settore elettrico, con specifico riferimento ai certificati verdi e bianchi cfr.: F. PERNAZZA, *I certificati verdi: un nuovo bene giuridico?*, in *Rass. giur. en. elettrica*, 2006, p. 147 ss.; nonché i richiamati scritti di M. CAFAGNO, M. CLARICH e A. LOLLI. Per un'analisi dei primi anni di attuazione di simili sistemi di certificazione, v. il documento *Gli oneri per il sistema elettrico nazionale per la promozione delle fonti rinnovabili di energia e di altri impianti e forme di produzione incentivate o sussidiate*, a cura dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (presentato nel giugno 2007 alla X Commissione Attività produttive della Camera dei deputati).

²⁸⁶ L'art. 11, comma 1, d.lgs. 16 marzo 1999 n. 79 obbliga coloro che producono o importano energia elettrica da fonte non rinnovabile ad immettere ogni anno nel sistema elettrico nazionale una quota di energia prodotta da fonti rinnovabili, pari al 2% (valore progressivamente aumentato negli anni successivi) di quanto prodotto o importato da fonti convenzionali, per i produttori che immettono più di 100 GWh/anno.

Tali certificati, c.d. verdi, attestano che l'energia acquistata proviene da fonti rinnovabili e sono rilasciati dal Gestore dei servizi elettrici ai produttori in possesso di impianti IAFR (Impianto Alimentato da Fonte Rinnovabile), così qualificati in esito ad un'ulteriore certificazione rilasciata dallo stesso Gestore e volta ad accertare la conformità degli impianti ad una serie di parametri e requisiti tecnici predefiniti²⁸⁷.

I certificati verdi sono oggetto di scambio o per effetto di negoziazioni bilaterali tra gli operatori gravati dall'obbligo di legge e i produttori da fonti rinnovabili, o sul mercato, organizzato dal Gestore del mercato elettrico (società controllata dal GSE, al quale spetta tale funzione ai sensi del D.M. 24 ottobre 2005), secondo le regole poste dal GSE²⁸⁸.

Un meccanismo del tutto analogo a quello analizzato in tema di certificati verdi concerne il sistema dei c.d. certificati bianchi o TEE (titoli di efficienza energetica).

Si tratta di mercato artificiale creato per incentivare la realizzazione di progetti di risparmio energetico da parte dei distributori di energia elettrica e di gas naturale.

²⁸⁷ Ogni certificato verde è rappresentativo di un determinato quantitativo di energia verde prodotto dagli impianti IAFR (attualmente pari a 50 MWh); i certificati sono rilasciati dal Gestore dei servizi al produttore annualmente in rapporto all'energia prodotta.

²⁸⁸ Il sistema consente quindi ai produttori da fonti rinnovabili di ricevere un significativo finanziamento in ragione dell'energia pulita prodotta, in aggiunta al prezzo di vendita dell'energia generata. Spetta al GSE acquisire e rivendere i certificati verdi in eccesso, annullarli e sovrintendere all'adempimento degli obblighi di legge da parte dei produttori o importatori di energia da fonte non rinnovabile. L'irrogazione delle sanzioni nell'ipotesi di violazione degli obblighi di legge spetta invece all'Autorità per l'energia elettrica e il gas. La legge finanziaria per il 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 2, commi 143-157), oltre ad innalzare la soglia della percentuale di energia verde oggetto dell'obbligo di immissione nel mercato da parte dei produttori di energia da fonte non rinnovabile, ha introdotto (per gli impianti entrati in esercizio in data successiva al 31 dicembre 2007) una differenziazione degli incentivi per tipi di fonte (eolico, geotermico, idroelettrico, biomasse e moti ondosi) tenendo conto del fatto che alcune forme sono ancora sperimentali e quindi necessitano di maggiori incentivi (come quella da moti ondosi). Inoltre la legge, con riferimento ai medesimi impianti, ha prolungato a 15 anni (dagli originari 8 e poi 12) il periodo di rilascio dei certificati verdi.

L'art. 9, comma 1, d.lgs. n. 79/1999 definisce l'obbligo per le imprese incaricate della distribuzione di energia in ambito locale, di realizzare "misure di incremento dell'efficienza energetica degli usi finali di energia" secondo obiettivi quantitativi determinati con decreto del Ministero delle attività produttive di concerto con il Ministero dell'ambiente²⁸⁹. Difficilmente le imprese, in condizioni di mercato, realizzerebbero tali finalità visto che vanno contro l'aumento delle vendite e quindi il consumo energetico, che rappresenta il loro interesse economico.

Come nel sistema dei certificati verdi, i distributori possono o procedere direttamente agli investimenti, oppure acquistare certificati bianchi. I certificati bianchi sono emessi dal Gestore del mercato elettrico sulla base dei progetti di risparmio energetico presentati dai distributori o dalle c.d. ESCO (*Energy Service Companies*), società terze rispetto ai distributori, operanti nel settore dei servizi energetici, le quali possono dare esecuzione agli interventi di efficienza energetica; i progetti devono essere approvati dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas la quale è competente a verificare l'effettiva entità del risparmio energetico connesso all'attuazione del processo. L'unità di misura dei certificati bianchi è il Tep, cioè una tonnellata equivalente di petrolio risparmiata²⁹⁰. I distributori possono così adempiere all'obbligo di legge anche solamente finanziando i progetti di risparmio energetico formulati dalle ESCO tramite l'acquisto dei certificati bianchi a loro assegnati; per i costi sostenuti dai distributori è prevista una copertura tariffaria da parte dell'Autorità per

²⁸⁹ Una disposizione analoga è contenuta, nel settore del gas, nell'art. 16, comma 4, d.lgs. 23 maggio 2000 n. 164 (i due decreti ministeriali attuativi, con riferimento ai due distinti settori, sono stati emanati il 20 luglio 2004).

²⁹⁰ La tipologia degli interventi effettuabili e degli obiettivi perseguibili è indicata in specifici decreti ministeriali (si spazia dagli obiettivi di sostituzione di prodotti ad efficienza energetica più alta a quelli di riduzione della dispersione termica negli edifici).

l'energia elettrica e il gas, che finisce con il far gravare sull'utenza il finanziamento dei progetti di risparmio energetico²⁹¹.

Come si può constatare sia il sistema dei certificati verdi che quello dei certificati bianchi, analogamente a quanto detto a proposito della negoziazione dei permessi di inquinare, sono la risultante di un insieme di elementi in cui i meccanismi di mercato sono variamente temperati da interventi pubblici di vario tipo: non solo infatti il mercato è creato dalla legge, ma le negoziazioni dei titoli e il prezzo di scambio sono fortemente influenzate dall'attività di un organismo amministrativo, qual è il Gestore dei servizi elettrici.

Risulta così confermata la caratteristica tipica di tali sistemi in cui l'interesse pubblico è perseguito tramite strumenti privatistici e al contempo le attività private sono sorrette e regolate da interventi pubblici di varia intensità. Peraltro, la funzionalità dei sistemi citati sistema è supportata da meccanismi sanzionatori, facenti capo all'Autorità per l'energia e pienamente ascrivibili ai tradizionali strumenti c.d. *command and control*.

Ulteriori strumenti di intervento pubblico di regolazione che si pongono a metà tra i mercati artificiali e lo stimolo volontario delle condotte dei consumatori e delle imprese verso comportamenti più rispettosi dell'ambiente, sono rappresentati dai sussidi e dalle imposte correttive., che pongono un'intensificazione dell'interferenza pubblica, rispetto agli strumenti volontari.

²⁹¹ Anche in tal caso i certificati possono essere acquistati tramite negoziazioni dirette o scambiati sul mercato sotto la vigilanza del Gestore del mercato elettrico. L'attività di verifica e di certificazione svolta dal Gestore del mercato elettrico è regolata dalla delibera AEEG del 18 settembre 2003 n. 103, che analiticamente disciplina sia la procedura che le tipologie di certificati che possono essere emessi. Con decreto del Ministro dello Sviluppo economico del 21 dicembre 2007 il sistema dei certificati bianchi, che ha avuto un notevole successo nei primi anni di applicazione, ha conosciuto uno sviluppo ulteriore: sono stati ampliati gli obblighi di efficienza energetica per i distributori ed è stato ampliato lo stesso ambito dei destinatari dell'obbligo di legge (nella fase iniziale erano interessati solo i distributori con più di 100.000 clienti, mentre con il decreto gli obblighi sono stati estesi anche ai distributori con un numero di clienti compresi tra 50.000 e 100.000).

Con le imposte correttive²⁹² si condizionano le condotte di mercato modificando autoritativamente i costi di accesso al sistema ambientale, mediante diretta o indiretta assegnazione di un “prezzo” a servizi e risorse naturali, altrimenti gratuiti e liberamente accessibili.

Il prezzo quindi non origina dallo spontaneo incontro di domanda ed offerta, ma da una decisione pubblica.

Ogni singolo destinatario rimane pur sempre libero di fare le proprie scelte confrontando il “prezzo” applicato alla risorsa con le spese che, data la propria funzione di costo, dovrebbe affrontare per moderare il consumo.

Una tassa applicata alle emissioni inquinanti, ad esempio, è in grado di premere per la loro riduzione, fintanto che l'abbattimento implichi una spesa inferiore all'entità dell'esborso²⁹³.

