



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

Scuola di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXI ciclo

Tesi di Dottorato

**La funzione dei diritti collettivi originari di
natura dominicale nei sistemi costituzionali
italiano e brasiliano**

Relatore

Prof. Nicola Lugaresi

Dottorando

Eugenio Caliceti

anno accademico 2008-2009



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Scuola di Dottorato in
Studi Giuridici Comparati ed Europei

candidato: Eugenio Caliceti

**LA FUNZIONE DEI DIRITTI
COLLETTIVI ORIGINARI DI
NATURA DOMINICALE NEI
SISTEMI COSTITUZIONALI
ITALIANO E BRASILIANO**

Relatore Prof. Nicola Lugaesi

Anno Accademico 2008-2009

Curriculum di Scienze pubblicitiche

XXI ciclo

Esame finale: 09/04/2010

Commissione esaminatrice:

**Prof. Gianluca Gardini, Università degli Studi di Ferrara
Prof.ssa Laura Montanari, Università degli Studi di Udine
Prof. Giampaolo Parodi, Università degli Studi di Pavia**

Un ringraziamento al Prof. Lugaresi, al Prof. Treccani e al Prof. Nervi per la disponibilità dimostrata. Ringrazio La Fondazione Caritro per aver sostenuto il progetto di ricerca da cui nasce il presente lavoro, Heloisa, Raquel e Cristina per la calda accoglienza riservatami. Un grazie a Mara, Gioia, Sally e Michele, il cui aiuto è stato fondamentale per concludere il percorso intrapreso. Un grazie ai compagni di squadra, per quel tre a due contro la prima in classifica che mi ha permesso sostenere la stesura delle conclusioni con un raro e insolito buon umore. Un ringraziamento, infine, a chi mi ha permesso di acquisire, nel corso di questi anni, quell'autonomia relazionale che rende meno incerto il passo di chi batte terre straniere.

INDICE

| | Pag. |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| ABSTRACT..... | 5 |
| NOTA INTRODUTTIVA | 7 |
| | |
| CAPITOLO PRIMO | |
| LE FUNZIONI DELLE PROPRIETÀ NEI SISTEMI COSTITUZIONALI ITALIANO E BRASILIANO | |
| 1. Per un rinnovato discorso sulle funzioni delle proprietà: questione proprietaria e forma di Stato | 11 |
| 2. Le forme di Stato degli ordinamenti italiano e brasiliano | 21 |
| 2.1. <i>La forma di Stato della Repubblica italiana</i> | 21 |
| 2.2. <i>La forma di Stato della Repubblica federale del Brasile</i> | 34 |
| 3. Le proprietà negli ordinamenti costituzionali italiano e brasiliano | 51 |
| 4. Modelli e funzioni delle proprietà negli ordinamenti italiano e brasiliano..... | 71 |
| | |
| CAPITOLO SECONDO | |
| LE ISTITUZIONI APPROPRIATIVE COLLETTIVE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO MODERNO | |
| 1. L'istituzionalizzazione dell'appropriazione collettiva originaria: storia di un conflitto moderno..... | 89 |
| 2. L'istituzione appropriativa collettiva: una nozione descrittiva..... | 98 |
| 3. Le vicende delle istituzioni appropriative collettive nell'ordinamento giuridico moderno: tra la liquidazione selettiva ed il riconoscimento casistico..... | 104 |
| 4. La disomogeneità storico-giuridica delle istituzioni di proprietà collettiva e le ragioni di una sua sintesi | 129 |

CAPITOLO TERZO

GLI ISTITUTI DELL' APPROPRIAZIONE COLLETTIVA
ORIGINARIA E LA LORO FUNZIONE

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Il diritto collettivo originario di natura dominicale: gli elementi costitutivi di un concetto giuridico | 135 |
| 2. La proprietà definitiva dei <i>remanescentes</i> delle comunità <i>quilombolas</i> | 147 |
| 2.1. <i>L'art. 68, ADCT: i termini di un'applicazione problematica</i> | 147 |
| 2.2. <i>La precedenza temporale della proprietà «quilombola»: l'art. 68, ADCT, come usucapione speciale</i> | 150 |
| 2.3. <i>L'art. 68, ADCT, come usucapione speciale: profili critici</i> | 152 |
| 2.4. <i>La precedenza logico-sistematica della proprietà «quilombola»: l'art. 68, ADCT, come appropriazione originaria</i> | 154 |
| 2.5. <i>La normativa vigente: l'art. 68, ADCT, e il «Decreto Presidencial» 20 novembre 2003, n. 4887</i> | 158 |
| 2.6. <i>L'interpretazione della disciplina vigente nel sistema costituzionale</i> | 163 |
| 2.7. <i>Il regime vincolato dei beni titolati ex art. 68, ADCT, e artt. 215, 216, CRFB</i> | 168 |
| 3. Il possesso permanente sulle terre occupate tradizionalmente dai popoli <i>indígenas</i> | 173 |
| 3.1. <i>L'interpretazione dell'articolo 231, CRFB, tra l'istituto dell'«indigenato» e la teoria del fatto «indígena»</i> | 173 |
| 3.2. <i>Le terre tradizionalmente occupate: i criteri di individuazione</i> | 180 |
| 3.3. <i>Il regime giuridico delle terre tradizionalmente occupate</i> | 187 |
| 3.4. <i>La natura ed il contenuto dei diritti «indígenas»</i> | 192 |
| 4. I diritti di uso civico e di promiscuo godimento..... | 198 |
| 4.1. <i>Il concetto di diritto di uso civico e di promiscuo godimento</i> | 198 |
| 4.2. <i>La struttura dei diritti di uso civico e di promiscuo godimento</i> | 216 |
| 4.3. <i>La natura dei diritti di uso civico e di promiscuo godimento: il fondamento storico e logico-sistematico</i> | 221 |
| 4.4. <i>Il regime dei beni gravati da diritti di uso civico e di promiscuo godimento</i> | 227 |
| 5. I diritti collettivi originari di natura dominicale nei sistemi costituzionali | 240 |

INDICE

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| italiano e brasiliano | |
| <i>5.1. La funzione dei diritti collettivi originari di natura dominicale nei sistemi costituzionali italiano e brasiliano</i> | 240 |
| <i>5.2. I diritti collettivi originari di natura dominicale e il principio dello sviluppo sostenibile: per un'integrazione del modello proprietario collettivo nel sistema costituzionale delle proprietà.....</i> | 252 |
| CONCLUSIONI | 267 |
| TAVOLA ACRONIMI..... | 281 |
| BIBLIOGRAFIA | 285 |

ABSTRACT

Il presente lavoro si propone di analizzare criticamente la funzione dei diritti collettivi originari negli ordinamenti brasiliano e italiano. Il concetto - proposto per definire i diritti imputati ad una collettività, aventi ad oggetto un patrimonio collettivo, sul quale si esercitano diritti individuali discendenti da un fattore di appartenenza - è utile per sintetizzare una serie eterogenea di istituti, recepiti o positivizzati nei rispettivi ordinamenti. I diritti di uso civico o di promiscuo godimento, la proprietà definitiva *quilombola*, il possesso *indígena*, costituiscono le specifiche figure giuridiche analizzate. A fronte dell'eterogeneità che contraddistingue sia le istituzioni storiche appropriate collettivamente delle risorse territorialmente pertinenti, sia le figure giuridiche predisposte per riconoscerne e regolarne l'esistenza nell'ordinamento moderno, ci si propone in questa sede di individuare un principio giuridico a partire dal quale operare una loro sintesi in un quadro concettualmente unitario. A partire dal medesimo principio si vuole, quindi, analizzare la funzione che il modello proprietario collettivo, di cui gli istituti analizzati sono espressione, assume nei rispettivi ordinamenti, entrambi ascrivibili al costituzionalismo democratico-sociale.

NOTA INTRODUTTIVA^I

Il presente lavoro nasce come naturale prosecuzione del percorso svolto elaborando la tesi di laurea, durante il quale si è avuto modo di approfondire il diritto della (in senso oggettivo) e alla (in senso soggettivo) riforma agraria nell'ordinamento brasiliano.

La metabolizzazione del nuovo quadro assiologico istituito con la Costituzione democratica del 1988 sta lentamente producendo una rilettura dell'ordinamento giuridico cui non si sottrae l'istituto di proprietà, seppur forti siano le resistenze culturali e politiche al processo di relativizzazione del modello dominativo vissuto non molti decenni addietro anche nelle esperienze giuridiche continentali di tradizione romanista.

Il mutamento paradigmatico introdotto formalmente con il riconoscimento, nel dispositivo costituzionale, della funzione sociale della proprietà e, nello specifico, della proprietà agraria, è stato sostanzialmente recepito anche grazie ad un'ampia circolazione dei modelli dottrinali elaborati, nell'ordinamento italiano, per comprendere la proprietà nel nuovo ordine costituzionale repubblicano. Questo è stato il quadro di riferimento nel quale contestualizzare gli strumenti giuridici approntati, nell'ordinamento brasiliano, per promuovere un intervento di riorganizzazione fondiaria orientato a principi di equità e giustizia sociale.

