

ISSN 1720-4526

Diritto amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

ANNO XXVI - FASCICOLO 4 - 2018

4/2018

In questo numero:

Sviluppo sostenibile
Beni pubblici e diritti di libertà

Contiene indice annata

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Roberto Cavallo Perin

**PROPRIETÀ PUBBLICA E USO
COMUNE DEI BENI TRA DIRITTI DI
LIBERTÀ E DOVERI DI
SOLIDARIETÀ**

Estratto

ROBERTO CAVALLO PERIN

PROPRIETÀ PUBBLICA E USO COMUNE DEI BENI TRA DIRITTI DI LIBERTÀ E DOVERI DI SOLIDARIETÀ

SOMMARIO: 1. Gestione dei beni pubblici tra principi giuridici e norme di dettaglio. — 2. Cittadini, associazioni e attività d'interesse economico generale. — 3. Oggetto, causa e fondamento dei contratti di solidarietà. — 4. Libertà e diritto d'uso generale dei beni pubblici. — 5. Prestazioni civiche e detassazione locale. — 6. Doveri di solidarietà e prestazioni civiche. — 7. Occupazioni sociali e assegnazioni in precario. — 8. La gestione in esclusiva tra principio della pubblica gara e onere del gestore di assicurare un minimo d'uso gratuito del bene. — 9. La differente responsabilità del proprietario, del gestore e dell'utente.

1. *Gestione dei beni pubblici tra principi giuridici e norme di dettaglio.*

Le recenti discipline sulla “cura e rigenerazione di beni pubblici urbani” o sul “baratto amministrativo” hanno riportato l'attenzione sui caratteri dei “beni pubblici” (1) e sulle modalità di

(1) Sui beni pubblici — oltre ai classici: E. GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934; P. VIRGA, *Beni pubblici e interesse pubblico*, Palermo, 1962; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici: dispense delle lezioni del corso di diritto amministrativo tenute nell'anno acc. 1962-63*, Roma, 1963; ID., *Le basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. del diritto*, 1971, 445; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969; P. RESCIGNO, *Proprietà (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1998, 254; S. RODOTÀ, *Art. 42*, in *Commentario Branca alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1982, 69 s.; A. M. SANDULLI, voce *Beni Pubblici*, in *Enc. del diritto*, V, Milano, 1959, 277; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, ed. 2017, 19 — si vedano tra le impostazioni più recenti: V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 1993, 1107; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici tra uso pubblico e interesse*

gestione dei beni nell'interesse superindividuale, collettivo o diffuso o comune (2), della generalità dei consociati o di taluni di essi per l'esercizio di libertà o a soddisfazione di semplici interessi.

Al di là del *nomen juris*, si tratta di norme speciali sugli appalti pubblici e sui tributi locali le cui prime applicazioni hanno ricevuto l'attenzione della Corte dei conti, che — con intenti antieclusivi del debito tributario — ne ha censurato il carattere talora non proporzionale della prestazione in luogo del tributo in danaro, nonché la possibilità di pagare con il baratto amministrativo i tributi pregressi, per gli evidenti problemi di certezza di entrate tributarie già iscritte a bilancio del comune (3).

Rilievi e limiti che sono stati prontamente accolti dai comuni che in Italia hanno voluto ridare vigore alle prestazioni personali in ambito locale e perseguire una valorizzazione, partecipazione e controllo sull'uso pubblico dei beni nelle comunità locali.

A più attenta lettura, tuttavia, la norma si rivela in realtà una norma applicativa, la cui portata apre a riflessioni di carattere generale che toccano principi del diritto amministrativo e costituzionale che solo per un eccesso di classificazione sono relegati alla trattazione sui beni pubblici, ma che invece meriterebbero ben altra collocazione.

finanziario, in *Dir. amm.*, II, 2007, 165; V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi, Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso*, su *Labsus.it; I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali. Profili di diritto interno e internazionale*. (Atti del Convegno di Pisa, 20 dicembre 2007); G. FIDONE, *Proprietà pubblica e beni comuni*, Pisa, 2017; A. LALLI, *I beni pubblici: imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli, 2015; E. CASTORINA - G. CHIARA, *Beni pubblici*, in *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2008; N. CENTOFANTI, *I beni pubblici. Tutela amministrativa e giurisdizionale*, Milano, 2007.

(2) Sui beni comuni si vedano: S. RODOTÀ, *Beni comuni e categorie giuridiche. Una rivisitazione necessaria*, in *Quest. Giustizia*, 2011, fasc. 5; ID., *I beni comuni. L'inaspettata rinascita degli usi collettivi*, 2018; U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011; P. MADDALENA, *Il territorio bene comune degli italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico*, Roma, 2014; ma già in *La scienza del diritto ambientale ed il necessario ricorso alle categorie giuridiche del diritto romano*, in *Riv. quadr. diritto dell'ambiente*, 2011, n. 2; da ultimo A. QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016, 93 s.

(3) In generale F. GIGLIONI, *Limiti e potenzialità sul baratto amministrativo*, in *Riv. trim. di scienza dell'amm.*, 2016; www.rtsa.eu, 3/2016; Corte conti, sez. contr., Regione Emilia Romagna, 23 marzo 2016, n. 27; ma su cui si veda anche: *Comitato per lo sviluppo del verde pubblico del Ministero dell'ambiente*, deliberazione, 7 maggio 2018, n. 27.

Le questioni emergono — come sempre — solo dopo la paziente lettura dell'evidente. Non si tratta di norme particolarmente complesse, ma il cui lessico e struttura risentono di quelle inevitabili imprecisioni, di quello spiccato carattere politico dell'*occasio legis* e di un contesto normativo, quello del Codice dei Contratti, in cui da ultimo quelle in vigore sono state inserite. Un ragionare intorno al *particulare* — insomma — che volutamente vuole tenere ben saldo il considerare per principi, come metodo interpretativo essenziale a qualsiasi norma, foss'anche una disposizione tutt'affatto particolare.

La norma sul baratto amministrativo prevede infatti che gli enti territoriali possano stipulare contratti di partenariato sociale — secondo predefiniti criteri e condizioni generali — con cittadini singoli o associati, per la realizzazione di progetti riferiti a un ambito territoriale determinato, come la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade; la valorizzazione con iniziative culturali di vario genere; interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, su aree e beni immobili inutilizzati (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, art. 190).

Gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo d'attività svolta dal privato o dall'associazione, oppure in ragione dell'utilità assicurata alla comunità e del valore sociale della partecipazione dei cittadini (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 art. 190).

Il Codice dei contratti pubblici colloca la norma sul “baratto amministrativo” tra due altre discipline, da cui differisce per un non casuale silenzio. La successiva, dedicata alla *cessione di immobili in cambio d'opere* (art. 191, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.), prevede espressamente la gara; la precedente, sugli “*interventi di sussidiarietà orizzontale*” (art. 189, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.), sottopone invece la scelta degli agenti ai principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento. La disposizione sul baratto amministrativo non stabilisce né norme di dettaglio, né di principio sul modo di individuare lo stipulante del contratto di partenariato sociale avente ad oggetto la fruizione di un determinato bene pubblico.

Più in generale, le concessioni di beni, diverse da quelle che comportano lavori, non sono comunemente ricondotte all'ambito di applicazione delle direttive europee relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione dei contratti a titolo oneroso,

aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi. La conclusione generalmente accolta tuttavia è subito temperata dal principio — ormai noto e consolidato in materia — che oltre la disciplina delle direttive europee e delle norme d’attuazione del Codice dei contratti pubblici, s’applicano comunque i principi ricavati dall’ordinamento dell’Unione europea o che sono comuni agli Stati membri (4).