²⁹² Sull'imposta correttiva (o imposta ecologica) la letteratura è vasta. Si rinvia a M. BRESSO, *Per un'economia ecologica*, cit., p. 219 ss.; sull'argomento generale, tra i moltissimi lavori: W.J. BAUMOL-W.E. OATES, *The Theory of environmental policy*, cit., p. 156 ss.; A. BARILETTI, *Uso delle risorse ambientali e analisi economica*, in AA. VV., *Ambiente e diritto*, (a cura di) S. GRASSI-M. CECCHETTI-A. ANDRONIO, vol. I, Leo S. Olschki, Firenze, 1999, p. 101 ss.; M. BUCELLO-M. CAFAGNO, *Inquinamento*, cit.; I. MUSU, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 37 ss.; OECD, *Environmentally Related Taxes*, in *OECD Countries. Issues and Strategies*, 2001; F. ROMANI, *Strumenti*, cit., p. 232 e p. 238 ss.; si vedano anche gli studi pubblicati dalla Direzione Generale Ambiente della Commissione Europea, al momento reperibili su internet al sito europa.eu.int/comm/environment/enveco/taxation.

²⁹³ Naturalmente lo strumento delle “tasse”, intese come oneri finanziari aggiuntivi addossati all'inquinamento o al deterioramento ambientale, può tradursi nelle applicazioni più diverse. Sono così ipotizzabili esborsi correlati all'uso o tasse sui reflui o imposte sul prodotto o, ancora, oneri tariffari, canoni di controllo e di autorizzazione. Tra gli esempi, recenti e meno recenti, si pensi all'imposta erariale sulle emissioni sonore, alla tassa sulle emissioni di anidride solforosa e di ossidi di azoto, all'imposta sul consumo di carbone, al sovrapprezzo sulle batterie e pile esauste, all'imposta di fabbricazione sui sacchetti di plastica, al contributo di riciclaggio sui contenitori in plastica di liquidi, al contributo sull'eliminazione degli oli usati, alle tariffe per i servizi idrici e per il trattamento e la raccolta delle acque e dei rifiuti solidi urbani. Per una rassegna di ipotesi, contemplate dalle discipline settoriali, col corredo di riferimenti normativi, Ministero dell'Ambiente, *Relazione sullo Stato dell'Ambiente 2001*, nel cap. dedicato a *Gli strumenti economici, la spesa pubblica e la contabilità ambientale*, p. 395 ss., attualmente consultabile sul sito internet dell'amministrazione. In ambito comunitario, un primo quadro generale è offerto dalla Comunicazione della Commissione Europea del 26 marzo 1997, «Tasse ed imposte ambientali nel mercato unico», COM(97) 9 def..

Accanto ai benefici che lo strumento può apportare nel disincentivare determinate condotte rispetto ad altre, è pur vero che lo strumento è variamente criticato sotto più profili.

In particolare si è evidenziato che essa determinerebbe una ingiusta legalizzazione di una sorta di vendita del diritto ad inquinare, ma si tratta di un discorso che riguarderebbe anche altri interventi regolativi, si pensi ad esempio ai mercati artificiali). Un ulteriore elemento critico è rappresentato dal possibile trasferimento dell'imposta sui consumatori, attraverso opportune politiche di prezzo, ma ciò, se vale a raccomandare una cautela nell'utilizzazione dello strumento, non sembra essere decisivo; piuttosto è indice della necessità di una oculata valutazione pubblica in ordine all'impatto del rimedio sul singolo tipo di attività e nel contesto in cui si svolge. È intuitivo, ad esempio, che una tassa ambientale che fosse ad esempio applicata a prodotti inquinanti forniti da un monopolista potrebbe determinare un semplice aumento dei prezzi applicati ai clienti, trasferendo su di loro il costo ambientale, a differenza di quanto potrebbe accadere in un contesto caratterizzato da più operatori²⁹⁴.

A differenza delle tasse ecologiche, i sussidi funzionano in senso inverso: anziché tassare un'attività inquinante per limitarne la crescita, si stimola la riduzione dell'attività inquinante con sussidi, che possono essere diretti o indiretti. Tra gli esempi di utilizzazione dello strumento dell'incentivo, anch'esso suscettibile di assumere forme diverse, sono annoverabili le disposizioni che subordinano la fiscalizzazione di oneri sociali o il riconoscimento di sgravi contributivi all'osservanza delle norme a tutela dell'ambiente, l'attribuzione di un credito di imposta o di vantaggi

²⁹⁴ Sul punto si veda W.J. BAUMOL, W. E. OATES, *The Theory of Environmental Policy*, cit., p. 79 ss..

procedimentali alle imprese che aderiscano a sistemi di gestione ambientale o Emas, la previsione di un sussidio per le spese di costruzione o di ammodernamento degli impianti depurativi, i contributi finanziari agli enti locali per la costruzione e gestione di impianti pubblici di disinquinamento, i contributi per la ricerca e l'innovazione tecnologica capace di favorire processi produttivi meno inquinanti

Il sussidio promuove dunque il contenimento del degrado ambientale internalizzando il beneficio sociale dell'adozione di misure antinquinanti, tuttavia la contropartita è che, gravando sui contribuenti, aumenta i costi collettivi dell'attività incentivata²⁹⁵.

Un ulteriore punto di criticità, poi, è dato anche dalla sua compatibilità con l'ordinamento comunitario in ragione delle alterazioni della concorrenza cui può dar luogo.

²⁹⁵ Per una più dettagliata disamina, v. nuovamente Ministero dell'Ambiente, *Relazione sullo Stato dell'Ambiente 2001*, cit., p. 395 ss.; in dottrina, tra i molti, W.J. BAUMOL-W.E. OATES, *op. ult. cit.*, p. 211 ss.; M. BUCELLO-M. CAFAGNO, *Inquinamento*, cit., §§ 6 e 7; I. MUSU, *Introduzione*, cit., p. 53 ss.; D. W. PEARCE-R.K. TURNER, *Economia delle risorse naturali e dell'ambiente*, p. 114 ss.; F. ROMANI, *Strumenti*, cit., p. 234. Si veda inoltre la Comunicazione della Commissione Europea dedicata alla «Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente» (GUCE C 37 del 3 febbraio 2001).

CAPITOLO V

SPUNTI DI RIFLESSIONE CONCLUSIVI SULLA CATEGORIA DEI BENI COMUNI E SULLA SOSTENIBILITÀ DELLE SCELTE PUBBLICHE DI REGOLAZIONE. LE QUESTIONI APERTE.

*5.1 Dai beni pubblici ai beni comuni. Una ipotesi da rivedere. - 5.2
Il principio di sviluppo sostenibile come forma e limite della
proporzionalità delle scelte. Il vincolo delle generazioni future e i
problemi di effettività della tutela. - 5.3 Le questioni aperte*

5.1 Dai beni pubblici ai beni comuni. Una ipotesi da rivedere.

In conclusione dell'analisi si potrebbe provocatoriamente affermare che, se le caratteristiche dei beni comuni sono la scarsità, la sovranazionalità e l'essere rivolte alle generazioni future, allora non siamo in presenza di una vera e propria categoria giuridica nuova, autonoma e necessaria.

Il concetto di "beni comuni" assume piuttosto un notevole valore descrittivo di selezione delle caratteristiche peculiari delle risorse connesse ad interessi che trascendono i soggetti che esercitano funzioni di tutela e gestione, come nel caso dell'interesse ambientale.

Dall'analisi della proposta, pur suggestiva, di introduzione nell'ordinamento di un *tertium genus* di beni, sembra piuttosto che le caratteristiche di tale ipotesi consistano di fatto nell'introduzione di un regime pubblico rafforzato rispetto a tali beni. Il rafforzamento consisterebbe nella sottrazione del riferimento al soggetto pubblico ed al rivolgere l'appartenenza (che sfuma fino ad essere irrilevante perché su scala globale) e la titolarità in capo alla collettività. Ciò in ragione della fruizione collettiva cui le risorse sono destinate.

Tuttavia tale connotato pubblico rafforzato, in senso di fruizione collettiva intergenerazionale garantita, non presuppone il superamento della categoria dei beni pubblici.

E' sufficiente, seppur impegnativo, sviluppare fino in fondo il processo di funzionalizzazione dei beni all'interesse e recuperare l'elaborazione dottrinale che pone al centro dell'analisi le utilità assicurate dai beni.

Sembra quasi che l'ipotesi di riforma, se nelle intenzioni volge l'attenzione alle utilità garantite dai beni, in realtà soffra del mancato

superamento proprio dell'associazione tra attributo pubblico e proprietà pubblica.

Come l'evoluzione della disciplina dei beni pubblici ha dimostrato, ben può esserci un connotato pubblico dei beni a prescindere dall'appartenenza, come testimonia la dottrina che ricolloca la teoria dei beni in un'ottica di "destinazione pubblica" e la stessa disciplina comunitaria che si dimostra addirittura indifferente al regime proprietario dei beni.

Senza la necessità di coniare una nuova categoria, anche i beni pubblici, come i beni comuni, sono ormai fuori da una concezione soggettiva dei beni, in quanto proiettati in una dimensione funzionale.

Ben può essere quindi inquadrata in una particolare forma di destinazione pubblica rafforzata la disciplina delle risorse naturali, laddove con il connotato "pubblico" si aggettiva l'appartenenza alla collettività sia delle risorse, sulle quali comunque permangono possibili regimi proprietari differenti, ma soprattutto delle utilità da queste generate, quindi sui c.d. servizi naturali.