Analizzando il sistema costituzionale della proprietà brasiliano ho potuto rilevare l'esistenza di uno statuto proprietario che si distingue per una marcata specialità. L'assetto strutturale si basa, infatti, su di una condominialità che rifugge la logica della tradizione romanistica. Il titolo è collettivo e indivisibile, i diritti imprescrittibili e derivanti dall'appartenenza a un gruppo, le terre sottoposte ad un regime di natura pubblicistica che ne prevede l'inalienabilità e l'iusucapibilità. La marcata specialità del regime cui i diritti e i beni sono sottoposti viene confermata da

^I Nel presente elaborato sono stati tradotti in italiano i testi delle disposizioni legali brasiliani, mentre sono state mantenute in lingua originale quelle tratte dalle Convenzioni internazionali citate nella parte finale.

un ulteriore elemento. Questi diritti collettivi sono titolati a gruppi riconosciuti come differenti - i *remanescentes* delle comunità *quilombola* - sulla base di argomentazioni parzialmente divergenti nella misura in cui a pronunciarsi siano giuristi, politologi, sociologi o antropologi.

L'oggetto della tesi è stato quindi individuato assecondando il naturale interesse per forme che ricordano, in maniera evidente, i tratti degli istituti che, nell'ordinamento italiano, veicolano la permanenza di un modello proprietario collettivo. Tale interesse è naturale in quanto la conoscenza di istituzioni proprietarie collettive deriva, prima che dall'acquisizione di nozioni tecniche apprese nelle aule di facoltà, dall'appartenere originariamente ad una delle Istituzioni sopravvissute all'avvento della modernità: la Magnifica Comunità di Fiemme.

Le motivazioni che mi hanno spinto ad approfondire, negli ordinamenti italiano e brasiliano, quei diritti collettivi che nel presente lavoro si qualificano come originari e dominicali, sono numerose. In primo luogo volevo verificare in che misura alla diversità delle figure giuridiche predisposte in ciascun ordinamento (usi civici in senso stretto, domini collettivi, comunioni familiari montane, proprietà *quilombola*, possesso *indígena*) si potesse contrapporre una loro funzione costante nel sistema costituzionale della proprietà. In secondo luogo volevo poi accertare se fosse possibile ridurre la contingente diversità degli istituti rilevando un medesimo principio giuridico riconducibile organicamente ad un quadro assiologico condiviso dalle rispettive costituzioni, quali espressioni del costituzionalismo democratico-sociale. In terzo luogo mi proponevo di criticare e superare, sulla base di una auto-sufficienza del sistema assiologico costituzionale, i limiti che un'applicazione politica e arbitraria del principio giuridico sotteso agli istituti di proprietà collettiva pone all'integrazione nell'ordinamento di diritti tuttora relegati ai margini del sistema, in quanto acquisiti per fatto storico (ordinamento italiano), o riconosciuti soggettivamente sulla base di una diversità etnico-culturale (ordinamento brasiliano).

L'indagine è stata condotta nella consapevolezza di come - in un contesto caratterizzato dalla progressiva scarsità di beni fondamentali alla vita e, di conseguenza, dalla progressiva valenza economica che essi vengono ad assumere in un sistema politico-economico orientato ai principi del mercato - al riemergere di una

nuova questione proprietaria si debba rispondere con strumenti alternativi alla logica individualistica, da cui l'interesse per la sua declinazione collettiva.

Queste in estrema sintesi le questioni da cui muove il presente lavoro.

Nel primo capitolo, si delinea una ricostruzione dei principi dell'ordinamento, rilevando la forma di stato impressa nei due sistemi costituzionali, alla luce dei quali analizzare la funzione del diritto di proprietà.

Nel secondo capitolo si evidenzieranno le dinamiche che hanno condotto non tanto alla nascita di un'appropriazione collettiva, ma alla sua istituzionalizzazione nei conflitti sorti contestualmente alla modernità. Si definiranno, poi, gli elementi caratterizzanti le istituzioni appropriative collettive, esponendo le ragioni che giustificano la riduzione di questo complesso universo ad una trattazione giuridica unitaria.

Nel terzo capitolo si procederà delineando - nell'assenza di una nozione univoca di "proprietà collettiva" - i concetti di "diritto collettivo originario di natura dominicale" e di "diritto originario di uso", categorie analitiche che si propongono per trasporre, in ambito giuridico, il complesso assetto rilevato nel tratteggiare una nozione di istituzione appropriativa collettiva. Questi concetti si presentano utili per descrivere i caratteri costitutivi comuni agli istituti proprietari collettivi che si prenderanno in considerazione con riferimento al loro fondamento logico-sistematico, al regime dei diritti collettivi e individuali, e, infine, al regime giuridico dei beni su cui essi gravano. Alla descrizione delle specifiche figure giuridiche seguirà l'individuazione della funzione loro attribuita attualmente nei rispettivi ordinamenti, per valutare in che misura il modello proprietario collettivo, di cui sono espressione, possa essere integrato nel sistema costituzionale della proprietà.

Se, attualmente, la sfida da raccogliere è costituita dal perseguire la piena integrazione dei diritti collettivi originari nell'ordinamento giuridico, quale modello alternativo e complementare al modello proprietario individualista, l'obiettivo che si pensa di poter raggiungere invece nel presente lavoro è molto più modesto: contribuire in una prospettiva transnazionale ad un dibattito nel quale si possa discutere delle istituzioni appropriative collettive sulla base di un medesimo linguaggio giuridico, mettendo in relazione esperienze culturalmente percepite come così eterogenee, da sembrare oltre che incomparabili, contraddistinte da

un'insuperabile alterità. Questa è la condizione affinché la circolazione di strumenti argomentativi possa facilitare quella decostruzione e conseguente ricostruzione di significato attraverso cui si rinnova, seppur lentamente, la tradizione giuridica.

CAPITOLO PRIMO

LE FUNZIONI DELLE PROPRIETÀ NEI SISTEMI COSTITUZIONALI ITALIANO E BRASILIANO

1. Per un rinnovato discorso sulle funzioni delle proprietà: questione proprietaria e forma di Stato

Nel diritto di proprietà¹ è riposto uno dei concetti che, senza dubbio, hanno costitutivamente caratterizzato la tradizione giuridica continentale, non solo per essere stato il principale strumento giuridico preposto alla regolazione del fenomeno appropriativo, ma anche per aver caratterizzato trasversalmente gli assetti politici e sociali sottesi all'ordinamento giuridico². Per mezzo di esso si è governato il conflitto sociale, definendo equilibri istituzionali capaci di regolare la connaturata inclinazione umana al compiere, attraverso gesti appropriativi, atti di volontà. L'importanza assunta dal diritto di proprietà viene solo parzialmente ridimensionata da una sua progressiva crisi³ o marginalizzazione⁴ nell'attuale sistema politico-

¹ Nel presente elaborato si utilizzerà il termine di “diritto” per definire la proprietà come concetto giuridico, mentre per “istituto” si intenderà la trasposizione del concetto in termini di contenuti e di struttura (poteri, obblighi, limiti riferiti allo statuto del diritto concretamente inteso). Istituto e diritto di proprietà costituiscono due dimensioni interrelate, che trovano il proprio punto di congiuntura nella funzione assunta dal diritto, e di conseguenza dall'istituto, nel sistema giuridico.

La distinzione non è sconosciuta a una storiografia della proprietà, essendo stata elaborata, ad esempio, per risolvere, a cavallo tra Ottocento e Novecento, le antinomie esistenti tra un modello dell'istituto ancora ispirato al dominio diviso - tramandato dalla tradizione del diritto comune - ed il concetto del diritto postulato dal nuovo individualismo possessivo. Cfr. P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, I, pp. 246 e ss.

² Come scrive Rodotà, «[a]ttraverso il riconoscimento della effettiva funzione storica dei diversi elementi costitutivi del sistema giuridico della proprietà, [...] possono emergere, a un tempo, le finalità perseguite con i diversi statuti del progetto sociale d'insieme ad essi corrispondente». S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, p. 890. Analogamente la proprietà viene definita da Barcellona il «principio organizzativo dei rapporti economico e sociali» (P. BARCELONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 461.

³ Cfr. P. RESCIGNO, *Per uno studio della proprietà*, *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 17 e ss.

⁴ Proprio la negazione del momento relazionale ha reso necessario, secondo Rescigno, privilegiare l'obbligazione rispetto alla proprietà quale strumento per realizzare quell'idea di cooperazione inter-

economico rilevata in dottrina, condividendosi l'opinione per la quale esso costituisca tuttora «nella nostra cultura il riferimento [...] per descrivere e connotare nel loro insieme tipi di rapporti esistenti nell'organizzazione sociale»⁵.

Le scienze economiche, definendo *the system «of property rights»*⁶ come «[l'i]nsieme dei rapporti economici e sociali che definiscono la posizione di ciascuno rispetto all'utilizzazione di risorse scarse»⁷, hanno dato risalto alla centralità che il momento relazionale assume nella configurazione del diritto di proprietà. In questo senso non sarebbe corretto ridurre il diritto al vincolo giuridico esistente tra soggetto e bene, senza considerare la regolazione dei rapporti inter-subbiettivi che naturalmente nascono dal fatto che esistono degli oggetti sottoposti ad atti appropriativi tra loro concorrenti. Trattasi di una definizione che per propria natura differisce dal concetto elaborato nell'esperienza giuridica continentale, tradizione dalla quale vennero tratte le definizioni legali approntate da quegli ordinamenti statali nei quali il diritto civile venne codificato. In queste esperienze il diritto di proprietà venne concepito come un «modello astratto»⁸ capace di assorbire tutte le possibili epifanie del fenomeno appropriativo. L'attrazione del bene nell'orbita gravitazionale esclusiva ed assoluta di un individuo⁹ negò quel «momento comunitario»¹⁰ sotteso all'implicita relazionalità inter-soggettiva che il fenomeno dell'appropriazione di per sé evoca nell'analisi delle scienze economiche.

soggettiva che emerge nel mutato sistema principiologico della Costituzione italiana (CI). Cfr. P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, II, pp. 867 e ss. Per una ricostruzione della progressiva dissociazione tra proprietà e controllo del potere economico avvenuto con l'avvento delle società per azioni, si veda F. GALGANO, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, II, pp. 681-701.