L’accento alla deliberazione degli enti territoriali — che debbono prevedere criteri e condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale — richiama quanto disposto dalla legge generale sul procedimento amministrativo in Italia (l. 7 agosto 1990 n. 241, art. 12) e dai principi costituzionali (art. 97, Cost.), dai quali si ricava che l’assegnazione di qualsiasi vantaggio è sottoposta ai principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione, i medesimi principi che sono alla base della disciplina europea sugli appalti e concessioni pubbliche (5).

2. *Cittadini, associazioni e attività d’interesse economico generale.*

Si è detto che la disciplina sul “baratto amministrativo” ha introdotto un accordo — denominato “partenariato sociale” — tra cittadini e amministrazione pubblica per la cura e la gestione di alcuni beni di uso collettivo (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, art.

(4) Per la soggezione dei contratti che presentino un interesse transfrontaliero alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE (di parità di trattamento e di non discriminazione, di trasparenza): C.G.U.E., 8 dicembre 2016, C-553/15, punto 24; C.G.U.E., 6 ottobre 2016, C-318/15, punto 19; C.G.U.E., 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, punti 20 e 21; C.G.U.E., 11 dicembre 2014, C-113/13, punti 45 e 46; C.G.U.E., 18 dicembre 2014, C-470/13, punto 32; C.G.U.E., 16 aprile 2015, C-278/14, punto 16; C.G.U.E., 13 novembre 2007, C-507/03, punti 30 e 31; in tema di concessioni: C.G.U.E., sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14, punti 64 e 65; C.G.U.E., 17 luglio 2008, C-347/06, punti 57 e 58; C.G.U.E., 4 novembre 2013, C-221/12, punto 37.

(5) Cfr. R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 978. L’art. 12 della l. n. 241 del 1990, cit., è un principio generale secondo Cons. St., Ad. gen., 28 settembre 1995, n. 95/95. In tema: A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative: gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 167 s.

190), che può essere intesa come norma d'attuazione dei doveri di solidarietà sociale di ogni cittadino e della sua capacità d'autorganizzazione in forma di sussidiarietà orizzontale (artt. 2 e 118, u.c., Cost.).

L'ipotesi era già prevista in una disciplina precedente (6), seppure ora presenta ampliamenti nella definizione dei soggetti e dei possibili oggetti. Tutti gli "enti territoriali" (non più solo i comuni) possono stipulare accordi di "partenariato sociale" con cittadini, singoli o associati, purché correlati a un ambito territoriale determinato, come i quartieri e le frazioni (non solo più forme associative stabili e giuridicamente riconosciute), ma anche qualsiasi altra forma associativa o organismo di partecipazione popolare all'amministrazione locale, i cui rapporti con il comune sono disciplinati dallo statuto (d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267, art. 8).

La « cittadinanza » è declinata non solo nell'accezione più nota di cittadinanza sovrana, ma appare ragionevole pensare che includa anche quella minore di cittadinanza amministrativa (7), che si distingue dalla prima per l'appartenenza dell'individuo alla

(6) Art. 24 del c.d. decreto "Sblocca Italia", d.l. 12 settembre 2014, n. 133, conv. in l. 11 novembre 2014, n. 164.

(7) Sul punto da ultimo: A. BARTOLINI - A. PIOGGIA, *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell'amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, in *Cittadinanze amministrative*, a cura di Bartolini e Pioggia, 16, ed *ivi* in particolare i contributi di E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione come diritto di cittadinanza*, 81 s.; M. D'ANGELOSANTE e C. TUBERTINI, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità*, 1012 s.; N. VETTORI, *Persona e diritti all'assistenza*, 159 s.; C. CORSI, *L'accesso degli stranieri ai diritti sociali*, 133 s.; A. ALBANESE, *Il principio di proporzionalità come componente della cittadinanza amministrativa*, 193; B. PONTI, *La trasparenza amministrativa come fattore abilitante della cittadinanza amministrativa*, 215 s.; L. MERCATI, *Fiscal compact: doveri dello Stato e diritti di cittadinanza al tempo dell'equilibrio di bilancio*, 375 s.; S. PIERONI, *I doveri nella nuova frontiera della cittadinanza*, 391; V. COLCELLI, *Concetto di status nel diritto europeo. Doveri inespresi a fronte dei diritti sanciti dall'Unione europea*, 407 s.; cfr. F. GIGLIONI, *Il contributo del principio di sussidiarietà alla cittadinanza*, 235 s.; M. BOMBARDELLI, *La partecipazione procedimentale*, 295 s.; tutti in *A 150 dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. VIII, Firenze, 2016; F. DINELLI, *Le appartenenze territoriali, Contributo allo studio della cittadinanza, della residenza e della cittadinanza europea*, Napoli, 2011, 3 s.; R. CAVALLO PERIN, *L'ossimoro della locuzione "cittadinanza globale"*, in *Dir. amm.*, 2005, 216 s.; ID., *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, *ivi*, 2004, 202 s.; C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, *ivi*, 2002, 485 s.

comunità comunale, che è definita dalla residenza, cioè il « luogo in cui la persona ha la dimora abituale » (art. 43, co. 2°, c.c.; cfr. l'art. 14, Cost.).

La cittadinanza amministrativa afferma nel residente la titolarità di posizioni soggettive che caratterizzano l'istituzione locale, con soluzione accolta dai trattati dell'Unione che assegnano ai cittadini degli Stati membri il diritto d'elettorato attivo e passivo degli organi delle comunità locali ove risiedono (art. 19 e 20, TFUE). Diritti di partecipazione al referendum, o ad altre forme di consultazione sulla qualità dei servizi pubblici o sull'esercizio delle funzioni amministrative locali, sono disciplinati dagli statuti dei comuni con riferimento precipuo alla residenza (art. 8, d. lgs. n. 267 del 2000, cit.), che resta del pari un titolo preferenziale nella fruizione di alcuni servizi o beni pubblici come asili, scuole materne, cimiteri (8).

L'ipotesi indicata dalla legge sul baratto amministrativo è quella di chiedere a cittadini singoli o associati — senza gara o altra forma di confronto competitivo (9) — di assumere, contro rimborso dei soli costi “fissi e durevoli”, l'obbligazione a svolgere prestazioni che le medesime associazioni di volontariato hanno sinora svolto spontaneamente, ogni qualvolta il servizio d'interesse generale — che rientra nei fini istituzionali dell'associazione — soddisfa esigenze di “solidarietà, efficienza economica e adeguatezza”.

L'accento pare cadere non tanto sulla natura o forma giuri-

(8) Sui limiti: Corte cost. 2 dicembre 2005, n. 432, che ritiene l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Lombardia nella parte in cui non include gli stranieri residenti nella Regione Lombardia fra gli aventi il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico di linea riconosciuto alle persone totalmente invalide per cause civili.

(9) Per tutti da ultimo: M. MATTALIA, *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 2016, 465; C.G.U.E., 11 dicembre 2014, C-113/2013, Azienda sanitaria locale n. 5 « Spezzino » e a. c. San Lorenzo Soc. coop. Sociale e Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus; C.G.U.E., 28 gennaio 2016, C-50/14, Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) e a. c. Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) e Regione Piemonte. Sottrae alla gara solo il trasporto d'urgenza: Cons. di Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139. Il codice del terzo settore disciplina espressamente l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza (d. lgs., 3 luglio 2017, n. 117, art. 57). Da ultimo la questione sui casi di *trasporto sanitario* è stata riproposta alla Corte di giustizia da TAR Veneto, ord. 18 giugno 2018, n. 643.

dica del soggetto assegnatario, ma sulla circostanza che trattasi di un'attività non lucrativa, che è già istituzionalmente svolta dall'associazione con prestazioni a carattere universale, della cui erogazione intende fruire anche l'ente pubblico, seppure in via non occasionale e con l'instaurazione di un rapporto convenzionale (10).