Occorre quindi fare un passo indietro e invertire la prospettiva. Procedere dall'analisi del perché dei fenomeni giuridici e da questo trarne le discipline. L'attenzione va quindi in primo luogo spostata dai beni agli interessi. Solo in conseguenza della conformazione degli interessi potranno essere delineati vincoli e poteri di conformazione sui beni, eventualmente anche in termini di appartenenza e proprietà.

L'interesse ambientale che permea le risorse naturali si trasforma in realtà nell'interesse alla fruizione collettiva intergenerazionale delle utilità che richiede la garanzia di accessibilità collettiva.

Sono quindi le utilità ad essere comuni, e non i beni.

Tali utilità non coincidono con le risorse ed i loro frutti, in un ottica produttiva e di sfruttamento, poiché riguardano quei “servizi naturali” cui fanno riferimento le normative sul danno, che comprendono oltre che valori d’uso della risorsa, anche valori di esistenza e di lascito, e che prescindono da una attività positiva ed estrattiva dell’uomo.

In questa prospettiva il problema consiste nell’individuare modi e criteri di selezione delle utilità che il bene assicura per consentire l’attribuzione e quindi il trasferimento di prerogative di sfruttamento individuale, accanto alla prerogativa all’uso comune da parte di tutti. In questi termini si tratta, quindi, di ipotizzare una coesistenza tra uso comune ed appropriazione individuale di determinate utilità della risorsa, non disapplicando la regola che impedisce l’appropriazione esclusiva, che altrimenti verrebbe a negare la prerogativa all’uso comune, ma considerando la possibilità di isolare singole componenti dal fascio delle possibili utilità.

In sintesi, il problema si colloca sul piano della selezione delle diverse utilità, cioè sul piano della possibilità di estrarre utilità diverse da quelle protette in ragione dell’interesse ambientale, e dell’individuazione del soggetto a cui spetti, in concreto, questa selezione ed il ruolo di coordinatore.

Si è fatto riferimento per le risorse naturali alla necessità di ancorare i beni di cui sono composte ai diritti fondamentali dell’uomo, poiché le utilità che generano sono essenziali alla sopravvivenza. Tuttavia anche questo aspetto, che da più parti si solleva per giustificare una tutela differenziata, può essere fuorviante se non adeguatamente circoscritto. Infatti anche il diritto alla salute è un diritto fondamentale, ma i beni strumentali alla realizzazione di esso non sono beni comuni.

In ultima analisi le peculiarità che possono essere ascritte alle risorse naturali in quanto beni riguardano proprio la sovranazionalità e la intergenerazionalità.

Per la sovranazionalità occorre notare come, in realtà, ancorare la disciplina dei beni a questo dato può rivelarsi infruttuoso, dal momento che appare ineliminabile, in assenza di un soggetto – ente esponenziale della collettività di riferimento (globale) il riferimento allo Stato quale ente territoriale rappresentativo in un'ottica di sussidiarietà ascendente che tuttavia incontra un limite invalicabile nella necessità di effettività dell'ordinamento. Il dato di rilievo consiste piuttosto nell'esigenza di indagare quale effetto complessivo sul bene ambiente possono assicurare interventi che necessariamente saranno di scala.

Anche con riferimento alla scala, tuttavia, non bisogna dare per scontato che la sussidiarietà operi sempre in modo ascendente, ben potendo invece i beni essere meglio gestiti e tutelati a livello locale. Ci si trova quindi dinanzi alla necessità di valutare a seconda del tipo di bene a cui ci si riferisce, agli effetti delle mutazioni di esso ed alla loro capacità di propagazione, quale sia il livello ottimale di allocazione delle funzioni. La preferenza, anche senza riferirsi alle indicazioni che provengono dalla teoria economica, cade sull'opzione che vede lo Stato titolare di funzioni sulla base della presunzione di maggiore padronanza della dimensione collettiva del bene. Solo l'azione pubblica ha la necessaria visione di lungo periodo ed è esponenziale di un collettività.

Tuttavia, se il bene ambiente è un bene unico e indivisibile, come sottolineato da giurisprudenza e dottrina e dalla letteratura delle scienze naturali, allora può esser opportuno collocare in questa dimensione globale l'interesse e le utilità generate.

Ciò conduce all'ultimo passaggio logico del ragionamento svolto, ovvero ad interrogarsi se il soggetto pubblico che esercita la funzione di regolazione delle utilità collettive che riguardano i beni incontri un vincolo di rispetto del valore intergenerazionale degli stessi.

E' questo il connotato che realmente differenzia i beni "comuni" dagli altri beni.

L'obiettivo di una nuova catalogazione dei beni è di ricercare una forma nuova alla tutela dell'ambiente che sancisca definitivamente come esso configuri un limite alla disposizione delle risorse da parte non solo dei soggetti privati, come accade già, sotto varie forme, da tempo, seppure in diverse intensità, ma soprattutto da parte del soggetto pubblico.

La necessità di tutela dei beni "comuni" si pone nei confronti del soggetto pubblico, come gabbia in cui poter limitare le possibilità di regolazione di tali beni.

Se il pubblico si pone quale garante e regolatore dell'accesso a beni sulle cui utilità non è consentita appartenenza nè appropriazione, perché è della collettività, una simile funzione non è libera, poiché una scelta di dismissione di talune utilità, determinandone ad esempio per legge l'appropriabilità individuale, può determinare un deterioramento del sistema complessivo.

Ma tale vincolo di indisponibilità non presuppone una differente natura dei beni, e neanche una differente funzione.

Si è visto come la teoria dei beni si sia evoluta verso una concezione oggettiva e funzionale. Il passaggio ulteriore rispetto alle risorse naturali di cui si sono appurate caratteristiche sistemiche e proprietà sovranazionali indivisibili, è di concepire la funzione verso cui i beni sono rivolti come obbligata e non modificabile.

Si pone tuttavia il problema della massimizzazione degli interessi, poiché una tutela assoluta delle prerogative ambientali dei beni contrasterebbe con lo stesso principio di proporzionalità che chiede il sacrificio minimo possibile tra scelte inconciliabili.

A ciò soccorre quale elemento di coerenza del sistema il principio di sviluppo sostenibile, che deve essere interpretato sotto una nuova luce quale vincolo al soggetto pubblico nell'azione di selezione e garanzia della fruizione collettiva delle utilità.

5.2 Il principio di sviluppo sostenibile come forma e limite della proporzionalità delle scelte. Il vincolo delle generazioni future e i problemi di effettività della tutela.

Il concetto di sviluppo sostenibile²⁹⁶ fu coniato a seguito delle contraddizioni emerse nel modello di crescita affermatosi col *boom* economico del secondo dopoguerra.²⁹⁷

Si fa risalire alla Conferenza di Stoccolma, nel 1972, ed al successivo rapporto Brundtland²⁹⁸, la prima definizione in cui viene indicato come “sostenibile” lo sviluppo capace di soddisfare le necessità del presente senza

²⁹⁶ Tra i molti autori che se ne sono occupati, AA.VV., *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, a cura di R. COSTANZA, B. LOW, E. OSTROM, cit., *passim*; K. ARROW, B. BOLIN, R. COSTANZA, P. DASGUPTA, C. FOLKE, C. S. HOLLING, B. O. JANSSON, S. LEVIN, K. G. MALER, C. PERRINGS, D. PIMENTEL, *Economic growth, carrying capacity, and the environment*, in *Science*, 1995, 268, p. 520 ss.; G. BOLOGNA, *Manuale della sostenibilità*, cit., p. 84 ss.; F. LA CAMERA, *Sviluppo sostenibile*, Rimini, Editori Riuniti, 2003, *passim* e 1 ss.; H. E. DALY, *Oltre la crescita*, cit.; P. DASGUPTA, *Benessere umano e ambiente naturale* (trad. it.), Milano, VP edizioni, 2001, p. 187 ss.; E. RONCHI, *Uno sviluppo capace di futuro. Le nuove politiche ambientali*, Bologna, 2000, *passim*; F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, p. 235 ss.; G. SERAFINI, *Economia della sostenibilità*, in AA. VV., *Gestire l'ambiente*, a cura di A. SIRIANNI, Milano, Giuffrè, 1999, p. 3 ss.; G. WALKER, *Dal pensare globale all'agire locale. Il diritto internazionale e la sua influenza sul diritto ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002, p. 913 ss.

²⁹⁷ Nel 1970 il Club di Roma incaricò il System Dynamics Group del Massachusetts Institute of Technology di elaborare un modello del sistema economico mondiale, sulla cui base effettuare opportune simulazioni. Il gruppo stilò una lista di potenziali fattori di crisi e, studiandone le connessioni, concluse, in antitesi con la “teoria della crescita ottima”, in quegli anni dominante, che il progresso economico avrebbe presto raggiunto un limite, se l'industrializzazione, lo sfruttamento delle risorse, l'aumento della popolazione mondiale, dell'inquinamento e della produzione di cibo, fossero proseguiti al ritmo dei decenni precedenti, senza tempestive correzioni. Il rapporto (conosciuto come “rapporto Meadows” sui limiti della crescita: cfr. D.H. MEADOWS, L. MEADOWS, J. RANDERS, W.W. BEHRENS, *The Limits to Growth*, Geneve, *The Club of Rome*, 1972; trad. it. *I limiti allo sviluppo*, Milano, Mondadori, 1981) destò grande interesse, raccogliendo adesioni entusiastiche come pure critiche severe. A trent'anni circa di distanza da quel lavoro, DONELLA MEADOWS, DENNIS MEADOWS, J. RANDERS, hanno ripreso il ragionamento nel recente saggio *I nuovi limiti dello sviluppo* (trad. it.), Milano, Mondadori, 2006.