⁵ S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, p. 890.

⁶ E. G. FURUTBON, S. PEJOVICH, *Property Rights and economic theory: a survey of recent literature*, in *Journal of Economic Literature*, 1972, 10, p. 1139.

⁷ E. G. FURUTBON, S. PEJOVICH, *Property Rights and economic theory: a survey of recent literature*, in *Journal of Economic Literature*, 1972, 10, p. 1139.

⁸ P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, I, p. 244.

⁹ Come afferma Grossi, riprendendo la lezione del Rosmini: «[i]n alto, molto in alto al di sopra della relatività storica, sta il "primitivo concetto semplice ed assoluto di proprietà", un archetipo puro che incarna la forza e l'autonomia del soggetto in uno stadio di incontaminazione da parte di forze esterne, siano queste le cose o gli altri. È un dominio puramente naturale che si suole comunemente concepire prescindendo da rapporti di convivenza» (P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, I, pp. 237-238).

¹⁰ Cfr. P. RESCIGNO, *Per uno studio della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 48.

Anche nella “esperienza giuridica”¹¹ continentale si è sviluppata una riflessione capace di superare la semplice esegesi delle formule sulle quali si è sostenuta l’immutabilità apparente dell’istituto proprietario. Tale riflessione - non solo sulla base del mutato tenore positivo imposto dall’introduzione, nel costituzionalismo di molti dei paesi ascritti alla tradizione di *civil law*, della funzione sociale della proprietà, ma soprattutto grazie a un’analisi capace di contestualizzare storicamente l’istituto nelle codificazioni continentali¹² - ha messo in evidenza come solo in «una interpretazione ideologica della rivoluzione francese, a costruire la quale ha assiduamente lavorato il liberalismo dell’Ottocento»¹³, si sia potuto pensare il diritto di proprietà come avulso dai limiti e obblighi che ne concretizzarono l’astrattezza in relazioni inter-subbiettive¹⁴. Approfondendo tale dimensione si è sottoposta a critica la riduzione del diritto di proprietà ad una «dimensione dominativa»¹⁵, consistente nel sottoporre un bene alle facoltà di un soggetto in uno spazio completamente intra-subbiettivo¹⁶. Invece dei rapporti dominativi consumati tra soggetto e beni, si evidenziarono le relazioni intercorrenti tra i soggetti coinvolti nei rapporti proprietari istituiti dall’ordinamento giuridico sia sul versante pubblico, che su quello privato. La persistente negazione di un momento obbligatorio quale elemento costitutivo dell’istituto - asserita dall’interpretazione dogmatica che la tradizione civilista diede alle formule adottate nelle codificazioni pur quando la funzionalizzazione sociale ne avesse già destituito parzialmente il fondamento

¹¹ Cfr. V. CAPOGRASSI, *Studi sull’esperienza giuridica*, in ID., *Opere*, II, Milano, 1959, p. 245 e ss.

¹² Per una costruzione storiografica delle vicende proprietarie negli anni tra la Rivoluzione francese e la codificazione napoleonica si veda S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, pp. 61 e ss. L’autore sostiene la continuità concettuale tra codice napoleonico e le coeve disposizioni speciali. Negando quella rottura sostenuta da chi considera la legislazione speciale una corruzione contingente subita dalla purezza del concetto proprietario, Rodotà riesce a demistificare il *laissez faire* apoditticamente ascritto all’ideologia della Rivoluzione francese. Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, pp. 119 e ss.

¹³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 94.

¹⁴ Sull’elaborazione di un concetto di proprietà come relazione inter-subbiettiva nella dottrina tedesca e italiana, si veda R. SACCO, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all’Università di Pavia nell’anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968, pp. 28-29.

¹⁵ Sul concetto si veda P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, II, p. 862.

¹⁶ Come già Kelsen ebbe modo di sottolineare, «dal punto di vista giuridico, il dominio dell’uno è soltanto il riflesso dell’esclusione degli altri [...] se tuttavia si continua a seguire la definizione tradizionale della proprietà come dominio esclusivo di una persona su una cosa, [...] questo avviene evidentemente per il fatto che, definendo la proprietà come rapporto tra persona e cosa, se ne nasconde la funzione fondamentale dal punto di vista economico-sociale». H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, p. 153.

normativo¹⁷ - alimentò quel profondo dibattito che ha attualizzato l'istituto a fronte dei processi di ri-democratizzazione dei regimi dittatoriali e totalitari del XX secolo, prevalentemente, anche se non esclusivamente, nel continente europeo.

La dialettica tra il modello astratto del diritto e la storica immanenza delle relazioni appropriative trasposte nell'istituto di proprietà - ed il rapporto di forza che intercorse tra questi due profili nell'affermarsi alternativamente come egemonici nelle esperienze giuridiche di derivazione romanistica¹⁸ - dimostra come il fondamento e la struttura dello strumento preposto alla regolazione giuridica dell'appropriazione abbia corrisposto a differenti funzioni¹⁹. La poli-funzionalità della proprietà può emergere in senso diacronico, in relazione all'evoluzione storica di uno specifico sistema politico²⁰, o sincronico, rispondendo nello stesso tempo ed in un medesimo sistema politico a differenti sollecitazioni²¹.

A partire dalla multi-funzionalità della proprietà - desumibile da una storia delle idee poste a suo fondamento²² - il presente lavoro cercherà di mettere in luce in che misura il concretizzarsi dei «principi-valori» caratterizzanti le «forme di Stato»²³

¹⁷ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, Studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 69.

¹⁸ Sull'influenza esercitata dalla circolazione dei modelli francese e tedesco, tra Ottocento e Novecento, sull'evoluzione del concetto di proprietà nella dottrina civilistica italiana, si veda P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, I, pp. 201-338.

¹⁹ Il regime del diritto di proprietà quindi è giustamente da considerare «la risultante di un processo competitivo fra diversi formanti, taluni dei quali a valenza principalmente politica, talaltri a valenza tecnico-giuridica e/o culturale» (U. MATTEI, *Proprietà*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 439).

²⁰ Come evidenziato da Horwitz, anche in quelle stesse esperienze politiche particolarmente sensibili alle premesse ideologiche liberali il concetto di proprietà ha subito, nel corso del tempo, una trasformazione orientata al raggiungimento del benessere sociale. In questo senso i modelli storici che governano l'acquisizione e la garanzia della proprietà sono pensati per allocare incentivi economici ad alcuni operatori economici o per discriminare selettivamente i proprietari per il raggiungimento di un'utilità collettiva. Cfr. M. J. HORWITZ, *The Transformation in the Conception of Property in American Law, 1780-1860*, in *The University of Chicago Law Review*, 1973, 2, pp. 248-290.

²¹ Ne è una dimostrazione la mediazione compiuta dalla dottrina italiana, che in un periodo di transizione, quale fu la seconda metà del XIX secolo, ritenne di poter conciliare nella proprietà un concetto di diritto filosoficamente già ancorato ai principi dell'individualismo possessivo e una struttura dell'istituto ancora ampiamente influenzata dalle teorie del dominio diviso (cfr. P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, I, pp. 275 ss).

²² Sulle differenti idee del diritto di proprietà, si veda la "filologica" ricostruzione di L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1, pp. 21 e ss.

²³ Riprendendo la definizione proposta da De Vergottini, tale concetto sviluppa gli «elementi che caratterizzano globalmente un ordinamento con particolare riferimento ai principi-valore e alle finalità che sono poste come obiettivi all'azione degli organi costituzionali; ma nel suo ambito rientrano anche i conseguenti criteri relativi alla disciplina dello Stato-comunità, al ruolo dell'individuo e dei gruppi e quelli relativi allo Stato-apparato e alla sua modalità di intervento» (G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2007, p. 137); analogamente Mortati definisce la forma di Stato un

della Repubblica italiana e della *República federativa do Brasil*, possa tuttora dipendere dal diritto di proprietà. Gli elementi cui si presterà attenzione nell'individuare una costitutiva modalità d'essere degli ordinamenti costituzionali che si prenderanno in considerazione - ossia quello italiano e quello brasiliano - sono rappresentati dalla positivizzazione dei diritti fondamentali che trovano la propria base teorico-filosofica nella centralità della persona e nella garanzia della sua autodeterminazione²⁴.

Prima di procedere bisogna però svolgere una premessa. Il discorso ora introdotto non deve essere confuso con un tipo di analisi che, sulla base di un approccio puramente sociologico, tenta di individuare il ruolo svolto dalla proprietà in specifici sistemi sociali. Se l'interazione tra sistema normativo e sistema sociale si dimostra capace di modificare la funzione del diritto di proprietà²⁵, tale modificazione diviene giuridicamente rilevante nel momento in cui sia in grado di alterare gli equilibri che rendono organico un ordinamento giuridico. Se l'evoluzione sociale sottopone a pressioni il sistema normativo, tali pressioni vengono riassorbite in un differente equilibrio dinamico, possibile nei limiti in cui non si palesi un conflitto identitario con la prescrittività resiliente nei contenuti di una «forma di Stato»²⁶ impressa in una Costituzione²⁷, quale «diritto costituzionale costituito»²⁸. Con tale formula intendo definire quel sistema di valori formalizzati in principi -

«ordine complessivo di vita associata in quanto compendia in sé i presupposti e le condizioni, cioè l'insieme di fattori spirituali, economici e sociali, le convinzioni, le strutture, i fini che informano in sé un ordinamento» (C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 7).