La ragione che impone alle stazioni appaltanti pubbliche la generale regola di gara per prestazioni oggetto di contratti a titolo oneroso si fonda, invece, sulla considerazione che l'attività economica è retta dalle regole di concorrenza, poiché ciascun produttore intende contendere la medesima domanda di prestazioni (voglio essere il solo prestatore). Al contrario, invece, è per le attività "solidali", ove la soddisfazione dei bisogni è da tutti intesa in modo essenzialmente cooperativo (c'è posto per tutti) (11).

La gara s'impone ogni qualvolta vi sia una contesa tra produttori (mercato) diretta a selezionare un'esclusiva di produzione a favore di chi vi abbia un interesse economico (regole di concorrenza). Non così ove si tratti di un'attività solidale, poiché, se vi è cooperazione nella soddisfazione dei bisogni sociali, si nega ogni

(10) La realizzazione di "specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti" può fondare un partenariato sulla co-progettazione "anche mediante forme di accreditamento" che non escludono di per sé la gara in forza della sola natura dell'ente: cfr. Cons. di Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139, in www.giustizia-amministrativa.it; A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2018, spec. 120, 168; M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012, 157 s.; M. CONTICELLI e F. GIGLIONI, *L'accreditamento degli erogatori*, in *La Sanità in Italia. Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, a cura di C. De Vincenti, R. Finocchi Ghersi e A. Tardiola, Bologna, 2010, 177 s.; M. CONSTITO, *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009, spec. 59 s., 100 s. È poi riservata alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale la stipulazione di convenzioni per le quali sia previsto "esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate", in ogni caso secondo procedure comparative svolte nel rispetto dei principi d'imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento (d. lgs., n. 117 del 2017, cit., art. 56, co. 1-3); Cons. di Stato, Comm. Spec., 26 luglio 2018, n. 01382/2018, in www.giustizia-amministrativa.it.

(11) Altre circostanze e interessi possono riaffermare la competizione ogni qualvolta l'attività solidale è svolta come attività collaterale diretta a favorire la conoscenza e l'adesione a partiti politici, sindacati, confessioni religiose, ecc.

esclusiva ed è normale che il prestatore ottenga al più un contributo a copertura dei costi di produzione (12).

3. *Oggetto, causa e fondamento dei contratti di solidarietà.*

Si è detto che la disciplina in esame elenca alcune attività come oggetto dei contratti di solidarietà: *a)* la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di piazze, strade e aree verdi; *b)* la valorizzazione di tali beni con iniziative culturali di vario genere; *c)* gli interventi di decoro urbano, di recupero e di riuso con finalità d'interesse generale d'immobili sottoutilizzati. Quest'ultima categoria non è chiaro se riguardi anch'essa solo i beni pubblici o anche quelli privati in disponibilità di enti pubblici (patrimonio disponibile).

Elenco d'attività e dei beni che la lettera della legge pare indicare come non tassativi, ma come meramente esemplificativi, poiché, al contrario, per ogni ipotesi non ricompresa si affermerebbe la nullità del contratto di partenariato sociale per impossibilità dell'oggetto contrattuale (c.d. impossibilità giuridica, artt. 1418 e 1346 c.c.) (13).

La qualificazione non tassativa degli elenchi di beni e di servizi indicati dalla norma sui contratti di partenariato sociale consente invece di individuare in via interpretativa uno o più

(12) Che non viola il divieto di aiuti perché riguarda un'attività che non è d'impresa (art. 107, TFUE); sul divieto di aiuti di Stato (art. 107, TFUE) per qualsiasi attività economica, a prescindere dallo stato giuridico del destinatario e dalle modalità di finanziamento: C.G.C.E., 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, punto 74; C.G.C.E., 10 gennaio 2006, C-222/04, punto 107; e qualsiasi attività consistente nell'offrire beni e servizi in un mercato costituisce attività economica: C.G.C.E., 16 giugno 1987, C-118/85, punto 7; C.G.C.E., 18 giugno 1998, C-35/96, punto 36. Va inoltre precisato che l'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato non dipende dal fatto che l'ente venga costituito per conseguire degli utili. Anche gli enti senza scopo di lucro possono offrire beni e servizi su un mercato e, qualora ciò non avvenga, essi non sono soggetti al controllo sugli aiuti medesimi: C.G.C.E., 29 ottobre 1980, cause riunite da 209/78 a 215/78 e 218/78, punto 88; C.G.C.E., 16 novembre 1995, C-244/94, punto 21; C.G.U.E., 10 luglio 2008, C-49/07, punti 27 e 28.

(13) Sulla nullità per impossibilità giuridica dell'oggetto da ultimo: Cass. Civ., sez. III, 14 marzo 2018, n. 6122; ma si veda già con riferimento a beni aventi natura demaniale (uso civico): Cass. Civ., sez. III, 28 settembre 2011, n. 19792; Cass. Civ., sez. III, 3 febbraio 2004, n. 1940.

generi (14), capaci di dare ragione sostanziale agli interventi e all'uso dei beni da parte di cittadini singoli o associati.

La norma non definisce, perciò accoglie, diverse ragioni giuridiche di fruizione del bene, alle quali conseguono possibili differenti oggetti del contratto di partenariato sociale (manutenzione, valorizzazione, ecc.), ma ciò che qui appare d'interesse è che, delle diverse ragioni giuridiche, è possibile distinguere quelle che sono *manifestazione di libertà*, da quelle che invece costituiscono assolvimento dei *doveri di solidarietà* di ciascun cittadino verso la sua comunità d'appartenenza.

Trattasi d'ipotesi che hanno entrambe fondamento nella prima parte della Costituzione della Repubblica italiana e che tuttavia si atteggiavano in modo affatto differente, sia perché sorreggono differenti cause e dunque configurano differenti oggetti del contratto di solidarietà, sia perché interagiscono diversamente con la ragione di fruizione del bene pubblico, poiché se l'esercizio delle libertà difficilmente si configura come uso esclusivo del bene, solo l'adempimento di un dovere può configurare un'ipotesi di detassazione rilevante ai fini della norma in esame.

4. *Libertà e diritto d'uso generale dei beni pubblici.*

Nel primo senso, si deve ricordare che da tempo la disciplina sui beni demaniali (*in opposto della proprietà privata*) è caratterizzata dall'uso generale (*non esclusivo*) ed *erga omnes* (*non del titolare*) (15); proprio l'uso generale può essere giuridicamente

(14) È la disciplina del *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la gestione condivisa e la rigenerazione dei beni comuni urbani* della Città di Torino (Cons. Com., 11 gennaio 2016, n. 375, art. 6, co. 2°), in cui la questione del *genus* è risolta indirettamente con la definizione dei beni comuni urbani costituenti l'oggetto degli interventi (art. 2, co. 1. lett. a). Segnatamente essi sono quei "*beni funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali della persona, al benessere individuale e collettivo, all'interesse delle generazioni future*".