²⁹⁸ (95) *Our Common Future*, v., in lingua italiana, G.H. BRUNDTLAND (a cura di), *Il futuro di noi tutti. Rapporto della Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo*, Milano, 1989. Il documento è comunemente associato al nome del presidente della Commissione, il primo ministro norvegese Gro Harlem Brundtland. Un commento in M. MONTINI, *l'ambiente nel diritto internazionale*, in AA. VV., *Manuale di diritto ambientale*, a cura di L. MEZZETTI, cit., p. 1 ss.

compromettere le opportunità delle generazioni future. Il passaggio successivo nel riconoscimento giuridico si ebbe poi con la “Dichiarazione di Rio” del 1992. Nello stesso anno le istituzioni comunitarie recepirono il canone dello sviluppo sostenibile nell’accordo di Maastricht²⁹⁹, mentre nell’anno successivo approvarono un Quinto Piano di azione per l’Ambiente³⁰⁰, denominato non a caso “Per uno sviluppo durevole e sostenibile”, fino alla convalida del principio all’interno del Trattato di Amsterdam, nel 1997³⁰¹.

La versione consolidata del Trattato istitutivo stabilisce oggi, all’art. 6, che «le esigenze connesse con la tutela dell’ambiente devono essere integrate nella definizione e nell’attuazione delle politiche e azioni comunitarie [...] in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile»³⁰².

Il rilievo giuridico primario conferitogli dall’inserimento tra i principi generali dei Trattati e della Costituzione Europea si è rivelato decisivo per il successivo riconoscimento in numerosi provvedimenti comunitari dedicati all’argomento³⁰³.

²⁹⁹ Ratificato con legge 3 novembre 1992, n. 454.

³⁰⁰ “Per uno sviluppo durevole e sostenibile”, COM (92) 23, Bruxelles, maggio 1992.

³⁰¹ Ratificato con l. 16 giugno 1998, n. 209; vedi L. KRAMER, *Manuale*, cit., p. 71 ss.

³⁰² Abbiamo già visto che anche l’art. 2 si appella esplicitamente al principio; la dichiarazione n. 20, allegata all’atto di Maastricht (sezione B) in tema di “valutazione dell’impatto ambientale delle misure comunitarie” a sua volta annota “l’impegno della Commissione nel formulare le sue proposte nonché di quello degli Stati membri nell’attuare, di tenere pienamente conto degli effetti di tali proposte sull’ambiente nonché del principio della crescita sostenibile”. La dichiarazione relativa all’articolo 175 del Trattato istitutivo, allegata al Trattato di Nizza, ratificato con legge 11 maggio 2002, n. 102, testimonia, al punto 9, che le “Parti Contraenti sono determinate a far sì che l’Unione europea svolga un ruolo motore nel promuovere la protezione dell’ambiente nell’Unione nonché, sul piano internazionale, nel perseguire lo stesso obiettivo a livello mondiale. Occorre avvalersi pienamente di tutte le possibilità offerte dal trattato per conseguire tale obiettivo, anche attraverso incentivi e strumenti orientati al mercato e volti a promuovere lo sviluppo sostenibile”.

³⁰³ Tra i molti eventi posteriori all’approvazione del Trattato di Amsterdam, meritano un richiamo espresso l’Approvazione della strategia Europea di sviluppo sostenibile ad opera del Consiglio di Göteborg, nel 2001 (le Conclusioni della Presidenza - Göteborg, 15 e 16 giugno 2001, sono reperibili all’indirizzo <http://ue.eu.int/>) e l’approvazione del Sesto Programma di azione per l’Ambiente, con Decisione del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, n. 1600/2002/CE. Tra i numerosissimi documenti programmatici che ampio spazio

Anche il diritto italiano ha a propria volta codificato il principio in una pluralità di fonti primarie e secondarie, tanto che apposite competenze in tema di promozione dello sviluppo sostenibile sono assegnate al Ministero dell'ambiente³⁰⁴. Il compito di assicurare l'attuazione del principio compare tra

dedicano al principio, circoscrivendo l'attenzione all'ultimo biennio soltanto, è ancora possibile segnalare: Comunicazione della Commissione delle Comunità Europee, Verso un piano d'azione per le tecnologie ambientali, Bruxelles, 25.3.2003, COM(2003) 131 def.; ID, Politica integrata dei prodotti, Bruxelles, 18.6.2003, COM(2003) 302 def.; ID., Verso una strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali, Bruxelles, 1.10.2003, COM(2003) 572 def.; ID., Riesame della politica ambientale - 2003. Consolidare il pilastro ambientale dello sviluppo sostenibile, Bruxelles, 3.12.2003, COM(2003) 745 def.; ID., Il Vertice mondiale sullo sviluppo sostenibile un anno dopo: attuazione degli impegni assunti, Bruxelles, 23.12.2003, COM(2003) 829 def.; ID., Incentivare le tecnologie per lo sviluppo sostenibile: piano d'azione per le tecnologie ambientali nell'Unione europea, Bruxelles, 28.1.2004, COM(2004) 38 def.; ID., La dimensione sociale della globalizzazione - Il contributo della politica dell'UE perché tutti possano beneficiare dei vantaggi, Bruxelles, 18.5.2004, COM(2004) 383 def.; ID, Paesi in via di sviluppo, commercio internazionale e sviluppo sostenibile: Il ruolo del Sistema delle preferenze generalizzate (SPG) della Comunità per il decennio 2006/2015, Bruxelles, 7.7.2004, COM(2004) 461 def.; Comitato economico e sociale europeo, parere sul tema "Promuovere le energie rinnovabili: modalità d'azione e strumenti di finanziamento", Bruxelles, 28 gennaio 2004, Ces 94/2004; ID, parere sul tema "Integrazione regionale e sviluppo sostenibile", Bruxelles, 2 giugno 2004, Ces 852/2004; Comitato economico e sociale europeo, Valutazione della strategia dell'UE per lo sviluppo sostenibile - Parere esplorativo, Bruxelles, 28 aprile 2004, CES 661/2004; Comitato economico e sociale europeo, parere in merito alla Comunicazione della Commissione "Verso una strategia tematica per l'uso sostenibile delle risorse naturali", Bruxelles, 28 aprile 2004, Ces 662/2004; Comunicazione della Commissione dal titolo "Valutazione 2005 della strategia dell'UE per lo sviluppo sostenibile: bilancio iniziale e orientamenti futuri", Bruxelles, 9.2.2005, COM(2005) 37 def.; ID, comunicazione sul "Progetto di dichiarazione sui principi guida dello sviluppo sostenibile", Bruxelles, 25.5.2005, COM(2005) 218 def.; ID., Comunicazione sulle "Azioni comuni per la crescita e l'occupazione. Il programma comunitario di Lisbona", Bruxelles, 20.7. 2005, COM(2005) 330 def.; ID, Comunicazione "sul riesame della strategia per lo sviluppo sostenibile. Una piattaforma d'azione", Bruxelles, 13.12.2005, COM(2005) 658 def.; Conclusioni della presidenza del Consiglio dell'Unione Europea del 16 giugno 2006 sulla revisione della Strategia di sviluppo sostenibile, consultabile online all'indirizzo <http://ec.europa.eu/sustainable/>

³⁰⁴ L'art. 2 del D.P.R. 3 dicembre 1999, n. 549, regolamento recante norme di organizzazione delle strutture di livello dirigenziale generale del Ministero dell'ambiente, all'articolo 2, comma 1., n. 2, aveva previsto l'istituzione, quale struttura di livello dirigenziale generale, del Servizio per lo sviluppo sostenibile, dettagliatamente regolato dal successivo art. 4. Il decreto è stato abrogato dall'art. 11, comma 1, D.P.R. 27 marzo 2001, n. 178, a decorrere dalla data di cui all'art. 55, comma 1, del D. Lgs. 30 luglio 1999, n. 300. Nondimeno, il comma 2 dell'art. 35 di quest'ultimo decreto (come sostituito dall'art. 3, D. Lgs. 6 dicembre 2002, n. 287), conferisce oggi esplicitamente al Ministero dell'ambiente funzioni di "promozione di politiche di sviluppo durevole e sostenibile, nazionali e internazionali". Il D.P.R. 17 giugno 2003 n. 261, regolamento di organizzazione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, a sua

le competenze amministrative ripartite dal D.Lgs n. 112 del 1998³⁰⁵. Il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica è incaricato di elaborare strategie nazionali di sviluppo sostenibile³⁰⁶. Espliciti richiami al principio sono contenuti nella legge delega 15 dicembre 2004 n. 308 e nel decreto legislativo n. 152 del 2006, ad esempio nell'art. 4, in tema di contenuti e scopi della valutazione strategica, nell'art. 24, relativo alle finalità della VIA, nell'art. 55, c. 4, in tema di difesa del suolo.

Con il d.lgs. 4/2008, che ha introdotto una parte di principi nel testo unico ambientale, il principio è stato espressamente indicato all'art. 3-quater, secondo il quale, quindi, «1. Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai

volta contempla, all'art. 4, l'istituzione di una "Direzione generale per la ricerca ambientale e lo sviluppo", cui sono attribuite, ai sensi della lett. a), funzioni di "promozione dei programmi e dei progetti per lo sviluppo sostenibile". E' il caso di aggiungere che l'art. 109 della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (legge finanziaria 2001) ha istituito un apposito fondo per interventi in materia di promozione dello sviluppo sostenibile, la cui dotazione è stata poi ridefinita dall'art. 78 della legge 27 dicembre 2002, n. 289 (legge finanziaria 2003).