²⁴ Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972. Il riferimento all'autore è indicativo per entrambi gli ordinamenti, vista l'ampia circolazione delle sue opere nella dottrina brasiliana. Si veda inoltre F. PIZZETTI, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. Eccl.*, 1995, 1, pp. 81 e ss. Analogamente R. L. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, 2008, p. 375.

²⁵ Se «la funzione sociale si modifica senza che si abbia modificazione giuridica dell'istituto giuridico» (C. RENNER, *Gli istituti di diritto privato e la loro funzione sociale*, Bologna, 1981), non ne risulterà comunque immutato un ordinamento giuridico organizzato a sistema sulla base di principi costituzionali positivizzati.

²⁶ Adottando la griglia interpretativa del Rescigno, con la quale si critica, in quanto abusata, il concetto di forma di Stato, si dovrebbe parlare di «formazione economico-sociale», ossia della «caratterizzazione della intera esperienza giuridica di quella specifica formazione economico-sociale presa in considerazione, con uno sforzo di sintesi quindi molto rischioso ma che comunque deve tendere a cogliere le linee fondanti di tutto l'ordinamento giuridico». G. U. RESCIGNO., *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1994, p. 12.

²⁷ Come afferma Mortati, lo stesso concetto di Costituzione implica limiti strutturali che, qualora superati, farebbero venir «meno la stessa identità del soggetto cui si riferiscono» (C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1992, p. 140).

²⁸ V. ANGELINI, *Costituente e costituito*, Padova, 1995, p. 103.

individuati «sulla base di elementi desunti o desumibili dal diritto vigente»²⁹ e perciò giuridici³⁰ - che costituiscono il fondamento di posizioni soggettive - diritti, obblighi, garanzie - e dei criteri di selezione e di bilanciamento di interessi giuridicamente riconosciuti³¹. Sia la trasformazione di questi equilibri sociali, sia il latente conflitto che il mutamento sociale produce rispetto al “dover essere” di un ordinamento costituzionale, non debbono essere, quindi, sottratti all’analisi critica, seppur rischiosa³², operata dal giurista partendo da una logica interna al sistema. L’esame dell’attuale stato di una vicenda proprietaria alla luce di un “programma costituzionale” giuridicamente posto - tema vecchio e che può apparire una celebre pagina già scritta nella storia del costituzionalismo democratico - si dimostra di particolare importanza, in quanto ai diritti e solo ai diritti, è legata la legittimità di una logica rivendicativa che qualifica il conflitto sociale e lo rende, come ritenuto giustamente in dottrina³³, il motore di un mutamento istituzionalizzato. La dinamica conflittuale che produce, all’interno delle istituzioni, gli assetti sociali ed economici di un determinato momento storico è momento democraticamente necessario e coerente rispetto all’interventismo³⁴ che caratterizza il costituzionalismo democratico-sociale³⁵.

²⁹ S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in *Enc. del dir.*, XXXV, Milano, 1992, p. 520.

³⁰ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2007, p. 121; F. PALERMO, *La forma di Stato dell’Unione europea*, Padova, 2005, pp. 30 ss.

³¹ Di contenuto analogo il concetto, suggerito da Lavagna, di regime, che «nel suo significato giuridico positivo, è quella parte della Costituzione dello Stato, che segna e disciplina la posizione fondamentale dei vari soggetti giuridici, sia fra loro, sia nei confronti del governo; nonché determina i fini essenziali dello Stato, a cui l’intero ordinamento giuridico risulta ispirato» (C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, I, Milano, 1957, p. 169).

³² Cfr. G.U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1994, p. 12.

³³ Cfr. R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, p. 1-52.

³⁴ In tale aspetto Sandulli coglie un elemento costitutivo del concetto di Stato sociale. Cfr. A. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1972, p. 466. Sul concetto di interventismo innovativo, si veda G. ZAGREBELSKY, *Società - Stato - Costituzione, lezioni di dottrina dello Stato degli anni acc. 1986 -1987 e 1987 - 1988*, Torino, 1988, pp. 67-68.

³⁵ Concetto che, secondo Mortati, è «stato coniato [...] per designare la nuova dimensione assunta dalle strutture statali le quali si propongano di rimuovere i fattori di dissoluzione e di assicurare a tutti condizioni minime di vita e di sviluppo della persona» (C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1992, p. 215).

Parzialmente diverso il concetto proposto da De Vergottini, il quale definisce la democrazia sociale come quella che «non rinnegando l’essenza dei principi liberali, da un lato contiene degli apporti delle diverse concezioni socialiste della democrazia, ponendo l’accento sull’importanza delle libertà economiche e sociali, dall’altro sostituisce i gruppi agli individui come soggetti primari interessati a fruire della libera competizione politica». G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale comparato*, Padova, 2007, p. 151. Analogamente F. PIZZETTI, *L’ordinamento costituzionale per valori*, in *Dir. eccl.*, 1995, 1, 66, pp. 79 e ss. Sul concetto di veda inoltre P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 64-65.

Anche qualora si riconoscesse in questa specifica declinazione del costituzionalismo non un insieme di norme sostanziali capaci di risolvere il conflitto sociale³⁶ - in virtù del relativismo che contraddistingue una società pluralista³⁷ - ma al contrario un insieme di norme procedurali capaci di veicolare una risoluzione “futuribile” del conflitto all’interno del sistema politico³⁸ - seppur circostanziatamente legata agli equilibri politici legati ad interpretazioni contingenti e storiche dei principi costituzionali -, non si potrebbe negare come accanto ai «limiti negativi»³⁹ posti dalla rigidità procedurale, vi sia un nucleo sostanziale prescrittivo⁴⁰. Se la rigidità mantiene ancora un senso nella sistematica costituzionale contemporanea è perché individua implicitamente, prima che procedure, un *quid* che, essendo sottratto al potere di revisione proceduralmente condizionato⁴¹, può essere modificato solo tramite l’esercizio di un nuovo potere costituente⁴². Tale sostanza, in

³⁶ Cfr. R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1 p. 23.

³⁷ Cfr. R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, p.43.

³⁸ Cfr. R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, p. 16

³⁹ R. BIN, *Che cos’è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, p.43.

⁴⁰ Con riferimento all’esperienza giuridica italiana, lo stesso Mortati attribuiva ai principi fondamentali della Costituzione la capacità di «riunire in un insieme unitario le molteplici manifestazioni di vita dello Stato, segnando altresì i limiti invalicabili ad ogni mutamento costituzionale» (C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1992, p. 214). Seppur tale affermazione poco dica nell’ottica della dottrina della Costituzione materiale a lui ascritta, è lecito porsi la domanda se sia possibile, nel giro di qualche decennio, che siano così profondamente mutati quei rapporti istituzionali da cui la Costituzione formale trasse il proprio fondamento, considerando il fatto che la presunta Costituzione materiale di cui la Carta del 1948 è formalizzazione, non cristallizzò un equilibrio sociale, ma pose le basi per una sua profonda trasformazione. La Costituzione materiale in questo senso riconosce il valore del mutamento sociale, istituzionalizzando un processo (quello che Bin chiama conflitto sociale).

Considerando che nella Costituzione italiana «l’intervento richiesto allo Stato rivolto a modificare le condizioni che influenzano i rapporti contratti dai singoli, a correggere i risultati derivanti dal gioco delle forze sociali contrapposte, si propone di consentire a tutti, e non solo ad alcuni privilegiati, l’uso effettivo della libertà, la possibilità di esplicitare le capacità insite in lui, svolgendo pienamente la propria personalità» (C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1992, p. 215), l’inasprimento delle sperequazioni sociali dovrebbe aumentare la forza vitale riposta nel programma costituzionale, ponendo nuovamente al centro dell’ordinamento quel «principio lavorista» (C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1992, pp. 214-215) che qualifica la forma di Stato sottesa al concetto di «repubblica costituzionale» (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 61) e a cui si riferisce lo stesso Bin nel chiudere il proprio saggio.

⁴¹ Cfr. V. ANGELINI, *Costituente e costituito*, Padova, 1995, pp. 101 e ss.