(15) Già F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, II, Padova, 1914, 990: individuava nell'uso pubblico la caratteristica essenziale della demanialità, in particolare nell'uso generale, diretto e gratuito di tutti i cittadini, in contrapposizione con l'altro significato di uso pubblico indiretto, esercitato dallo Stato per un "servizio relativo". M. S. GIANNINI, *I beni pubblici. Dispense dalle lezioni del corso di diritto amministrativo tenute nell'anno accademico 1962-1963*, cit., 47: per il concetto di "proprietà collettiva demaniale" ritenuta la forma più diffusa di proprietà collettiva,

correlato alle libertà di ciascuno (16), al fine essenziale di consentire a tutti l'esercizio delle libertà fondamentali (17).

Non crediamo che lo Stato e gli enti pubblici possano dirsi obbligati ad apprestare al cittadino una *res pubblica* (strada, acquedotto, ecc.), poiché manca il presupposto di un diritto di credito verso lo Stato o gli enti pubblici, ma ciò non esclude che sussistano altri diritti, come risulta evidente qualora un pubblico funzionario “*voglia interdirci di passare per una strada o di attingere acqua ad una sorgente o di navigare in un fiume, mentre la strada, la sorgente e il fiume continuano ad essere cose pubbliche e, perciò, a disposizione di tutti.*” Non è dubbio “*che in tale caso il funzionario violerebbe il nostro diritto di libertà personale: cosicché noi potremmo resistere all'ordine evidentemente illegale e ingiustificato ed eventualmente ricorrere dinanzi all'autorità giudi-*

che vede lo Stato o l'ente territoriale come amministratore di beni altrui mentre spettano alla collettività tutte le utilità, vantando un diritto soggettivo all'uso generale. Si veda inoltre E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 266.

Individua tre significati del concetto di godimento collettivo: come “uso libero”, che ha ad oggetto le *res communes omnium*, come “uso pubblico”, che invece riguarda i beni aperti al pubblico (p.es. strade), come “diritti collettivi in senso stretto”, ossia situazioni giuridiche imputate ad una collettività territoriale (usi civici): V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi, Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso*, cit., 10. Propone una distinzione dei beni demaniali semplificata rispetto a quella tradizionale, tra uso generale e particolare: il primo è il caso in cui tutti vengono indiscriminatamente ammessi *uti cives*, anche ove occorra il pagamento di una tassa, il secondo quello in cui vengono ammessi *uti singuli* i beneficiari di provvedimenti di concessione: A. M. SANDULLI, *op. cit.*, 287.

(16) Sul rapporto proprietà-libertà nella prospettiva privatistica si rinvia a S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, terza ed., 2013, 16 s., dove sottolinea la connessione sempre presente con “*le politiche redistributive e, più in generale, di eguale e concreto accesso ai beni*”. L'autore ne fa conseguire che “*la connessione tra proprietà e libertà, quindi, finisce con il presentarsi non tanto come un punto di forza, ma come il vero punto critico dello stesso pensiero liberale. Se la libertà è funzione dei beni di proprietà, il problema chiave, ineludibile, rimane quello redistributivo [...]*”, 17. Osserva inoltre che “*sciolta dall'antica connessione con la persona, la proprietà trova un diverso rapporto con la libertà, che è piuttosto quella politica*”; il richiamo è qui a L. MENGONI, *Proprietà e libertà*, in *Riv. Critica dir. Priv.*, 1988, 445-6 s.

(17) Santi ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, Milano, 1900, 187.

ziaria. *L'uso delle cose pubbliche adunque costituisce, secondo noi, un vero e proprio diritto subiettivo*" (18).

Un diritto di credito, invece, può essere affermato ogni qualvolta — per convenzione, contratto o per norma di legge o regolamento — *l'ammissione al godimento di un pubblico istituto* è condizionato a certi fatti o prestazioni individuali del richiedente (di pagare un prezzo o una tassa) e i fatti si sono verificati o le prestazioni sono state adempiute.

In tali situazioni *lo Stato o l'ente pubblico è (perciò) obbligato* — per convenzione, per contratto o per norma di legge o regolamento — *ad una prestazione determinata* (19).

In generale, si può affermare che i regolamenti comunali da sempre disciplinano l'utilizzo collettivo dei beni pubblici urbani (strade, piazze, lavatoi, cimiteri, mercati, ecc.) o la rilevanza collettiva di beni privati e la loro fruizione collettiva (ornato, manutenzione e pulizia degli edifici prospicienti la pubblica via, igiene degli abitati, strade vicinali, ecc.).

Si tratta di beni su cui i comuni hanno da tempo una competenza a disciplinarne la fruizione delle comunità locali, perché beni destinati anzitutto alla vita comune dei residenti. Una disciplina locale che da sempre ha affiancato quella nazionale sui beni statali ad utilizzazione locale come i boschi, l'acqua dolce e in genere tutte quelle risorse naturalmente disponibili per i bisogni che si sono detti comuni.

Il diritto d'uso comune sui boschi demaniali trova ancora riconoscimento a fine ottocento, seppure sottoposto, a pena di decadenza, alla dichiarazione di un attuale interesse dei consociati (20).

(18) Santi ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 188: "nel senso che l'impedimento di esso può provocare l'esercizio del diritto di libertà personale e, conseguentemente, del diritto di resistenza".

(19) Santi ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 188: "quando la legge stabilisce che per iscriversi ad un corso di laurea universitario bisogna avere prima acquisito il grado di istruzione precedente o altra prova, come quando in un regolamento si preveda unicamente di dover pagare una tassa per fruire di un museo (o di un teatro, ecc.) e la stessa sia pagata, allora si può dire che si è voluto conferire un diritto di civico (ndr. cioè di credito), giacché l'ente pubblico si è, a sua volta, obbligato ad una prestazione".

(20) L. 1° novembre 1875 n. 2794 "Tutti coloro che pretenderanno avere diritto di uso sui boschi demaniali dichiarati inalienabili dalla legge 20 giugno 1871 n.

Le trattazioni dei primi anni del XX secolo collegano senz'altro l'uso *erga omnes* dell'acqua pubblica al diritto naturale e ai diritti fondamentali dell'uomo. “È pertanto cosa di notevole importanza conoscere quali degli usi — che si possono istituire sulle acque pubbliche — siano liberi, e quali invece debbano essere subordinati a qualche vincolo”.

“Sebbene il nostro legislatore non ne faccia menzione, trattandosi di diritti naturali più che civili, è ovvio che il primo e principale scopo di ogni acqua pubblica, è quello di servire a dissetare i cittadini. Ed è inutile soggiungere che questo modo d'uso, in quanto serve esclusivamente a tale scopo, è illimitato e non soggetto ad alcun vincolo o licenza”.

“Assimilato a questo uso è anche quello del dissetare il proprio bestiame, il lavarsi, il lavare la biancheria, ecc., e in generale tutti quelli che non diminuiscono o alterano in modo sensibile la quantità e la qualità dell'acqua pubblica” (21).

È evidente che dalla prospettiva dei diritti assoluti di libertà le attività sui beni pubblici sono ad accesso aperto, cioè “non soggetto ad alcun vincolo o licenza”, sia nel senso che normalmente non sono necessari atti d'autorizzazione o legittimazione, sia nel senso che la fruizione del bene è definita dai limiti alla libertà che ogniquale volta s'intende esercitare: diritto alla salute, libertà personale, libertà di circolazione, libertà di riunione, libertà di pensiero, libertà di professare in pubblico il proprio credo religioso, libertà di scienza, libertà di associazione, ecc.