³⁰⁵ Il D. Lgs 31 marzo 1998, n. 112, recante norme sul conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59, enumera, tra i compiti di tutela dell'ambiente di rilievo nazionale, di competenza concorrente Stato e Regioni, "la promozione di politiche di sviluppo sostenibile" (art. 69, comma 2, lett. b). Nel 2002 il CIPE, con Deliberazione 2 agosto 2002, n. 57, pubblicata in G.U. n. 255 del 30 ottobre 2002, s.o. 205., ha approvato la *Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia*. Va per completezza aggiunto che gli interventi anteriori non brillano per incisività. Basti considerare che, dopo l'approvazione del primo Piano nazionale per lo sviluppo sostenibile, il 28 dicembre 1993 (adempimento più che altro formale), il Cipe, con provvedimento del 4 maggio 1994, ha istituito un Comitato interministeriale per la sostenibilità composto di rappresentanti di 11 ministeri, con funzioni di verifica e d'informazione sull'attuazione del Piano nazionale. Come segnala G. COCCO, *Nuovi principi ed attuazione della tutela ambientale tra diritto comunitario e diritto interno*, cit. p. 1 ss., dopo le prime riunioni, il Comitato ha smesso di riunirsi per mancanza d'iniziativa. Il 5 agosto 1998, è stata istituita, nell'ambito dello stesso CIPE, una nuova commissione per lo sviluppo sostenibile, che però non ha avuto sorte migliore.

³⁰⁶ Il D. Lgs. 5 dicembre 1997, n. 430, recante norme sull'unificazione dei Ministeri del tesoro e del bilancio e della programmazione economica e riordino delle competenze del CIPE, a norma dell'articolo 7 della L. 3 aprile 1997, n. 94, con l'articolo 1 lett. a) ha attribuito al CIPE il compito di definire, nell'ambito degli indirizzi fissati dal Governo, "le linee di politica economica da perseguire in ambito nazionale, comunitario ed internazionale, [...] tenuto conto anche dell'esigenza di perseguire uno sviluppo sostenibile sotto il profilo ambientale, ed emanando le conseguenti direttive per la loro attuazione e per la verifica dei risultati".

sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future. 2. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione. 3. Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro. 4. La risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane».

Analoghi richiami allo sviluppo sostenibile ed alla protezione delle comunità a venire sono contenuti in una varietà di leggi nazionali e regionali³⁰⁷.

³⁰⁷ In ambito regionale, tra le molte disposizioni di rilievo ambientale che recano uno specifico riferimento alla salvaguardia degli interessi delle generazioni future o allo sviluppo sostenibile, v. L. R. Lombardia 12 dicembre 2003 n. 26, art. 41; L. R. Emilia Romagna 28 gennaio 2003 n.1, art.1; L.R. Friuli Venezia Giulia 3 luglio 2002 n.16, art.1; L.R. Basilicata 3 giugno 2002 n. 21, art.1; L. R. Toscana 21 giugno 2001 n. 26, art.1; L.R. Umbria 24 marzo 2000 n. 27, art.1; L.R. Lazio 22 dicembre 1999 n. 38, art.2; L.R. Valle D'Aosta 8 settembre 1999 n. 27, art.1; L.R. Emilia Romagna 6 settembre 1999 n. 25, art.1; L.R. Basilicata 11 agosto 1999 n. 23, art.1; L.R. Liguria 21 giugno 1999 n.18, art. 11; L.R. Molise 3 febbraio 1999 n. 5, art.1; L.R. Abruzzo 16 settembre 1998 n. 81, art.1; L.R. Valle D'Aosta 6 aprile 1998 n. 11, art.1; L.R. Calabria 3 ottobre 1997 n. 10, art.1; L. Provincia Bolzano 11 agosto 1997 n. 13, art. 5; L.R. Piemonte 20

A dispetto della sovrabbondanza degli enunciati normativi il principio è stato finora interpretato in senso meramente programmatico, alla stregua di una esplicitazione di intenti delle istituzioni, verificandosi un deplorabile scarto tra la teoria e la prassi, tanto da indurre anche le istituzioni comunitarie a manifestare recente autocritica insoddisfazione per i risultati sinora conseguiti sul piano applicativo, riconoscendo la pregiudiziale necessità di sottrarre il principio alle suggestioni delle mode o all'evasività delle retoriche, per conferirgli invece maggiore precisione, incisività e concretezza³⁰⁸.

Passando all'analisi del contenuto del principio, va constatato come la capacità delle risorse di rigenerarsi e di assorbire scorie non è illimitata³⁰⁹. Poiché ogni organismo o specie che sottragga al proprio ambiente ciò di cui esso abbisogna per conservare un'integrità funzionale finisce fatalmente col mettere a repentaglio le proprie stesse possibilità di sopravvivenza (il genere umano non elude questo vincolo inesorabile), il principio di sviluppo sostenibile avverte che le possibilità di espansione dell'economia soggiacciono a vincoli biofisici e rinnega, quale pericolosa utopia, il mito della crescita illimitata³¹⁰.

gennaio 1997 n. 13, art.1; L.R. Basilicata 23 dicembre 1996 n. 63, art.1; L.R. Abruzzo 21 giugno 1996 n. 38, art.1; L.R. Toscana 16 gennaio 1995 n. 5, art.1; Legge Provincia Bolzano 6 luglio 1992 n. 25, art.3.

³⁰⁸ Così M. Cafagno, *Principi e strumenti a tutela dell'ambiente*, op. cit., 47, che riporta l'indicazione del Comitato economico e sociale europeo, *Valutazione della strategia dell'UE per lo sviluppo sostenibile - Parere esplorativo*, Bruxelles, 28 aprile 2004, CES 661/2004, par. 2, punti 19 e 20; v. anche L.KRAMER, *Manuale*, cit., p. 72.

³⁰⁹ Per tutti, H. E. DALY, *Oltre la crescita*, cit., *passim* e p. 46 ss.

³¹⁰ Così ancora M. CAFAGNO, op. cit., 48. V. CIPE, deliberazione 2 agosto 2002, n. 57, *Strategia d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile in Italia*, cit., p. 4, par. 4: "un sistema economico in crescita è sostenibile solo se l'ammontare delle risorse utilizzate per la creazione di ricchezza resta, in quantità e qualità, entro opportuni limiti di sfruttamento e non sovraccarica le capacità di assorbimento fornite dall'ecosfera [...]. La Terra è un sistema chiuso con risorse limitate che può solo contare sull'apporto dell'energia solare. Ogni risorsa naturale, cibo, acqua, legname, minerali, petrolio, gas trova i suoi limiti nella disponibilità e nella capacità di assorbimento dell'ecosistema. La dimensione ecologica della sostenibilità implica che si lasci intatta la stabilità

Su questo sfondo teorico, il canone della sostenibilità parrebbe candidarsi al ruolo di criterio ispiratore dell'intera politica di salvaguardia dell'ambiente, tuttavia soffre di un *vulnus* di effettività cronico.

L'attributo della sostenibilità imposto allo sviluppo prescrive la difesa di un'integrità dell'ambiente funzionale al benessere delle collettività attuali e future³¹¹. Tuttavia, allo stesso tempo, il principio di sviluppo sostenibile esprime precisamente la coscienza della virtuale antitesi che oppone benefici su scala generazionale ad interessi localizzati, nel tempo o nello spazio³¹².

Per lo sviluppo sostenibile occorre acquisire consapevolezza che dal piano delle intenzioni politiche, condensate nelle finalità di "promozione" del "principio", cui fanno riferimento le norme comunitarie, è necessario approdare ad una valenza prescrittiva di esso, così come definita dal d.lgs. 152/2006.

dei processi interni dell'ecosfera, una struttura dinamica e autorganizzativa, per un periodo indefinitamente lungo, senza bilanci entropici crescenti".

³¹¹ V. G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, cit., p. 1129, il quale richiama l'art. 30 della "Carta dei diritti e doveri economici degli Stati"; V. PEPE, *Lo sviluppo sostenibile tra diritto internazionale e diritto interno*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2002, p. 209 ss.; B. POZZO, *La tutela dell'ambiente nelle Costituzioni: profili di diritto comparato alla luce dei nuovi principi introdotti dalla Carta di Nizza*, in AA.VV., *l'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, cit., p. 3 ss.