⁴² È indubbio che l’ordinamento giuridico costituzionale si presenti come strumento per organizzare molteplici interessi tra loro in conflitto sulla base di un criterio di prevalenza che si conforma a quello che M. Barcellona chiama «senso nucleare», ossia il «principio organizzativo fondamentale di un’epoca della società» (M. BARCELLONA, *L’«idea del sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 731). Per quanto sia innegabile che tale principio nasca dalla società e segua fluidamente la sua evoluzione, modificando l’ordinamento, non si può negare il configurarsi di potenziali punti di rottura con quanto positivizzato in un testo costituzionale. Riaffermare un nucleo prescrittivo immodificabile in un testo costituzionale non

una logica che vuole superare il fondamento gius-naturalista dell'ordinamento costituzionale⁴³, non può che essere ricavata dai principi su cui si regge una Costituzione e dai diritti che ne sono concreta espressione. Se si può parlare di un "contenuto minimo" di una Costituzione democratica e sociale⁴⁴, tale contenuto racchiude i diritti funzionali all'emersione di un conflitto sociale istituzionalizzato, tale in quanto fondato su di una dialettica "rivendicativa" contraddistinta qualitativamente dalla legittimità politica e giuridica. La "naturalità" attribuita all'ordinamento giuridico del mercato si esprime in differenti profili. Tra questi ve n'è uno che, a nostro avviso, non deve essere sottovalutato e in virtù del quale ad una logica rivendicativa di diritti - tradizionalmente diretta alle pubbliche autorità in un'ottica pretensiva a vocazione universalistica - viene sostituita una logica aderente alle opportunità (scarse e non universali) offerte dal mercato che, pur essendo «*locus artificialis*»⁴⁵, viene socialmente percepito come capace di legittimare apoditticamente l'allocatione sia di risorse, sia di potere sociale, economico, politico da esso prodotte. La percepita naturalità del meccanismo del mercato neutralizza il conflitto sociale marginalizzando sia i diritti che la Costituzione tuttora garantisce, sia la funzione che alla Costituzione viene attribuita nel catalizzare il processo di

significa aderire ad una tesi formalista, né tanto meno rivendicare un monopolio dei giuristi sull'interpretazione dell'ordinamento. Proprio avendo come fine una completa ri-politicizzazione del diritto si pensa opportuno che quanto positivizzato debba essere modificato solo con procedure formali, fino a giungere all'esercizio massimo di un nuovo potere costituente qualora insanabili siano le fratture tra Costituzione e senso nucleare sociale. Questo è necessario per impedire che attraverso il mutamento tacito della Costituzione si eviti il profondo dibattito che deve investire la società nel ripensare il senso della propria organizzazione, "neutralizzando" per altra via, e non meno anti-democratica, la natura politica della questione.

⁴³ Interessante la posizione espressa da Ruini nel discorso fatto all'Assemblea costituente nella seduta del 12 marzo 1947, a chiusura della discussione generale sul progetto di Costituzione. Se si nega che la rigidità comporti l'immodificabilità della Costituzione, parallelamente si individua nel riconoscimento di principi e di diritti individuali un limite all'esercizio dello stesso potere costituente, quindi a maggior ragione di quello costituito. Se ne può dedurre l'assunzione di premesse di natura gius-naturalista, che comunque rafforza, non smentendo, l'esistenza di un nucleo prescrittivo. Cfr. M. RUINI, *Come si è formata la Costituzione*, Milano, 1961, p. 120-121.

⁴⁴ Ad uno Stato sociale si affianca un «diritto sociale», ossia «[l']insieme delle pretese a favore di tutti i cittadini, fatte derivare dal principio di uguaglianza, di partecipare dei beni della vita, sulla base di una garanzia prestata dallo Stato ed esplicantesi con interventi diretti, o mediante oneri di imposti ad altri soggetti» (C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 11). Quello che appare irrinunciabile è un intervento sotteso da finalità redistributive legate all'art. 3 CI (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 171), da cui derivano meccanismi politici di regolazione pubblica delle relazioni inter-soggettive.

⁴⁵ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004, pp. 11. Come afferma Barcellona «l'autonomia del mercato, che è fondata politicamente, deve essere politicamente garantita e mantenuta per riprodursi» (P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 462).

mutamento sociale. Se non si riafferma la centralità dei diritti costituzionali difficilmente la funzione storica assegnata alla Costituzione potrà essere svolta, essendo il conflitto sociale frutto di una logica rivendicativa che appare estranea all'equilibrio sociale che il mercato sembra auto-performativamente produrre⁴⁶.

Anche quando il conflitto sociale viene letto e recepito nel sistema politico, è solo a partire dalla Costituzione che si può invertire quella de-responsabilizzazione di cui le autorità politiche nazionali godono nel demandare a organi giurisdizionali sovranazionali - espressione dell'integrazione verticale tra sistemi giuridici compresa attraverso il «costituzionalismo multilivello» - la risoluzione di conflitti sociali sulla base di un sistema assiologico diverso, se non in contrasto⁴⁷, rispetto ai sistemi costituzionali nazionali⁴⁸.

A fronte della progressiva autonoma conquistata dal fenomeno economico rispetto al controllo politico, l'obiettivo del presente lavoro è quello di contribuire ad una maggiore comprensione del ruolo che tuttora il diritto di proprietà - e la logica rivendicativa ad esso sottesa - può svolgere nelle esperienze costituzionali italiana e brasiliana⁴⁹. Concentrandosi sulla funzione del diritto di proprietà, si vuole

⁴⁶ È errato, nell'opinione di chi scrive, pensare che il conflitto sociale per l'accesso alla cittadinanza e all'inclusione - lo stesso che oggi non viene più riconosciuto e risulta invisibile se osservato per mezzo delle categorie ideologiche del XX secolo - possa essersi trasformato in conflitto tra consumatori ed erogatori di beni e servizi. Poiché nella figura del consumatore si ricomponesse solo apparentemente l'unicità del soggetto di diritto - la stessa identità ed universalità che il principio di uguaglianza sostanziale aveva scomposto e frammentato - cui poter applicare nuovamente, su vecchie premesse filosofiche, il principio di uguaglianza formale. Tale operazione deve essere considerata un espediente che permette, come già affermato, la neutralizzazione (o meglio il congelamento) del conflitto sociale, impedendo una sua evoluzione.

⁴⁷ Cfr. A. ALGOSTINO, *Democrazia sociale e libero mercato? Costituzione italiana versus "Costituzione europea"?*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, pp. 98-128. La autrice giunge a negare che gli esiti del processo di costituzionalizzazione tuttora in atto a livello comunitario possano essere ascritti alla *ratio* del «costituzionalismo», quale giuridicizzazione dei limiti posti al potere (A. ALGOSTINO, *Democrazia sociale e libero mercato? Costituzione italiana versus "Costituzione europea"?*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, p. 126).

⁴⁸ Come afferma Luciani, «sui diritti, di tanto in tanto, si deve anche *decidere*, perché non sempre si può semplicemente "accertare" l'esistente o "bilanciare" tra ciò che a suo tempo fu deciso. Una comunità politica ha la responsabilità di *decidere* sulle questioni che la agitano attraverso i propri organi politicamente responsabili, non può sempre scaricare sul circuito della giurisdizione il fardello della soluzione dei problemi» (M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, II, pp. 1663-1664).

La medesima dinamica viene riscontrata da Patruno nel giudizio di conformità all'ordinamento comunitario delle legislazioni nazionali in materia gius-lavorista contenuta in recente giurisprudenza comunitaria. Cfr. L. PATRUNO, *La caduta del «principio lavorista». Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*, in *Giur. cost.*, 2008, I, 524-536.

⁴⁹ Tale esigenza era già avvertita alcuni decenni fa, in seguito al rinvigorismento di una teoria neo-liberista e dalla fortunata ascesa dell'*economic analysis of law*, sulla base della quale profeticamente

evidenziare quale ruolo essa ha assunto, assume o dovrebbe assumere nell'ambito delle reazioni sistemiche che un ordinamento costituzionale genera a fronte del mutato contesto sociale ed economico. Consapevoli del processo di frammentazione dell'istituto proprietario, si valuterà, nello specifico, in che modo uno specifico modello proprietario collettivo - cui possono essere ascritte quelle forme tradizionali di proprietà che permangono nei rispettivi ordinamenti pur a fronte della loro progressiva modernizzazione - possa svolgere quella funzione di garanzia e di tutela della persona tuttora attribuita al diritto di proprietà e un tempo assoluta, nella tradizione liberale, dal diritto di proprietà individualista. Tale analisi, seppur influenzata da suggestioni politico-sociologiche, compete ad ogni giurista legittimamente interessato alla «terza dimensione funzionale e teleologica»⁵⁰ del diritto e dei suoi istituti⁵¹.

Si è scelto di approfondire questo tema attraverso l'analisi di due esperienze giuridiche differenti, da cui trarre spunti per superare una pre-comprensione culturale che a volte occulta la reale natura degli istituti considerati isolatamente nel loro contesto di origine. L'analisi della funzione che può essere attribuita a tali istituti sulla base di una sistematica costituzionale si avvarrà delle concrete articolazioni date, a livello internazionale, del principio dello sviluppo sostenibile, a nostro parere non irrilevanti per procedere ad una loro integrazione sistematica nell'ordinamento giuridico.

Quanto detto dovrebbe essere sufficiente per dare fondamento scientifico e metodologico ad una ricostruzione giuridica della funzione di uno specifico modello proprietario collettivo, anche se è necessario svolgere un'ulteriore importante precisazione circa la natura semantica della parola "funzione". La finalità sottesa al diritto di proprietà in una sistematica costituzionale è cosa differente rispetto alla funzionalità sociale dell'istituto positivizzata nell'art. 42, co. II, della Costituzione

si annunciava la «fine dell'eclissi» che per alcuni decenni aveva offuscato la fortuna della proprietà. Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 19.

⁵⁰ S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 64.