283, dovranno fare la dichiarazione, corredata dall'indicazione dei mezzi di prova giustificativi, all'ufficio di prefettura da provincia” (art. 1, co. 1°). “Trascorso l'anno della pubblicazione del presente legge potranno esercitare il diritto d'uso soltanto coloro che avranno presentato le suddette dichiarazioni, tutti gli altri si intenderanno decaduti da qualsiasi diritto” (art. 1, co. 4°). “Nel caso che l'esercizio del pascolo o delle altre servitù d'uso sia riconosciuto, in tutto in parte, indispensabile alla sussistenza di una popolazione, il Ministero dell'Agricoltura, Industria e Commercio, inteso il Consiglio comunale, il Comitato forestale e il Consiglio di Stato, sospenderà l'affrancazione regolando l'esercizio dei diritti d'uso” (art. 3, co. 2°). “Per i diritti d'uso esercitati o vantati da intere popolazioni o da parte di esse, la rappresentanza delle medesime, tanto nelle trattative e nelle convenzioni, quanto nei giudizi, verrà assunta dalle rispettive amministrazioni municipali.” (art. 5, co. 1°). “È riservata in ogni casi ai singoli utenti, la facoltà di far direttamente valere i loro diritti.” (art. 5, co. 3°).

(21) A. MAZZA, Voce *Acque Pubbliche (Teorica delle)*, in *Digesto Italiano*, Vol. I, parte II, Torino, 1928, 232.

Limiti che l'uso generale dei beni pubblici deriva dalla definizione stessa di ciascuna libertà in sé considerata (es. buon costume e ordine pubblico per la libertà di pensiero o di professione del proprio credo religioso) o per il contestuale esercizio da parte d'altri di questa o altre libertà, che impongono un bilanciamento tra interessi che possono essere confliggenti nel caso concreto (22).

La norma rubricata "baratto amministrativo" atta a disciplinare l'uso comune dei beni assumerebbe dunque tutt'altro significato, poiché verrebbe a introdurre il richiamo a una tradizione che ricollega l'uso comune dei beni ai diritti soggettivi di libertà — non importa ora se qualificati prima come diritti naturali, poi come diritti dell'uomo, infine come diritti fondamentali — che la cultura, le costituzioni e i trattati internazionali hanno condotto sino a noi.

In tal senso è la stessa definizione costituzionale della proprietà, che sin dal suo primo enunciato afferma una netta contrapposizione che non è inutile: "La proprietà è pubblica o privata" (art. 42, co. 1°, Cost.) ove l'affermazione della prima assume rilievo proprio perché è coesistente alle libertà che la contornano nella parte prima della Costituzione, a cominciare dalla libertà personale (art. 13 e s., Cost.).

Uso generale del bene demaniale che perciò si configura come lato — per così dire — passivo della libertà di circolazione, della libertà di riunione, della libertà di pensiero, del proprio credo religioso, ecc. Più esattamente, la proprietà pubblica con l'uso generale incorpora il dovere *erga omnes che è di tutti verso le altrui libertà*, cioè conforma il dovere di solidarietà di tutti i consociati di consentire *a tutti* l'esercizio delle libertà, in particolare di quelli tra i diritti che sono detti assoluti per quella particolare protezione *erga omnes* che li distingue dai diritti relativi o di credito, che sono invece *inter partes* (23).

(22) La questione riguarda il diritto positivo che risulta non solo dalle norme scritte — e che è comunemente riconosciuto come *jus voluntarium (lex)* — ma anche dai principi, i quali assumono immediatamente rilievo ove sia insufficiente o irragionevole la definizione astratta data dalle prime. Il riferimento ai diritti naturali evoca infatti qualcosa in più rispetto alle norme scritte.

(23) Debbo lo stimolo questa riflessione a Francesco Pizzetti, che con una battuta mi ha chiarito, anni or sono, il portato talora eversivo dell'uso non commer-

È perciò agevole una prima conclusione. I regolamenti comunali che disciplinano l'uso comune dei beni urbani sono unicamente norme d'attuazione di ciò che è ben altrimenti disposto dall'ordinamento con le norme di principio o di dettaglio sulle libertà e sulla proprietà pubblica. La disciplina comunale sull'uso comune dei beni si configura, in tal senso, come norma che li rende fruibili, non diversamente da quanto i comuni da sempre hanno disposto con riferimento alla circolazione o all'uso *generale* delle strade, piazze, lavatoi, ecc., con regolamenti locali di polizia urbana o rurale, che sono liberamente fruibili da tutti secondo quanto in essi stabilito e salva l'irrogazione di una sanzione amministrativa ai trasgressori (d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267, art. 7 *bis*) (24).

5. *Prestazioni civiche e detassazione locale.*

Il *nomen juris* della norma è dettato dalla tassazione locale con cui si chiude la disposizione, secondo la quale il comune può accordare la riduzione o l'esenzione dai tributi locali in misura corrispondente al tipo di attività svolta e in relazione alla tipologia d'interventi (25).

ziale degli spazi aperti al pubblico dagli *hard discount*, ricreati come giardinetti o parchi gioco senza tributo apparente, perché configurati come servizi accessori alla vendita commerciale. La differenza rispetto al bene pubblico risulta evidente non appena il suo titolare decida di chiudere tali spazi; soluzione che è invece preclusa all'ente pubblico, proprio in ragione del principio d'uso generale che contraddistingue il carattere del bene demaniale.

(24) D'altronde non è una novità che la polizia amministrativa sia in parte di competenza dei comuni, la novità rispetto alla tradizione è che i regolamenti conterrebbero norme a tutela della proprietà pubblica e a tutela delle libertà non economiche: O. RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. IV, Milano, 1904, pt. I, 263. Sulla nozione di polizia amministrativa si vedano altresì: G. TUFARELLI, *Polizia amministrativa*, in *Nov. Dig.*, vol. XIII, Torino, 1966; G. VIGNOCCHI, *Saggio di una teoria delle limitazioni amministrative nel quadro del diritto pubblico*, Bologna, 1953, 58 e nt. 59; A. CHIAPPETTI, *L'attività di polizia. Aspetti storici e dogmatici*, Padova, 1973; *Id.*, *Polizia (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 122 s. Sui regolamenti di polizia locale si vedano da ultimo: M. C. ROMANO, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, Napoli, 2012, 7 s.; B. GAGLIARDI, *La polizia locale dei comuni*, Napoli, 2007, 43 s.

(25) Cfr. Corte dei Conti, sez. Reg. di controllo dell'Emilia Romagna, che — nell'ambito di un parere sulla fattispecie del 2014 — ha ritenuto non ammissibile

La previsione evidenzia una chiave di lettura dei contratti di partenariato come obbligazioni degli individui a svolgere *attività d'interesse generale*, una categoria giuridica posta dal diritto dell'Unione europea (TFUE, art. 106, § 2°) (26), tra cui rientrano i servizi pubblici e le altre attività d'interesse pubblico non oggetto d'obbligazione, ma lasciate alla libera iniziativa degli interessati (27). Una libera iniziativa che può invece essere configurata dagli enti locali come l'oggetto dell'adempimento di un dovere di solidarietà dei residenti verso tutti.

La questione è stata esposta in sede teorica, con riferimento alla necessità di vivere pienamente l'attuazione del dovere di solidarietà di ciascuno verso tutti, come necessario assolvimento del dovere di solidarietà di ciascun verso la sovranità, assolvendo a “prestazioni personali” e non solo “patrimoniali” (art. 2 e art. 23, Cost.) (28). Prestazioni che, almeno in parte, si vuole eseguite da ciascuno personalmente, come essenziale adempimento del

che il “baratto amministrativo” possa essere utilizzato per compensare debiti fiscali non pagati, trasformandosi così in una sorta di sanatoria fiscale (9 marzo 2016, n. 27).