³¹² Corredando l'analisi con un dato di diritto comparato, non pare inutile notare che il tipo di antropocentrismo che si è cercato di tratteggiare parrebbe apertamente informare la Costituzione della Repubblica Federale Tedesca, il cui art. 20 a), includendo dal 1994 la protezione dell'ambiente tra i compiti dello Stato, letteralmente ingiunge di salvaguardare "le basi naturali di vita, anche con riguardo alla responsabilità verso le future generazioni". V. in proposito H. SCHULZE-FIELITZ, *La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale tedesco*, in AA. VV., *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, a cura di D. AMIRANTE, Milano, Franco Angeli, 2000, p. 68 ss.; cfr. anche M. TALLACCHINI, intervento nel corso dell'Audizione sulla riforma dell'articolo 9 Cost., 9 dicembre 2003, Camera dei Deputati, Commissione Affari Costituzionali, al momento reperibile presso il sito *federalismi.it.*; G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 585, note 24-27 in part. e p. 593 ss. me delle condizioni naturali idonee a rendere possibile la vita e la sopravvivenza del maggior numero possibile di uomini in condizioni di dignità e salute" (sul punto H. SCHULZEFIELITZ, ult. cit., p. 76). La sanzione del legame tra protezione dell'ambiente e responsabilità verso le future generazioni o sviluppo sostenibile accomuna, con accenti variabili, le Costituzioni di altri paesi, come il Portogallo, la Norvegia, la Polonia, l'Estonia, la Svizzera, la Spagna, la Grecia, l'Austria nonché, si è visto, il progetto di Costituzione europea in attesa di approvazione.

Proprio tale principio può divenire quindi una forma concreta, un criterio guida nel valutare la proporzionalità delle scelte riguardo ai beni.

Esso evidenzia la necessità dello sviluppo, e quindi della legittimità di istanze anche economiche sulle risorse, ma individua il limite nella tutela delle generazioni future.

Rispetto alle scelte di disposizione approntate dall'amministrazione è idoneo a fungere da parametro per un vizio di eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità (di cui è specificazione), se non proprio di violazione di legge in ragione dell'inclusione espressa, seppur a livello di principio, nel d.lgs. 152/2006.

Il problema si pone rispetto al legislatore. E' indubbio infatti che le risorse trovano un primo momento di tutela nella predisposizione normativa delle possibilità di regolazione degli usi. Un legislatore che autorizzasse la dismissione di beni afferenti alle risorse naturali, con ciò legittimando una appropriazione di utilità in via esclusiva individuale, legittimerebbe la relativa sottrazione alla fruizione collettiva delle medesime utilità. In ciò, ad esempio, stante l'indivisibilità del bene ambiente, e quindi la scala globale cui riferire le risorse, non si può negare che la possibilità accordata dallo stato brasiliano di privatizzazione e disboscamento a fini produttivi della foresta amazzonica, avrebbe ripercussioni anche in tutti gli altri stati del pianeta, stante il ruolo fondamentale che tale ecosistema pluviale assicura nell'equilibrio complessivo dei gas in atmosfera.

Se quindi il principio di sviluppo sostenibile può fungere da ago della bilancia della fruizione collettiva delle utilità garantite dai beni, deve poter costituire un argine alla possibilità di disposizione dei beni in pregiudizio alle generazioni future, ad esempio ponendo limiti alla dismissione dei beni, o meglio alla disposizione di essi in danno alla fruizione collettiva delle utilità.

Tuttavia l'effettività a questo livello è problematica. Si è visto come, al livello normativo interno si sia posto un tassello in favore dell'effettività del principio rispetto alle scelte dell'amministrazione. Non altrettanto però può dirsi a livello comunitario, dove il principio si connota piuttosto quale una dichiarazione di intenti nella predisposizione di "azioni" e "politiche", e quindi per il carattere più programmatico che precettivo. Assolutamente labile è la vincolatività del principio a livello internazionale e globale, per il problema della impossibilità di limitare la sovranità degli stati di aderire a trattati con obiettivi vincolanti. Allo stesso tempo, anche dove trattati di questo tipo sono stati sottoscritti, come nel caso del Protocollo di Kyoto, i risultati non sono stati affatto soddisfacenti in punto di tutela ambientale.

Il nodo intorno a cui si chiude l'analisi proposta in realtà non è che la punta di un iceberg di ulteriori problematiche. La complessità normativa e concettuale in cui si inseriscono i temi trattati suggerisce in conclusione di evidenziare proprio le domande che sono state poste tra le righe della trattazione, e che necessitano di una maturazione ulteriore dell'ordinamento per trovare adeguata risposta.

5.3 Le questioni aperte

L'attività di ricerca che si concluda con un paragrafo pieno di domande potrebbe apparire una contraddizione. Se tuttavia tali interrogativi, come nel caso di questa analisi, sono sorti e si sono precisati nello svolgersi di un ragionamento complesso ed articolato, possono giungere arricchiti di una veste nuova e porre le basi per una diversa e più consapevole indagine.

Il titolo di queste pagine, se individua l'oggetto dell'analisi, si rivela in parte insincero rispetto alle conclusioni a cui si giunge. Si è visto come alla categoria dei beni comuni sia più corretto attribuire una valenza descrittiva. Tuttavia resta da indagare nella misura delle utilità assicurate dai beni, il metodo di selezione di quegli usi che consentano alle utilizzazioni anche economiche delle risorse pur nella garanzia della prosecuzione intergenerazionale dei servizi naturali. Si tratta del criterio di selezione, della misura della sostenibilità, la cui ampiezza e le cui caratteristiche costituiranno il passo successivo all'attribuzione di valore prescrittivo al principio appena inserito nella normativa primaria del nostro ordinamento.

Da tale selezione di utilità passa inoltre la possibilità di conciliare i possibili usi di alcune risorse con il servizio pubblico di cui costituiscono il sostrato materiale. Il più classico degli esempi è costituito dalla risorsa idrica, per la quale, come si è visto, le utilizzazioni sono diverse e spesso corrispondono a regimi giuridici altrettanto differenziati.

Nelle pagine che precedono si è evidenziata la criticità data dalla imperfetta scomponibilità del sistema ambientale al fine di attuare una efficiente dislocazione delle funzioni il più vicino possibile alla sorgente delle informazioni necessarie alla scelta. Si tratta di un interrogativo la cui soluzione dipende dal livello a cui si pone l'osservatore, poiché il grado di definizione dei

rapporti tra livelli territoriali muta spostandosi dal livello locale e regionale fino a quello internazionale e globale.

Anche il profilo del rapporto tra soggetti e i beni presi in considerazione lascia aperti gli interrogativi sulle forme efficaci di tutela. Dal momento che le prerogative rispetto all'azione dei pubblici poteri sfumano verso diritti di partecipazione, in una prospettiva per cui la legittimazione da diffusa sembra divenire rarefatta, il soggetto, sempre meno definito, nell'acquistare possibilità partecipative, perde poteri di effettiva rivendicazione individuale delle utilità eventualmente lese dal punto di vista ambientale, in quanto, come si è visto, l'imputazione della dimensione risarcitoria rimane in capo al solo soggetto pubblico. Rimane scoperto in punto di tutela il danno recato alle risorse, e per mezzo di esse ai servizi naturali, dal soggetto pubblico stesso, ipotesi di difficile collocazione data la problematica individuazione delle situazioni giuridiche soggettive rispetto a tali beni.

Senza volersi quindi soffermare oltre in oziose elencazioni di intenti, resta il dato per cui l'analisi proposta pone l'attenzione su molteplici profili problematici, ed apre all'attenzione del diritto questioni di grande impatto sulla possibile disciplina dei beni e dei poteri pubblici su di essi. L'aver posto quesiti senza la presunzione di trovare facili risposte pone le premesse per l'individuazione di binari di riflessione scientifica su cui potrà essere proficuo costruire discipline e regimi giuridici non necessariamente nuovi, ma attentamente calibrati all'interesse da tutelare, che muta e si evolve sempre più spesso ad una velocità maggiore dell'ordinamento.

BIBLIOGRAFIA

- A. GUSTAPANE, *Tutela dell'ambiente*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano
- AA. VV., *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO L., Firenze, Leo S. Olschki ed., 1999
- AA. VV., *Ambiente, attività amministrativa e codificazione. Atti del primo colloquio di diritto dell'ambiente*, Teramo, 29-30 aprile 2005, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, Milano, Giuffrè, 2006
- AA. VV., *La tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto privato dell'unione europea*, Vol. XIII, a cura di FERRARA R., Torino, 2006
- AA. VV., *Local Commons and Global Interdependence. Heterogeneity and Cooperation in Two Domains*, a cura di R. O. KEOHANE, E. OSTROM, SAGE Publications, 1995
- AA. VV., *Making the Commons Work: Theory, Practice and Policy*, a cura di D. W. BROMLEY, San Francisco, 1992
- AA. VV., *Manuale di diritto ambientale*, a cura di L. MEZZETTI, 2001
- AA. VV., *Protecting the Commons*, a cura di J. BURGER, E. OSTROM, R. B. NORGAARD, D. POLICANSKY, B. D. GOLDSTEIN, 2001
- AA. VV., *Trust and Reciprocity*, a cura di E. OSTROM, J. WALKER, Russel Sage Foundation, New York, 2003;
- AA. VV., *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, a cura di R. COSTANZA, B. LOW, E. OSTROM, J. WILSON, Boca Raton, , 2001
- AA. VV., *Managing the Commons*, a cura di G. HARDIN, J. BADEN, New York, 1977
- ANGIULI A., *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*, Napoli 1986
- ARSÌ M., *I beni pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, 2^a ed., a cura di S. Cassese, parte speciale, tomo II, Milano, 2003
- BATTINI S., *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005,