⁵¹ Mortati invita a prendere in considerazione la natura «funzionale-teleologica di singoli istituti positivi, che non può sfuggire all'interprete che voglia cogliere l'intimo loro significato» (Cfr. C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1992, p. 165). Pur non aderendo alle conclusioni dell'autore - sintetizzate nel concetto di "Costituzione materiale" - e pensando quindi che la "fonte di giuridificazione" debba essere colta all'interno del fenomeno giuridico e proprio all'interno della Costituzione come *Grundnorm* - cogliere il significato degli istituti è premessa per una loro interpretazione coerente rispetto ad un'ermeneutica sistematica, seppur storicamente contingente, di ogni carta costituzionale.

Italiana (CI) e nell'art.5, XXIII, della *Constituição* della *República Federativa do Brasil* (CRFB). La funzione sociale, come evidenziato dalla miglior dottrina, esprime un principio generale che presiede alla regolazione giuridica dell'istituto, conformandolo, con riferimento ai molteplici statuti proprietari, a partire dal proprio interno⁵². La concretizzazione del principio di funzionalità sociale, come positivizzata nelle disposizioni legislative che danno applicazione al principio costituzionale, definisce una modalità dell'essere del diritto, che è cosa diversa dalla relazione che il configurarsi del diritto esprime rispetto agli assetti sociali prescritti in un progetto costituzionalmente formalizzato. La funzione cui si presterà attenzione nel presente lavoro costituisce un elemento esterno al diritto, ma non ininfluente rispetto alla funzione sociale quale principio interno alla struttura dell'istituto proprietario. Esiste un nesso tra la funzione sociale dell'istituto proprietario, come positivamente individuata, e la funzione che il diritto di proprietà deve svolgere sulla base di una «attenta considerazione del momento teleologico, attorno al quale si individuano gli elementi strutturali dell'istituto»⁵³. Proprio dal configurarsi dell'istituto proprietario rispetto al sistema costituzionale derivano delle conseguenze in termini di natura e struttura del diritto. Riservandoci di esemplificare con maggior precisione queste affermazioni nel momento in cui si analizzeranno i modelli proprietari che hanno orientato la regolazione costituzionale dell'istituto, si procederà introducendo il quadro assiologico che permea le sistematiche costituzionali italiana e brasiliana.

2. *Le forme di Stato degli ordinamenti italiano e brasiliano*

2.1. *La forma di Stato della Repubblica Italiana*

L'applicabilità all'ordinamento costituzionale italiano di un concetto prescrittivo di forma di Stato⁵⁴, quale sintesi di una trama di principi e valori

⁵² Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 223, P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 458.

⁵³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 232.

⁵⁴ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2007, p. 135.

“supercostituzionali”, può esser facilmente sostenuta, superando le obiezioni sollevate in dottrina sulla base del semplice dato letterale del dispositivo⁵⁵.

Con riferimento al caso italiano l’articolo 139, CI, limita il potere di revisione costituzionale, riconosciuto ex art. 138, CI, statuendo l’immodificabilità della forma repubblicana⁵⁶. Come osservato in dottrina proprio tale formula sintetizza la forma di Stato dell’ordinamento italiano⁵⁷, che pone dei limiti sistematici al potere di revisione. Neppure atti di rango costituzionale (tra cui quelli di revisione costituzionale) si sottraggono ad una valutazione di conformità che ha come parametro il «contenuto essenziale» dei principi supremi della Costituzione⁵⁸. La dottrina ha evidenziato inoltre come una resilienza dell’ordine costituzionale rispetto a una sua modificazione tacita sia contemplata nell’articolo 54 CI il quale, attraverso la prescrizione di un obbligo di fedeltà alla Repubblica (ma leggasi ai «valori fondanti dell’ordinamento»), e di osservanza alla Costituzione e alle leggi, ne sancisce il valore giuridico⁵⁹.

La Corte costituzionale ha approfondito i contenuti prescrittivi dei principi caratterizzanti la forma dello Stato italiano, affermando come i limiti alla modificabilità della Costituzione, non potendosi considerare assorbiti dalla forma repubblicana⁶⁰, debbano essere rintracciati anche nei principi che «pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione

⁵⁵ Cfr. V. ANGELINI, *Costituente e costituito*, Padova, 1995, p. 73; S. BASILE, *Valori superiori, principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giur. cost.*, 1993, III, pp. 2201-2258.

⁵⁶ Sul principio repubblicano come limite alla restaurazione della monarchia, e come «norma che assicura la sopravvivenza del principio dell’art. 1 Cost., impedendo la soppressione di tutte le garanzie e norme costituzionali attraverso cui si attuano la nozione di repubblica democratica ed il principio della sovranità popolare», si veda G. BIANCO, *Repubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, pp. 178 e ss.

⁵⁷ Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 2007, p. 126; G. BIANCO, *Repubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, pp. 176.

⁵⁸ Corte cost., 15-29 dicembre 1988, n. 1146. Si veda inoltre Corte cost., 6 dicembre 1973, n. 175. Con riferimento all’incostituzionalità di un’interpretazione dell’art. 11, CI, tale per cui l’auto-limitazione della sovranità possa permettere la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana, si veda la conosciuta sentenza della Corte cost., 18 dicembre 1973, n. 183.

⁵⁹ Cfr. M. AINIS, *La Costituzione e i suoi destinatari: i concetti di «applicazione», «attuazione», «esecuzione» ed «osservanza» delle norme costituzionali*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica italiana: giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996*, Milano, 1997, pp. 171 e ss.

⁶⁰ Il concetto peraltro si presenta come rarefatto, dovendosi considerare superata una sua individuazione operata alla luce della contrapposizione Repubblica-Monarchia, come effettuata a partire dalla Rivoluzione americana. Allo stesso modo il principio repubblicano e quello democratico si presentano come parzialmente sovrapposti (cfr. G. BIANCO, *Repubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, pp. 165 e ss.).

costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»⁶¹.

Sono molteplici i profili nei quali concretamente il giudice delle leggi ha desunto da un'interpretazione sistematica della Costituzione un suo nucleo immodificabile. Nella giurisprudenza si possono trovare riferimenti specifici alla laicità, quale «principio supremo [...] dello Stato, [caratterizzante] uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica»⁶², che «implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale»⁶³; al lavoro quale «valore fondante della nostra forma di Stato (art. 1, primo comma, 4, 35 e 38 Cost.), nel quadro dei più generali principi di solidarietà (art. 2 Cost.) e di eguaglianza, anche sostanziale (art. 3 Cost.)»⁶⁴; al complesso rapporto tra enti pubblici territoriali come sintetizzato nella formula «Stato regionale»⁶⁵.

I valori supremi trovano poi un concreto significato nel «nucleo essenziale dei valori di personalità - che inducono a qualificarlo come parte necessaria di quello spazio vitale che circonda la persona e senza il quale questa non può esistere e svilupparsi in armonia con i postulati della dignità umana»⁶⁶. I diritti inviolabili della persona costituiscono quindi «un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente»⁶⁷. I diritti inalienabili di volta in volta considerati espressione dei valori della personalità sono stati acclarati, a mero titolo esemplificativo,

⁶¹ Corte cost., 15-29 dicembre 1988, n. 1146, in *Cons. Stato*, 1988, II, p. 2317.

⁶² Corte cost., 11-12 aprile 1989, n. 203, in *Cons. Stato*, 1989, II, p. 53.

⁶³ Corte cost., 11-12 aprile 1989, n. 203, in *Cons. Stato*, 1989, II, p. 53, come riaffermato in Corte cost., 27 aprile 1993, n. 195.

⁶⁴ Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 87, in *Cons. Stato*, 1991, II, p. 339.

⁶⁵ Corte cost., 10 febbraio 1997, n. 21, in *Cons. Stato*, 1997, II, p. 180. La formula “forma di Stato regionale” indica la relazione che la Corte rileva tra forma di Stato e forma di governo. La relazione che può sussistere tra i due concetti viene sottolineata da C. MORTATI, *Costituzione*, in *Enc. del dir.*, XI, Milano, 1992, pp. 209.

Sull'interpretazione del concetto di “armonia” e di “spirito della Costituzione”, alla luce del quale valutare, ex art. 123 CI, la conformità costituzionale della forma di governo regionale individuata nell'esercizio di una autonomia statutaria, si veda C. PETTINARI, *Note a margine del concetto di “armonia con la Costituzione” e di “Spirito della Costituzione”*, in *Giur. cost.*, 2003, 3, pp. 1891-1912.

⁶⁶ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2914.

⁶⁷ Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366; in *Giur. cost.*, 1991, p. 2914. In dottrina si veda P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 61; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 117.

nell'inviolabile diritto a una comunicazione libera e segreta⁶⁸, nel diritto alla tutela giurisdizionale⁶⁹ e nel diritto ad un giudice indipendente e imparziale⁷⁰.

La brevissima rassegna delle formule che la Corte costituzionale ha utilizzato nel delineare ora la forma di Stato dell'ordinamento italiano, ora il nucleo immodificabile dell'ordine costituzionale, trova conferma nei principi individuati dalla dottrina: il personalista, il pluralista, il lavorista, il democratico⁷¹. Partendo da questi principi si tenterà evidenziare brevemente la struttura concettuale riposta nel testo costituzionale, adottando una «preferenza verso le risorse interpretative letterali»⁷², in quanto capaci di corrispondere alla speciale giuridicità che connota i principi e le regole costituzionali. In altre parole, per rispettare quell'obbligo di osservanza imposto dall'articolo 54, CI, occorre «valorizzar[e] il testo [della carta costituzionale], perché soltanto a questa condizione può considerarsi davvero soddisfatta la libertà di ciascuno»⁷³.