(26) C.G.C.E., 18 giugno 1998, causa C-266/96; C.G.C.E., 27 aprile 1994, C-393/92; C.G.C.E., 19 maggio 1993, C-320/91; *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni* — Libro bianco sui servizi di interesse generale COM/2004/0374 def.; *Libro verde della Commissione del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale* [COM(2003) 270 final [COM(2003) 270 def. — G.U.C.E. — C 76 del 25.03.2004], *Presidenza del Consiglio dei Ministri* — *Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie*, *Relazione sui Servizi di interesse economico generale. Decisione Commissione europea*, 28 novembre 2005, n. 2005/842/ce (art. 8), — Roma, 22 luglio 2009. Da ultimo sull'attività di interesse generale: F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010; F. MERUSI, *I servizi “pubblici” economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati e F. Donati, Torino, 2010, 11 s.

(27) G. M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1995, 201 s.; poi in *La concessione di pubblico servizio* (Atti Convegni - Santa Margherita Ligure - 1993), a cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, Milano, 1995, 269 s.

(28) J. H. H. WEILER, *Il crollo delle democrazie, rectius: La crisi della democrazia* (25 agosto 2017), audio ai links: <http://www.radioradicale.it/scheda/517938/meeting-di-rimini-2017-il-crollo-delle-democrazie>; oppure in <https://www.meetingrimini.org/default.asp?id=673&item=6918>.

dovere di solidarietà, di cui *non* è possibile liberarsi con prestazioni altrui o con un equivalente in danaro. Si sostiene che è solo con la propria contribuzione personale, conforme alle capacità del singolo, che l'individuo percepisce il senso della solidarietà e perciò della sovranità, poiché è solo con le prestazioni personali di ciascuno a favore della collettività che s'afferma il vincolo associativo.

La norma in esame sul “baratto amministrativo” consentirebbe di configurare prestazioni solidali come scelta *volontaria di uno o più cittadini* che possono — grazie al regolamento locale — vedersi riconosciuto l'adempimento del proprio obbligo tributario e a scomputo della relativa tassazione locale (art. 190, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.).

Il legislatore con la norma in esame avrebbe perciò inteso consentire la conversione dell'obbligo tributario locale in danaro in un adempimento volontario di una o più prestazioni personali. La soluzione non è conforme al portato ricostruttivo della teoria qui ricordata, la quale invece ritiene il tributo personale coesistente al dovere di solidarietà di ciascuno, ma certo la norma riapre l'idea che le prestazioni personali possano concorrere alla definizione dei doveri di solidarietà sociale a favore della comunità di appartenenza, distinguendo nella capacità contributiva di ciascuno (art. 53, Cost.), quella personale da quella patrimoniale (art. 23, Cost.).

6. *Dovere di solidarietà e prestazioni civiche.*

A prescindere dalla valorizzazione patrimoniale e dalla possibile imputazione tributaria delle prestazioni che ne sono oggetto, l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (29) s'afferma anzitutto come principio co-

(29) Per un inquadramento del carattere collettivo della solidarietà si veda S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 89, il quale sottolinea che “la solidarietà giuridicizzata trova la sua traduzione costituzionale in un insieme di doveri”, 48. Sulla solidarietà come dovere si rinvia a G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, in *Enciclopedia Treccani. Diritti on line* (2014); G. LOMBARDI, *I doveri costituzionali: alcune osservazioni*, in *Doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi. Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther, Torino, 2007, 568; E. BETTI,

stitutivo del nostro ordinamento, che è dalla Costituzione della Repubblica strettamente correlato al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità.

La Repubblica può certo chiederne l'adempimento, prevenendo in legge l'obbligazione di prestazioni personali o patrimoniali, imponendole direttamente a favore di determinate categorie di soggetti che ne diventano i creditori (art. 23, Cost.), ma ciò non pare escludere che all'adempimento del dovere di solidarietà i cittadini possano addivenire anche volontariamente con iniziative proprie (30).

Il principio di solidarietà è anzitutto configurato dalla Costituzione come *dovere*, con una norma che — ancora prima della trasformazione *ex lege* in obbligazioni determinate — è immediatamente efficace nell'ordinamento *erga omnes* e non solo verso soggetti determinati, sicché in tal senso il dovere di solidarietà risulta esattamente inteso a soddisfazione dei diritti inviolabili dell'uomo, la cui efficacia è del pari *erga omnes*. Un dovere *erga omnes* a favore di diritti assoluti di libertà con efficacia *erga omnes*. Da ciò consegue che, in assenza di più precise disposizioni normative, ogni cittadino può assolvere al proprio dovere di solidarietà con qualsiasi atto o fatto capace di soddisfare gli altrui “*diritti dell'uomo*”, secondo quella definizione che di essi è offerta dal diritto internazionale, dell'Unione europea o dal diritto costituzionale di ciascuno Stato membro (31).

Dovere giuridico (teoria gen.), in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, 53; G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 371; D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, a cura di D. Florenzano, D. Borgonovo Re, F. Cortese, Torino, 2012.

(30) La Convenzione europea dei diritti dell'uomo precisa che “*non è considerato lavoro forzato od obbligatorio [...] qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civici*” (art. 4, co. 3, lett. d).

(31) Sul principio di solidarietà nell'ordinamento: UE: J.H.H. WEILER, *On Europe's Values, Virtues and Vices*, 2015, in <http://www.biu.ac.il>; D. KOCHENOV, *On Tiles and Pillars: EU Citizenship as a Federal Denominator*, in *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, edited by D. Kochenov, Cambridge University Press, 2017, 3 s.; Id., *EU Citizenship without Duties*, University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series, No. 15/2013, September 2013, 7; D. SCHIEK, *Perspectives on Social Citizenship in the EU: From Status Positivus to Status Socialis Activus*

D'altro canto, che i diritti dell'uomo siano doveri degli altri consociati, è osservazione risalente (32), che oggi ritorna d'attualità a seguito delle politiche di contenimento della spesa pubblica e per i conseguenti momenti di crisi del c.d. Stato del benessere o *welfare state* (33).

Se il primo titolo giuridico di fruizione dei beni pubblici lo abbiamo ritrovato nell'esercizio di ciascuno dei propri diritti assoluti di libertà, il secondo può essere individuato nell'assolvimento del proprio dovere di solidarietà sociale — *id est* la soddisfazione dei diritti fondamentali d'altri — ove l'uso generale del bene pubblico da parte dei terzi, che esercitano le proprie libertà, è valorizzato dall'assolvimento dei doveri che sono volontariamente assunti da cittadini singoli o associati, con atti o comportamenti, obblighi di fare, non fare, o patire.

Il dovere di solidarietà è adempiuto con continuità ove sia

via Two Forms of Transnational Solidarity, in *EU Citizenship and Federalism. The Role of Rights*, cit., 346 s.; D. KOSTAKOPOULOU, *European Union Citizenship: Writing the Future*, in *European Law Journal*, Vol. 13, No. 5, September 2007, 628 s. 90; I. MASSA PINTO, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia*, in *Costituzionalismo.it*, n.1/2016, 73 s., ove si contrappone una lettura "emancipante" o "inclusiva" in chiave statalista — con rinvio a S. RODOTÀ, cit., 311 s., e una concezione "fraterna", in chiave antistatalista e correlata al principio di sussidiarietà, con rinvio a F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale, in I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Torino, 2007, spec. p. 29; G. BARONE, *Diritti, doveri, solidarietà, con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2004, VI, 1243 s.