- BAUMOL W.J., W. E. OATES, *The Theory of environmental policy*, Cambridge, 1988
- BENVENUTI F., *Il demanio fluviale*, in *Dir. maritt.*, 1961
- BERTI G., *Il giudizio amministrativo e l'interesse diffuso*, in *Jus* 1982
- BIGLIAZZI GERI L., *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Il danno all'ambiente*, Atti del Convegno di studi svoltosi a Perugia il 6 febbraio 1987, 1988
- BIGLIAZZI-GERI L., *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1987
- BLUMM M.C., *Public Choice Theory and The Public Lands: Why «Multiple Use» Failed*, in *Harvard Environmental Law Review*, 1994
- BOLOGNA G., *Manuale della sostenibilità*, Edizioni Ambiente, 2005
- BORGONOVO RE D., *Informazione ambientale e diritto di accesso*, in (a cura di) S. NESPOR-A.L. DE CESARIS, *Codice dell'ambiente*, Milano, 2003
- BORGONOVO RE D., *Informazione ambientale, ovvero quando un problema procedurale si fa sostanziale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 1998
- BRAVO G., *Né tragedia, né commedia: la teoria dei commons e la sfida della complessità*, in *Rass. it. sociologia*, 2002, n. 4;
- BRENNAN G., J. M. BUCHANAN, *La ragione delle regole*, Milano, 1992
- BRIGNOLA S., *Cave e torbiere*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988
- BRUNDTLAND G.H. (a cura di), *Il futuro di noi tutti. Rapporto della Commissione mondiale per l'ambiente e lo sviluppo*, Milano, 1989
- BUCELLO M., M. CAFAGNO, voce *Inquinamento*, in *Nuovo Digesto, disc. pubbl.*, Torino, 2005
- BUCHANAN J.M. -G. TULLOCK, *Il calcolo del consenso* (trad. it.), Bologna, 1998
- BUCK S. J., *The Global Commons. An Introduction*, 1998;

- CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente, come sistema complesso, adattative, comune*, Milano, 2007
- CAIA G., *Attivi à economica e tutela ambientale nella disciplina delle cave e torbiere*, in *Foro amm.*, 1982
- CAIA G., *La gestione dell'ambiente: principi di semplificazione e di coordinamento*, in AA. VV., *Ambiente e diritto*, a cura di S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO
- CALABRÒ M., *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2004
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914
- CAMMEO F., *Demanio*, Torino, 1887-89
- CAPACCIOLI E. -F. DAL PIAZ, *Ambiente (tutela dell')*. *Parte generale e diritto amministrativo*, in *Noviss. Dig., Appendice*, I, Torino, 1980
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Beni pubblici (uso dei)*, in *D. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Beni pubblici*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979
- CAPUTI JAMBRENGHI V., *Tutela dell'ambiente e dei beni pubblici (provocazione per uno studio sul dominio ambientale eminente)*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1991.
- CARAVITA B., *Diritto dell'ambiente*, Bologna 2001
- CARINGELLA F., *Il diritto all'informazione ambientale entra nelle aule della giustizia amministrativa*, in *Urbanistica e appalti*, 1999
- CARTEI, (a cura di) *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, II Mulino, Bologna, 2007
- CASANOVA M., *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano, 1986

- CASSARINO S., *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962
- CASSARINO S., *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962.
- CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969
- CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969.
- CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002
- CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003,
- CECCHETTI M., *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000
- CERULLI IRELLI V., *Beni pubblici*, ivi, II, Torino, 1987
- CERULLI IRELLI V., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983
- CERULLI IRELLI V., *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario AIPDA 2003, Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Milano, 2004.
- CHELI E., *Modello di Stato regionale e giurisprudenza costituzionale*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Milano, 1993
- CHIEREGATO F. P., *Gli interessi diffusi in materia ambientale nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Nuova giur. civ. commentata*, 1994
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Il regime di tutela delle bellezze naturali alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali e delle innovazioni normative*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2001
- COLOMBINI G., *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, in *D. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990
- COMPORI M., *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Riv. giur. ambiente*, 1990
- COOTER R.D., U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI E T.S. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999
- CORSO G., *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in *Annuario AIPDA 200. Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Milano, 2004.
- COSTANZA R. et al., *An Introduction to Ecological Economics*

- CROSETTI A., R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON,
Diritto dell'ambiente, Roma-Bari, 2002
- D'ALBERTI M., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988
- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, p. 380
- DALY H. E., J. FARLEY, *Ecological Economics*, Washington, 2003
- D'AMELIO P., *Ambiente (diritto amministrativo)*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Ist. Enc. It., vol. II, Roma, 1988
- DANA D.A., *Overcoming the Political Tragedy of the Commons: Lessons Learned from the Reauthorization of the Magnuson Act*, in *Ecology Law Quarterly*, 1997
- DASGUPTA P., *Benessere umano e ambiente naturale* (trad. it.), Milano, 2001
- DASGUPTA P., *Benessere umano e ambiente naturale*, Milano, 2001
- DE CESARIS A.L., *Informazione ambientale tra diritto all'accesso ai documenti amministrativi e segreto industriale*, Milano, 1997
- DE FRANCESCHI P., *La libertà d'accesso all'informazione in materia ambientale: verso un nuovo diritto civico?*, in *Riv.giur. polizia locale*, 1992
- DE LEONARDIS F. *Le trasformazioni della legalità nel diritto ambientale*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008
- DE LEONARDIS F., *Beni ambientali e azione amministrativa*, in *Annuario AIPDA 2003*,
- DE LEONARDIS F., *Il Principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005
- DE MARCHI B., S.O. FUNTOWICZ, S. LO CASCIO, G. MUNDA,
Combining Participative and Institutional Approaches with Multicriteria Evaluation, in *Ecological Economics*, 2000
- DELL'ANNO P., *La gestione delle risorse idriche tra accentramento e decentramento: profili giuridici*, in *Sanità pubbl.*, 1996

- DELLA CANANEA G., *Dalla Proprietà agli usi: una indagine comparata*, in *I beni pubblici: Tutela, Valorizzazione e gestione*, A.POLICE (a cura di), Milano, 2008
- DELLA CANANEA G., *I beni*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, 2004
- DELLA CANANEA G., *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003
- DELL'ANNO P., *Manuale di diritto ambientale*, Padova, Cedam, 2003
- DEMSETZ H., *Toward a Theory of Property Rights*, in *American Economic Rev.*, 1967
- DIETZ T., N. DOLSAK, E. OSTROM, P. C. STERN, *The Drama of the Commons*, in AA. VV., Washington D.C., 2002
- DUGATO M., *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. POLICE, Milano, 2008
- FALZONE G., *I beni del patrimonio indisponibile*, Milano, 1957
- FERRARA R., *Gli interessi collettivi e diffusi (ricorso giurisdizionale amministrativo)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 1993
- FERRARA R., *Gli interessi superindividuali fra procedimento amministrativo e processo: problemi ed orientamenti*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984
- FERRARA R., *L'organizzazione amministrativa dell'ambiente: i soggetti istituzionali*, in R. FERRARA, FRACCHIA F., N. OLIVETTI RASON, Bari, 2005
- FONDERICO F., *Il diritto di accesso all'informazione ambientale*, in *Giornale dir. amm.*, 2006;
- FONDERICO F., *Ambiente (dir. Amm.)*, in CASSESE S. (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006
- FRACCHIA F., *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. economia*, 2002
- FRANCARIO L., *Il risarcimento del danno all'ambiente dopo la legge n. 349 del 1986*, 1987

- GAMBARO A., *Il diritto di proprietà*, Milano, 1995
- GARZIA G., *Il diritto all'informazione ambientale - Tra situazioni soggettive e interessi pubblici*, Rimini, 1998
- GAUDEMET Y., *Traité de droit administratif, 2, Droit administratif des biens*, Paris, 1998
- GIAMPIETRO F., *Diritto alla salubrità dell'ambiente. Inquinamenti e riforma sanitaria*, Milano, 1980
- GIANNINI M.S., *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977;
- GIANNINI M.S., *I beni culturali*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1976
- GIANNINI M.S., *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976
- GIANNINI M.S., *I beni pubblici*, Roma, 1963 e
- GIANNINI M.S. «*Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*», in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973
- GLEICK J., *Caos: la nascita di una nuova scienza* (trad. it.), Milano, 1989
- GRASSI S., CECCHETTI M., *Profili costituzionali della regolazione ambientale nel diritto comunitario e nazionale*, in AA. VV., *Manuale delle leggi ambientali*
- GRATANI A., *L'esercizio del potere sostitutivo e il riparto di competenze nel diritto comunitario ambientale: le pronunce della Corte Costituzionale*, in *Riv. giur. Ambiente*, 2004
- GRECO N., *Il governo delle acque e del territorio*, Milano, 1996
- GROSSI P., *Trasformazioni dominicali*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U.MATTEI, E.REVIGLIO E S.RODOTÀ, Bologna, 2007
- GROSSI P., *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977
- GUICCIARDI E., *Il demanio*, Padova, 1934.