Il principio personalista predica il primato della persona umana⁷⁴, posto a fondamento dell'ordine costituzionale come unità sistematica⁷⁵ e dei fini-valori che essa prescrive nell'organizzazione della convivenza civile. La persona è concepita come centro di imputazione dei diritti inviolabili riconosciuti nell'art. 2, CI⁷⁶.

⁶⁸ Cfr. Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, *Giur. cost.*, 1991, p. 2914.

⁶⁹ Cfr. Corte cost., 22 gennaio 1982, n. 18, in *Cons. Stato*, 1982, II, p. 164.

⁷⁰ Cfr. Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 29, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 183.

⁷¹ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, (edizione rielaborata e aggiornata a cura di F. MODUGNO, A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE), Padova, 1991, pp. 151 ss. Analogamente V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana* in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna 1997, I, pp. 98 ss.

⁷² M. AINIS, *La Costituzione e i suoi destinatari: i concetti di «applicazione», «attuazione», «esecuzione» ed «osservanza» delle norme costituzionali*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica italiana: giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996*, Milano, 1997, p. 171.

⁷³ M. AINIS, *La Costituzione e i suoi destinatari: i concetti di «applicazione», «attuazione», «esecuzione» ed «osservanza» delle norme costituzionali*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica italiana: giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996*, Milano, 1997, p. 172.

⁷⁴ Tale principio viene considerato in dottrina un punto di rottura con la stessa tradizione liberale italiana, per la quale le libertà individuali erano comunque subordinate, seppur per mezzo di procedure legali, al «valore primario dello Stato inteso come autorità e organizzazione» (A. BALDASSARRE, *Il significato originario della Costituzione*, in *Quaderni della Rassegna parlamentare*, 1997, I, pp. 117-118).

⁷⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 12 e ss. L'unità sistematica dell'ordinamento giuridico è inoltre premessa per un superamento della rigida separazione tra diritto pubblico e diritto privato, per mezzo della quale si svuoterebbe in larga parte il significato della funzione sociale della proprietà (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 22).

⁷⁶ Art. 2, CI.

L'inviolabilità - seppur denoti una certa continuità rispetto ad una tradizione filosofico-giuridica gius-naturalista che sarebbe impossibile ignorare⁷⁷ - acquista proprio in relazione all'articolo 139, CI, e al concetto di forma di Stato, un significato che supera per importanza i termini della dibattuta questione sul fondamento della CI⁷⁸.

Trattasi di diritti che non individuano solo spazi di auto-determinazione raccolti nella dimensione intra-subbiettiva dell'individuo. Essi costituiscono strumenti di promozione ed emancipazione del singolo nella relazionalità che lo trasformano, nel conteso delle istituzioni in cui si esplica la naturale socialità umana, in persona⁷⁹. I diritti inviolabili dell'individuo, costruiti originariamente nella dimensione garantista con cui si delineava uno spazio di libertà rispetto allo Stato⁸⁰, si trasformano in diritti della persona nel momento in cui diviene costituzionalmente rilevante la conformazione delle relazioni inter-soggettive in virtù degli obblighi inderogabili di solidarietà politica, sociale ed economica che legano «l'uomo all'uomo»⁸¹.

La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

⁷⁷ Cfr. P. MADDALENA, *La Costituzione della repubblica italiana sessant'anni dopo la sua entrata in vigore*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, p. 726.

⁷⁸ Il nesso tra inviolabilità dei diritti riconosciuti e garantiti ex art. 2 CI e limiti al potere di revisione è rilevata da Mortati, secondo il quale «la proclamazione di intangibilità dei diritti, qualificati fondamentali perché necessari all'esplicarsi della personalità, vale a sottrarli ad ogni intervento limitativo, anche se a opera di intervento di revisione costituzionale» (C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 8); tale relazione è rilevata anche da Barile, per il quale i diritti riconosciuti e garantiti ex art. 2 CI sono «considerati evidentemente più essenziali di tutti: perciò sono inviolabili anche da parte del legislatore costituzionale, il c.d. potere di revisione della Costituzione» (P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 53).

⁷⁹ Cfr. A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 106. Come scrive Perlingieri: «è necessario, preliminarmente, prendere posizione contro la concezione che considera l'individuo valore pre-sociale, rilevante anche dal punto di vista giuridico, a prescindere dalla relazione con gli altri individui. Le conseguenze di tale concezione non soltanto contrasterebbero con i principi dell'ordinamento ma, probabilmente, creerebbero una situazione di stallo rispetto al problema della tutela giuridica della personalità. [...] In tal guisa si accentua l'isolamento dell'individuo e dello studio dei suoi problemi da quello della società in cui vive, ispirandosi ad una visione individualistica, non conforme al sistema costituzionale» (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 142-143).

⁸⁰ Trattasi del concetto di libertà dell'ordine giuridico liberale, inadeguato rispetto all'esigenza di passare da un «diritto di libertà» ad un «diritto da libertà» (A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 72).

⁸¹ A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 98 e ss. Inderogabilità dei doveri e inviolabilità dei diritti costituiscono due aspetti strettamente interrelati, che qualificano la posizione della persona nell'ordinamento costituzionale. Cfr. C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 7.

L'articolo però dice qualcosa di più rispetto ad affermare la sottoposizione dei rapporti inter-privati, prima regolati dal diritto civile, al diritto pubblico in vista di una tutela costituzionale della persona⁸². Implicitamente ci dice che l'esercizio di quegli stessi diritti fondamentali attribuiti al singolo può costitutivamente esplicarsi solo per mezzo di corpi intermedi, tutelati costituzionalmente in quanto funzionali e necessari allo sviluppo della persona⁸³. Il pluralismo sotteso al riconoscimento costituzionale delle formazioni sociali è stato sintetizzato in dottrina per mezzo del concetto di «socializzazione progressiva», che procede «dall'uomo alle formazioni sociali intermedie, dalle formazioni sociali alle autonomie territoriali, dalle autonomie territoriali allo Stato»⁸⁴.

La tutela del pluralismo sociale, istituzionale, culturale, religioso - che nell'art. 2, CI, ha il proprio primo fondamento⁸⁵ - trova successivo compimento nel riconoscimento della «famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», seppur ordinata sull'eguaglianza morale dei coniugi; delle confessioni religiose e di una loro autonomia statutaria, seppur nell'ambito di una conformità ai principi dell'ordinamento⁸⁶; delle minoranze linguistiche⁸⁷; dei sindacati⁸⁸; delle comunità di

⁸² Tale modificazione paradigmatica viene sintetizzata dalla formula “diritto civile costituzionale”, che esprime la costituzionalizzazione di ogni aspetto della regolazione giuridica della convivenza civile. Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, pp. 204 e ss.

⁸³ Almeno questo era l'intento dei Costituenti nell'estendere alle formazioni sociali forme di tutela prima pensate per i soli individui. Cfr. M. RUINI, *Come si è formata la Costituzione*, Milano, 1961, p. 125-126. Analogamente A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 109. Sulla relazione tra il principio personalista e pluralismo si veda M. PARISI, *Promozione della persona umana e pluralismo partecipativo: riflessioni sulla legislazione negoziata con le confessioni religiose nella strategia costituzionale di integrazione delle differenze*, in *Dir. eccl.*, 2004, 2, pp. 394 e ss.

⁸⁴ E. CHELI, *Il fondamento storico della Costituzione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica italiana: giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996*, Milano, 1997, p. 49.

⁸⁵ Si veda F. RIMOLI, *Pluralismo*, in *Enc. giur.*, vol. XXIII, Roma, 1994, pp. 1-16.

⁸⁶ Art. 8, CI.

Tutte le confessioni religiose sono egualmente libere davanti alla legge.

Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano.

I loro rapporti con lo Stato sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze.

⁸⁷ Art. 6, CI.

La Repubblica tutela con apposite norme le minoranze linguistiche.

⁸⁸ Art. 39, CI.

L'organizzazione sindacale è libera.

Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge.

È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica.

lavoratori o di utenti⁸⁹. È in tali corpi sociali che si realizza la persona, seppur la relazionalità presupposta nell'esercizio dei diritti fondamentali generi costitutivamente una conflittualità che lo stesso art. 2, CI prende in considerazione prescrivendo l'obbligo di solidarietà.

In questo senso il porre al centro dell'ordinamento la persona, prima che l'individuo, trasforma la dimensione privata (e fittizia) di una auto-determinazione intra-subbiettiva, in conflitto infra-subbiettivo, che deve essere regolato in un processo di conformazione rispetto ai principi costituzionali delle modalità d'essere dei diritti individuali. In altre parole, se l'individuo esprime la propria sostanza quale centro di imputazione di un nucleo di diritti fondamentali - inviolabili e necessari alla sua astratta auto-determinazione - tale auto-determinazione, nel porsi nel mondo delle relazioni interpersonali, provoca dei conflitti che debbono essere risolti sulla base di un principio "artificiale" di natura politica⁹⁰. Non si riconosce lo spontaneismo di una naturalistica auto-regolamentazione sociale neanche quando l'esercizio della libera iniziativa economica - il cui svolgimento non può recar danno alla dignità della persona⁹¹ - assuma la forma di una «cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata»⁹². Tale specifica modalità in cui i

I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.

⁸⁹ Art. 43, CI.

A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

⁹⁰ Il passaggio dall'artificialità di una regolazione pubblica rispetto alla naturalità di una auto-regolamentazione sociale attuata nel mercato viene evidenziato da Romagnoli, il quale parla di una privatizzazione del diritto del lavoro (cfr. U. ROMAGNOLI, *La Costituzione delegittimata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, II, pp. 840 e ss.).