(32) S. VON PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme, et du citoien, tels qu'ils lui sont prescrits par la lois naturelle*. Traduit du latin de feu Mr. le baron de Pufendorf, par Jean Barbeyrac, .. Tome premier [-second]. — Nouvelle edition, revuë avec soin, & augmentée d'un grand nombre de notes du traducteur, de fes deux discours sur la Permission & le bénéfice des loix, & du jugement de Mr. de Leibniz sur cet ouvrage avec des reflection du traducteurA Amsterdam: chez Pierre de Coup, 1722.

(33) La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 Dicembre 1948, all'art. 29, co. 1° afferma: "Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità". Nel Preambolo del Patto internazionale sui diritti civili e politici, firmato a New York nel 1966 è stabilito che l'individuo "ha dei doveri verso gli altri e verso la collettività alla quale appartiene". La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel Preambolo precisa che "il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri, come pure delle comunità umane delle generazioni future".

assunto un dato comportamento come oggetto di una obbligazione che scaturisce dalla volontaria sottoscrizione del contratto di solidarietà con l'ente locale, un titolo perciò alternativo all'obbligazione imposta *ex lege* (artt. 23 e 53 Cost.). Per ciascun bene il regolamento locale può definire i diritti dell'uomo che sono conformi all'uso generale e al tempo stesso gli obblighi di gestione nell'interesse degli altri cittadini-residenti. Si tratta di obblighi di gestione che sorgono in capo ai debitori con la sottoscrizione del contratto di solidarietà (art. 1411 c.c.) o per effetto di una norma di regolamento locale (art. 7, d. lgs. n. 267 del 2000, cit.) la cui violazione determina la possibile irrogazione di una sanzione amministrativa (art. 7 *bis*, d. lgs. n. 267 del 2000, cit.).

L'assolvimento del dovere di solidarietà può dunque comportare un'assegnazione del bene al gestore-debitore per la coltivazione di un'aiuola, la manutenzione di una panchina o di un intero parco pubblico o di una strada, di un parcheggio verticale o giardino pensile, oppure per l'allestimento delle luci d'artista di una via, o ancora per la valorizzazione di una piazza, di parti di un cimitero o di mercato cittadino.

In tutti la gestione della prestazione o servizio può essere configurata non in esclusiva, seppure lo sia la temporanea assegnazione del bene. Così è nei casi di contestuale gestione di beni equivalenti (aiuole, piazze o vie contigue) o di differenti parti dello stesso bene, che consentono gestioni di solidarietà che sono cooperative (c'è posto per tutti). L'assegnazione non esclusiva è perciò in precario (34), nel senso che è sottoposta a decadenza — e successivo avvio della procedura competitiva — ogni qualvolta il bene pubblico o il suo uso risulti scarso e il dovere di solidarietà d'altri si configuri — per motivi ulteriori (35) — in competizione tra più debitori solidali.

7. *Occupazioni sociali e assegnazioni in precario.*

L'assegnazione in precario può anche essere conformativa

(34) Sulle assegnazioni d'acqua in precario si veda R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 9.

(35) È ipotesi frequente nelle organizzazioni collaterali ai partiti politici, alle organizzazioni sindacali, alle confessioni religiose che, nel cercare proseliti, si contendono le persone.

delle “occupazioni sociali”, qualora l’atto amministrativo d’assegnazione o il contratto di solidarietà indichino in sanatoria i limiti legali della fruizione del bene nell’interesse collettivo, anche con rinvio alla disciplina dei regolamenti locali.

Trattasi di particolari occupazioni *sine titulo*, conseguenti ai casi in cui l’ente pubblico non abbia provveduto all’apertura all’uso pubblico del bene, secondo la natura giuridica della proprietà pubblica che lo riguarda. In assenza di una apertura all’uso pubblico del bene, non ogni occupazione *sine titulo* può essere definita *contra jus*, non quelle in esercizio di libertà a soddisfazione di diritti fondamentali che sono stati ritenuti prevalenti a seguito di quel bilanciamento d’interessi che — in mancanza di legge — è definito *ex post* dal giudice.

Tuttavia, si è chiarito che la tolleranza dell’amministrazione verso l’occupante *sine titulo* deve trovare fondamento in una ragionevole destinazione dell’uso pubblico del bene, la quale — seppure in fatto — deve poter incrementare l’esercizio delle libertà dei terzi grazie a prestazioni che sono adempimento del proprio dovere di solidarietà (36).

8. *La gestione in esclusiva tra principio della pubblica gara e onere del gestore di assicurare un minimo d’uso gratuito del bene.*

In alcuni casi, l’adempimento dei doveri di solidarietà può richiedere una gestione economica in esclusiva a cagione degli investimenti indispensabili a raggiungere la missione affidata (art. 106, TFUE) (37). Trattasi di un’attività economica quasi sempre di manutenzione (ordinaria e straordinaria) o di gestione del bene, che appare necessaria per incrementare — quantitativamente o qualitativamente — l’uso pubblico del bene finalizzato ad un migliore esercizio delle libertà di ciascuno.

(36) Cass. pen., sez. II, 30 maggio 2018, n. 38483.

(37) Deroghe alle norme del Trattato sono consentite purché necessarie all’adempimento della specifica missione affidata all’impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale, v. in tal senso: C.G.U.E., 8 marzo 2017, C-660/15P, punto 29; C.G.U.E., 28 febbraio 2013, C-1/12, punto 106; C.G.C.E., 23 ottobre 1997, C-159/94, punto 54. Cfr. anche Protocollo (n. 26) sui servizi di interesse generale allegato al trattato sull’Unione europea e al trattato sul funzionamento dell’Unione europea.

La richiamata contrapposizione costituzionale tra proprietà pubblica e proprietà privata si afferma non solo con riferimento all'uso ordinario del bene — che è generale nel primo ed esclusivo del suo titolare nel secondo — ma anche nell'eccezione.

La comunione e le altre forme di fruizione collettiva, infatti, sono un'eccezione che solo in parte caratterizzano una differente proprietà privata, poiché l'interesse è pur sempre quello patrimoniale dei contitolari.

Nel demanio anche l'eccezione dell'uso in esclusiva dato al concessionario trova ancora la propria ragione giuridica (causa della concessione) nell'interesse pubblico, mentre il canone eventualmente pagato all'amministrazione si configura unicamente come equilibrio economico dell'affare complessivamente definito da tutti i fattori di gestione: costi di manutenzione, investimenti, durata della concessione e stima degli introiti di gestione del concessionario, ecc.

La gestione in concessione si giustifica in ragione dell'impegno di un migliore uso del bene, oltre quello garantito comunemente dall'uso generale. Grazie alla concessione sorge nei terzi un diritto di credito ad una prestazione cui si è obbligato il gestore in concessione. Può trattarsi di sponsorizzazioni o di vere e proprie concessioni di ristrutturazione e gestione di un bene tenuto sino a quel momento in cattive condizioni, oppure di sole concessioni di servizi a pagamento, previa ristrutturazione del bene.

Ove i finanziamenti pubblici o le donazioni private siano insufficienti alla bisogna, si afferma la gestione in esclusiva del bene affidato per una durata tale da garantire la remunerazione dell'investimento, sempreché si tratti d'ipotesi in cui sia possibile remunerare la gestione grazie alla tariffa pagata dall'utente o da terzi o con finanziamenti pubblici o di beneficenza.

In tali casi, i contratti a titolo oneroso di sponsorizzazione, di costruzione e gestione, o di concessione di servizi, sono soggetti alla disciplina di dettaglio o di principio della pubblica gara.