- GULLO N., *Beni pubblici*, in G. CORSO-V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, vol. 2, Milano, 2006
- HARDIN G., *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968
- HOLLAND J. H., *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Perseus Books, paperback, Cambridge, Massachusetts, 1996
- HOLLAND J. H., *Sistemi adattativi complessi ed emergenza spontanea*, in A.A.VV. *Complessità e distretti industriali*, a cura di A. QUADRIO CURZIO, M. FORTIS, 2001.
- HOLLING C. S., *Resilience and Stability of Ecological Systems*, in *Annual Review of Ecological Systems*, 1973
- JANSSEN M. A., *Evolution of Institutional Rules: An Immune System Perspective*, in *Complexity*, 2005
- KRAMER L., *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002
- KRAMER L., *Manuale di diritto comunitario per l'ambiente*, Milano, 2002
- LAMARQUE J., *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*, LGDJ, 1973
- LEE K., *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, in *Ecological Applications*, 1993
- LIBERTINI M., *Il diritto all'informazione in materia ambientale*, in *Riv.critica dir. Privato*, 1989
- LORENZ K., *Allo specchio*, 2005
- LORENZ K., *Gli otto peccati capitali della nostra civiltà*, (trad. it.), Milano, 1974
- LUGARESI N., *Le acque pubbliche*, Milano, 1995
- M. ROSE T.C., *Common Property, Regulatory Property, and Environmental Protection: Comparing Community-Based Management to Tradable Environment Allowances*, in AA.VV., *The Drama of the Commons*, (a cura di) E. OSTROM-T. DIETZ-N. DOLSAK-P.C. STERN-STONICH S. -E. WEBER, Washington D.C 2002
- MADDALENA P., *Il danno pubblico ambientale*, Rimini 1990;
- MADDALENA P., *Il danno pubblico ambientale*, Rimini, 1990

- MARTEN G., *Ecologia umana. Sviluppo sociale e sistemi naturali*, Milano, 2002
- MARUOTTI L., *La tutela degli interessi diffusi e degli interessi collettivi in sede di giurisdizione di legittimità del g.a.: questioni di giurisdizione e selezione dei soggetti legittimati alla impugnazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1992
- MASTRODONATO G., *Le posizioni giuridiche soggettive nella materia ambientale: dagli interessi diffusi al nuovo ruolo del cittadino*, in *Dir. Economia*, 2001
- MATTEI U., E.REVIGLIO E S.RODOTÀ, a cura di, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007
- MAYER O., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1896
- MCGINNIS M., E. OSTROM, *Design Principles for Local and Global Commons*, in AA. VV., *The International Political Economy and International Institutions*, vol. II, a cura di O. YOUNG, Cheltenham, UK, 1996
- MILGROM-J. ROBERTS P., *Economia, organizzazione e management* (trad. it.), Bologna, 1994
- MILONE M., *Brevi riflessioni sul sistema sanzionatorio per le violazioni degli "interessi diffusi" in materia di danno ambientale*, in *T.A.R.*, 1994
- MONTANARO R., *La partecipazione ai procedimenti in materia ambientale*, in AA. VV., *Il diritto all'ambiente salubre*, a cura di M.P. VIPIANA, Cedam, Padova, 2005
- MORBIDELLI G., *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Tomo II, Milano, 1996
- MUSU, *Introduzione all'economia dell'ambiente*, Bologna, 2002,
- NAPOLITANO G., *I beni pubblici e le «tragedie dell'interesse comune»*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U.MATTEI, E.REVIGLIO E S.RODOTÀ, Bologna, 2007
- NATOLI U., *La proprietà*, Milano, 1976
- OCCHIENA M., *Partecipazione e tutela giurisdizionale*, in *Diritto dell'economia*, 2001

- ODUM E.P., *Ecologia. Un ponte tra scienza e società* (trad. it.), 2001
- OLIVI M., *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005
- OSTROM E., *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990
- OSTROM E., *Nè mercato nè stato nella gestione delle risorse collettive*, in *La Questione Agraria*, 1996;
- OSTROM E., *Scales, Polycentricity, and Incentives: Designing Complexity to Govern Complexity*, in AA. VV., *Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies*, a cura di D. L. GURUSWAMY, J. A.MCNEELY, , 1998
- PALMA G., *Bene privato d'interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli,1971;
Sandulli A.M., *Spunti per lo studio dei beni privati d'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 1956;
- PALMA G., *Beni d'interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971
- PALMA G., *I beni pubblici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno,
- PANELLA G., *Economia e politiche dell'ambiente*, Roma, 2002
- PATTI S., *Diritto all'ambiente e tutela della persona*, in *Giur. it.*, 1980
- PENNING-ROUSELL E.C., *A «Tragedy of The Commons»? Perceptions of Managing Recreation on the River Wye*, U.K.,1994
- PERFETTI L., *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1/2009
- PERICU G., *Ambiente (tutela dell) nel diritto amministrativo*, in *Dig. (disc. pubbl)*, vol. I, Torino 1987
- PETROCCHI C., *Acque (diritto pubblico)*, in *N.s. D.I.*, I, Torino, 1957
- POINCARÈ J. H., *Il Caso*, in *Scienza e metodo* (trad. it.), Torino, 1997
- POSTIGLIONE A., *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985

- POZZO B. E M. RENNA, a cura di, *L'ambiente nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, 2004
- PREDIERI A., voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, 1981
- PRETTO-SAKMANN A., *Il Tevere come il Danubio? Le ansie della privatizzazione*, in *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, a cura di U.MATTEI, E.REVIGLIO E S.RODOTÀ, Bologna, 2007
- PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, 2004
- PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1984
- PRIEUR M., *Pourquoi une revue juridique de l'environnement*, in *RJE*, 1976
- professori di diritto amministrativo, *Annuario 2003. Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Milano, 2004.
- PUGLIATTI S., *Beni e cose in senso giuridico*, Milano, 1964
- PUGLIATTI S., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954
- PUGLIATTI S., *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962
- PUGLIATTI S., *Beni (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1962
- QUERCI F.A., *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964
- RAIMONDI R., *Cittadini, enti esponenziali, interessi diffusi*, in *Giur. merito*, 1980
- RANELLETTI O., *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, in *Giur. it.*, 1897
- RANELLETTI O., *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, in *Giur. It.*, 1897
- RECCHIA G., *Tutela dell'ambiente: da interesse diffuso a interesse costituzionalmente protetto*, in *Riv. giur. Sarda*, 1992
- RENNA M., *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004;
- RENNA M., *Vincoli alla proprietà e diritto all'ambiente*, in AA. VV. *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, 2006

- RODOTÀ S., *Il sistema costituzionale della proprietà*, in *Il terribile diritto*, Bologna, 1981
- ROMANO TASSONE A., *Interessi individuali e tutela giurisdizionale amministrativa*, in *Foro It.*, 1972
- ROMANO TASSONE A., *Relazione di sintesi*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A.POLICE, Milano, 2008
- ROMEO G., *Interesse legittimo e interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Scritti per Mario Nigro*, III, Milano 1991
- ROMEO G., *L'interesse diffuso, l'ambiente e il giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1986
- RONCHI E., *Uno sviluppo capace di futuro. Le nuove politiche ambientali*, Bologna, 2000
- ROSE C., *The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property*, in *Univ. Chicago L. Rev.*, 1986
- ROSSI G., (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2008
- ROSSI G., *Diritto amministrativo*, I, Milano, 2005.
- SALANITRO U., *Il diritto all'informazione in materia ambientale alla luce della recente normativa sull'accesso ai documenti della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1992
- SALVI C., *La tutela civile dell'ambiente: diritto individuale o interesse collettivo?* in *Giur. it.*, 1980
- SALVIA F., *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. ambiente*, 1998
- SANDULLI A.M. *Beni pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959,
- SANDULLI A.M., *Boschi e foreste*, in *Enc. dir.*, V, Milano
- SARCONE V., *La specialità del diritto all'informazione ambientale*, in *Foro amm. TAR*, 2004,

- SCHULZE-FIELITZ H., *La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale tedesco*, in AA. VV., *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, a cura di D. AMIRANTE, Milano, 2000
- SCOCA F.G., *Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, in *Quaderni regionali*, 1989
- SCOTT A., *The Fishery: The Objectives of Sole Ownership*, in *J. Pol. Econ.*, 62, 1955,
- SCOTT GORDON H., *The Economic Theory of a Common-Property Resource: The Fishery*, in *J. Pol. Econ.*, 62, 1954
- SIMON H. A., *How Complex are Complex Systems?*, *Proceedings of the Biennial Meeting of the Philosophy of Science Association*, 1976
- SIMON H. A., *La ragione nelle vicende umane*, (trad. it.), Bologna, 1984
- SIMON H., *L'architettura della complessità*, in *Le scienze dell'artificiale*, Bologna, 1988
- SODO A., *Difesa del territorio. Tutela dell'ambiente e interessi diffusi*, in *Nuovo dir.*, 1987
- SORACE D. e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *D. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989
- SPASIANO M. R., *I soggetti della politica ambientale*, AA. VV., *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, a cura di D. DE CAROLIS, E. FERRARI, A. POLICE, Milano, 2006
- STIGLITZ J. E., *Economia del settore pubblico*, Bologna, 1989
- TIETENBERG T., *Economia dell'ambiente*, Bologna, 2006
- TONOLETTI B., *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in Associazione italiana dei
- TORREGROSSA G., *La tutela dell'ambiente: dagli interessi diffusi al danno ambientale*, in *Cons. Stato*, 1988

- UNGARO D., *Democrazia ecologica. L'ambiente e la crisi delle istituzioni liberali*, Roma-Bari 2006 VII, Torino, 1982, p. 95.
- VON BERTALANFFY L., *Teoria generale dei sistemi* (trad. it.), Milano, 2004
- WALKER G., *Dal pensare globale all'agire locale. Il diritto internazionale e la sua influenza sul diritto ambientale*, in *Riv. giur. ambiente*, 2002
- WIENER N., *Introduzione alla cibernetica* (trad. it), Torino, Bollati Boringhieri, 2001
- ZANOBINI G., *Il concetto di proprietà pubblica e requisiti giuridici della demanialità*, in *Studi senesi*, 1923