Dalla disciplina sulla concessione in gestione dei beni pubblici con fruizione a pagamento da parte dell'utenza — anche ove gli stessi configurino l'esercizio di una libertà costituzionalmente garantita — si ricava tuttavia un ulteriore principio di favore per gli utenti.

La gestione dei beni pubblici a tariffa d'utente (autostrade,

acquedotti, parcheggi, lido del mare, ecc.) deve garantire che permanga aperta la libera scelta dell'utente a una fruizione gratuita: strada ordinaria rispetto all'autostrada; fontane pubbliche o erogazione di un minimo vitale d'acqua potabile (38); parcheggi non a pagamento in vicinanza (39); libero uso della battigia con corridoi d'accesso al mare (40).

9. *La differente responsabilità del proprietario, del gestore dell'utente.*

La responsabilità del proprietario per l'uso generale del bene

(38) Sul minimo vitale d'acqua da ultimo per tutti: A. CAUDURO, *La fornitura del quantitativo minimo vitale d'acqua*, in *Dir. amm.*, 2017, 837. La l. 5 gennaio 1994 n. 36, ora abrogata dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, esordiva all'art. 1, co. 1°: *“Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà”*. La l. 28 dicembre 2015, n. 221, stabilisce che *“al fine di garantire l'accesso universale all'acqua”* l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico assicura *“agli utenti domestici del servizio idrico integrato in condizioni economico-sociali disagiate l'accesso, a condizioni agevolate, alla fornitura della quantità di acqua necessaria per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali”* (art. 60, co. 1). Il D.P.C.M., 13 ottobre 2016, *Contenimento della morosità nel servizio idrico integrato*, ha disposto che non può essere disalimentato il servizio agli utenti domestici residenti che versano in condizioni di disagio economico-sociale ai quali è in ogni caso garantito il quantitativo minimo vitale pari a 50 litri per abitante al giorno (art. 3). Per le modalità applicative del servizio gli utenti domestici economicamente disagiati cfr. *Autorità di regolazione per energia reti e ambiente*, 5 aprile 2018, n. 227/2018/R/IDR.

(39) I comuni riservano *“una adeguata area destinata a parcheggio rispettivamente senza custodia o senza dispositivi di controllo di durata della sosta”* (d.lgs. 18 maggio 1992, n. 285, Codice della strada, art. 7, co. 8). Invece, per la definizione di *“beni comuni”*, con conseguente impossibilità di limitarne la fruizione al pubblico, dei parcheggi realizzati come opere di urbanizzazione primaria, si veda: Cons. di Stato, sez. V, 13 settembre 2018, n. 5372.

(40) Sull'utilizzo del lido del mare: *“Le regioni, nel predisporre i piani di utilizzazione delle aree del demanio marittimo [...] sentiti i comuni interessati, devono altresì individuare un corretto equilibrio tra le aree concesse a soggetti privati e gli arenili liberamente fruibili; devono inoltre individuare le modalità e la collocazione dei varchi necessari al fine di consentire il libero e gratuito accesso e transito, per il raggiungimento della battigia antistante l'area ricompresa nella concessione, anche al fine di balneazione”* (l. 27 dicembre 2006, n. 296, art. 1, co. 54°). Per la libera fruibilità della battigia si veda *“fermo restando, in assoluto, il diritto libero e gratuito di accesso e di fruizione della battigia, anche ai fini di balneazione”* (l. 15 dicembre 2011, n. 217, art. 11, co. 2°, lett. a).

demaniale è da tempo ricondotta all'amministrazione titolare sul presupposto — non sempre rilevato — che al titolare spetti senz'altro la gestione del bene (41), salvo i casi d'eccezione in cui la gestione stessa sia affidata ad enti *in house providing* oppure a soggetti terzi. Si tratta essenzialmente degli obblighi di cura del bene atti a consentire la sua naturale destinazione; atti o fatti d'amministrazione ordinaria o straordinaria che risultino indispensabili all'uso del bene medesimo, con la conseguenza che il titolare è chiamato a rispondere dei danni arrecati a terzi per violazione dei propri doveri di custodia di strade o di animali protetti, a cagione della natura pubblica della proprietà che si ritiene li caratterizzi.

Qualora si tratti di uso generale del bene, è esatto ritenere che la responsabilità extracontrattuale si affermi come conseguenza della lesione diretta dei diritti assoluti o della personalità di coloro che utilizzano il bene, di cui la violazione del dovere *erga omnes* di consentire la fruizione del bene pubblico non è altro — per così dire — che il lato passivo della definizione del diritto assoluto.

La precisazione consente di evitare il frequente equivoco di considerare che l'uso del bene pubblico sia nella disponibilità del gestore titolare del bene medesimo, poiché si deve ricordare che l'uso generale del bene non è solo l'oggetto della proprietà pubblica ma è — ancor prima — oggetto dei diritti di personalità che su tale bene sono esercitati, che non sono quasi mai nella disponibilità del gestore del bene pubblico.

Di una semplice *culpa in eligendo* o *in vigilando* si parla invece con riferimento all'amministrazione titolare che abbia alienato da sé la gestione del bene, con l'avvertenza, anche in questo caso, che si tratta quasi sempre di esercizio di poteri funzionalizzati dalla legge, cioè di poteri attribuiti non nell'interesse patrimoniale dell'amministrazione, ma nell'interesse pubblico dei terzi destinatari dell'uso generale sul bene; poteri aventi ad oggetto la scelta del contraente, la vigilanza, in genere di poteri di polizia amministrativa sul bene, con peculiarità che talvolta hanno profondamente segnato la responsabilità dell'amministrazione e molto

(41) Sulla responsabilità dell'ente comune *titolare* per difetto di manutenzione delle strade, si vedano per tutti: Cass., 28 luglio 2017, n. 18753; Cass., 26 settembre 2017, n. 22419; Cass., 3 febbraio 2015, n. 1896; Cass., 12 maggio 2015, n. 9547; Cass., 12 aprile 2013, n. 8935.

dipendono dalla disciplina che riguarda i vari beni, quella disciplina posta in leggi o regolamenti che ha effetto *erga omnes*.

Oltre alla responsabilità del gestore o del solo titolare del bene, si afferma anche verso i terzi una responsabilità dell'utente del bene pubblico per l'uso non conforme alla disciplina che lo riguarda; così i danni extracontrattuali per violazione del codice della strada, per violazione dei regolamenti sull'uso dei parchi pubblici o del codice della navigazione, ecc.

Le ipotesi di responsabilità sinora indicate possono assumere caratteri differenti con significative alterazioni della relativa disciplina ove sia l'autorganizzazione dei cittadini o degli utenti ad assumere la gestione del bene per sé medesimi o addirittura verso terzi, poiché talora si produce una confusione tra i diritti e i doveri che ciascuno ha con riferimento all'uso del bene.

ABSTRACT: Il saggio parte dall'analisi del "baratto amministrativo" quale forma di gestione dei beni pubblici nell'interesse collettivo, per mettere in evidenza alcuni aspetti peculiari dei contratti di solidarietà sociale. In particolare, essi vengono analizzati con riferimento al rapporto con i principi dell'evidenza pubblica e alla contrapposizione tra due diverse chiavi di lettura, come attuazione dei doveri di solidarietà sociale e come manifestazione dei diritti di libertà del singolo.

ABSTRACT: The "administrative barter" (i.e. baratto amministrativo) is the lens through which the management of public assets aimed at pursue the public interest is analyzed, by focusing on the notable features of the "contracts for social solidarity". Accordingly, the principles governing the public procurements along with the conflict between the Constitutional duty of social solidarity and the protection of the rights and freedoms of the individual are the common thread of the analysis.