⁹¹ Art. 41, CI.

L'iniziativa economica privata è libera.

Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

⁹² Art. 45, CI.

La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata. La legge ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei e ne assicura, con gli opportuni controlli, il carattere e le finalità.

rapporti economici si strutturano, la cui funzione sociale viene riconosciuta esplicitamente dalla CI, non li sottrae ad un potere conformativo⁹³.

Il conflitto sociale diviene costituzionalmente rilevante nel momento in cui la CI impone la rimozione di quegli «ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»⁹⁴. Proprio la connaturata conflittualità che scaturisce dal costituzionalizzare il riconoscimento di diritti fondamentali nelle relazioni inter-soggettive, induce a ritenere che l'esercizio non conformato degli altrui diritti debba essere ricompreso tra gli ostacoli sociali che precludono lo sviluppo della persona umana. La risoluzione, alla luce dei principi costituzionali, del conflitto sorto dal farsi persona dell'individuo, dal rendere misurabile l'incommensurabile assolutezza dei diritti individuali, costituisce il progetto giuridico consegnato dai Costituenti alla storia.

La risoluzione di tale conflitto non può che essere demandata al legislatore, seppur la Costituzione non si limiti a una sua mera istituzionalizzazione. Come già si è avuto modo di evidenziare, vi sono principi e interessi che la stessa Costituzione ordina⁹⁵ e che se non predeterminano l'esito del conflitto sociale, costituiscono però la pre-condizione affinché lo stesso conflitto emerga nell'arena politica senza essere

⁹³ La ora affermata conformabilità dei diritti fondamentali della persona potrebbe essere percepita come contraddittoria rispetto alla funzione che essi debbono svolgere in qualità di limite al potere pubblico. Puntualizzando in questa sede che di diritti, anche se fondamentali, si può parlare solo nel momento in cui sono posti e garantiti (cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 131), la conformabilità dei diritti fondamentali non nega, a nostro avviso, l'essenza del costituzionalismo democratico nella propria declinazione sociale. Questo in quanto la conformazione del contenuto dei diritti fondamentali, in virtù del conflitto connaturato al loro esercizio, è allo stesso tempo limitata dal principio di legalità costituzionale, che si caratterizza per un controllo sia procedurale - in relazione al principio di legalità - sia sostanziale - con riferimento ad una valutazione della ragionevolezza che l'applicazione dell'art. 3, CI, permette.

L'esigenza di regolare pubblicamente i diritti fondamentali viene evidenziata anche da Diciotti con riferimento alle libertà negative. Come sottolinea l'autore, persino l'esercizio di libertà negative implica l'accesso a beni. La loro regolazione pubblica è necessaria per passare da un «sistema di eguali libertà fondamentali a un sistema di libertà fondamentali equamente ripartite» (E. DICIOTTI, *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale*, in *Ragion pratica*, 2003, 20, pp. 111-148. Sul potenziale conflitto tra Stato di diritto e Stato sociale si veda C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 45 e ss.

⁹⁴ Art. 3, CI.

⁹⁵ Ne è dimostrazione la qualificazione di alcuni diritti come inviolabili.

Persino l'uso di uno «strumento mite» come il bilanciamento di interessi conduce in definitiva ad una flessibile applicazione del rigido strumento della prevalenza.

naturalisticamente risolto in uno spazio privato, “pre-comprendendone” i possibili esiti.

Tra i principi costituzionali quello che si presenta capace di orientare l’azione pubblica nella regolazione del conflitto sociale è certamente il principio solidarista, attorno al quale gravitano quei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» cui fa riferimento l’art. 2, CI, e che trova conferma nella progressività del sistema tributario rispetto alla capacità contributiva personale⁹⁶, necessario per attuare quel tratto interventista che connota la CI.

Analogamente possiamo trovare un indizio importante nella chiusura dell’art. 3, CI, la quale individua nella partecipazione dei lavoratori il fine cui è preordinata la rimozione degli ostacoli che sussistono al perseguimento di un’uguaglianza sostanziale e al riconoscimento di una pari dignità sociale⁹⁷. Dalla stessa formulazione possiamo ricavare come il concetto di lavoratore comporti una parziale sovrapposizione rispetto al contenuto semantico corrispondente al concetto di cittadinanza⁹⁸. In quest’ottica, utilizzando le parole di Mortati, il lavoro assume «la funzione di supremo criterio valutativo della posizione da attribuire ai cittadini nello Stato»⁹⁹.

Il principio lavorista, che l’art. 1, CI, pone a valore fondativo della Repubblica, è intrecciato indissolubilmente al principio personalista¹⁰⁰, poiché nel

⁹⁶ Art. 53, CI.

Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva.

Il sistema tributario è informato a criteri di progressività.

⁹⁷ Sul controllo giurisdizionale della ragionevolezza delle discriminazioni positive introdotte dal legislatore in applicazione del principio di uguaglianza sostanziale - operato secondo criteri di non arbitrarietà (si veda Corte cost., 9 luglio 1959, n. 46, in *Giur. cost.*, 1962, p. 78, con nota di C. ESPOSITO, *La Corte come giudice della «non arbitrarietà» delle leggi*, che ha modificato l’orientamento espresso in Corte cost., 22 gennaio 1957, n. 28, nel quale si escludeva un controllo giurisdizionale sui i criteri assunti dal legislatore per discriminare tra rapporti e tra soggetti), coerenza (Corte cost., 29 novembre 1982, n. 204, in *Cons. Stato*, 1982, II, p. 1347), proporzionalità (Corte cost., 14-22 dicembre 1988, n. 1130, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 5474) - si veda P. BARILE, *Libertà, giustizia, Costituzione*, Padova, 1993, p. 27.

⁹⁸ Tale profilo venne evidenziato criticamente nella stessa Costituente. Merita ricordare la formula poi non adottata in sede di discussione del progetto di Costituzione, per la quale si statuiva come l’Italia fosse una Repubblica di lavoratori. Cfr. M. RUINI, *Come si è formata la Costituzione*, Milano, 1961, p. 111.

⁹⁹ Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, (edizione rielaborata e aggiornata a cura di F. MODUGNO, A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE), Padova, 1991, p. 159.

¹⁰⁰ Cfr. C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 13-14.

lavoro - garantito «in tutte le sue forme ed applicazioni»¹⁰¹ - si estrinseca una delle dimensioni maggiormente rilevanti per il perfezionamento dello sviluppo della persona. È nel lavoro, con il quale parimenti contribuire doverosamente «al progresso materiale della società»¹⁰², che si realizza quell'emancipazione legata al concetto di vita dignitosa contenuto nell'art. 36, CI¹⁰³.

Da un'analisi letterale del testo costituzionale possiamo desumere elementi che confermano una declinazione del principio lavorista orientata alla prevalenza di una dimensione "personale", rispetto ad una dimensione "patrimoniale". In altre parole sarebbe limitativo pensare al lavoro come strumento di garanzia di mere condizioni materiali di vita, poiché la dignità menzionata nell'art. 36, CI, sembra indicare un qualcosa di qualitativamente differente¹⁰⁴. A sostegno della tesi si può citare l'art. 46, CI, il quale, affermando il «diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende», riconosce nel lavoro non uno dei termini di una transazione di natura patrimoniale, ma strumento di partecipazione ai processi decisionali da cui dipende l'organizzazione sociale ed economica di processi produttivi¹⁰⁵. In secondo luogo la prevalenza della dimensione

¹⁰¹ Art. 35, CI. Proprio sulla base di quest'articolo deve essere considerata parziale quell'interpretazione che ha ravvisato nell'art. 4 CI la tutela del solo lavoro subordinato, pensato invece dai Costituenti per ogni posizione che non fosse frutto di mera rendita. Si veda M. RUINI, *Come si è formata la Costituzione*, Milano, 1961, p. 127.

¹⁰² Art. 4, CI.

La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto.

Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società.

¹⁰³ Art. 36, CI.

Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

¹⁰⁴ In questo senso se il diritto al lavoro è «mezzo per l'esplicarsi della personalità [...] in nessun modo surrogabile», esso non può essere sostituito da un'indennità di disoccupazione, che «se provvede al diritto alla vita, lascia insoddisfatta quell'esigenza» di natura non patrimoniale ad esso intimamente legata (C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 16-17).

¹⁰⁵ In tale elemento si palesa la compenetrazione tra principio personalista, lavorista e democratico. È rilevante menzionare come nella formulazione proposta dalla commissione dei settantacinque dell'art. 1 del progetto di Costituzione, si fondava la Repubblica sulla «partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all'organizzazione del paese» (Cfr. C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 12).

Non a caso per descrivere la partecipazione dei lavoratori all'esercizio del potere decisionale in ambito economico, si sono usate le formule di democrazia economica e sociale (si veda C. MORTATI, *Le forme di Governo*, Padova, 1973, p. 429, R. A. M. G. GERARDI, *Politica economica ed istituzioni*, in *Rivista di politica economica*, 2006, 4, p. 324). La responsabilità per la mancata attuazione del programma costituzionale deve essere in parte attribuita alla facilità con cui «gli stessi sindacati hanno

personalista del lavoro, rispetto a quella patrimoniale, è testimoniata dal favore con cui la Repubblica incoraggia il risparmio popolare, ossia il frutto del lavoro, per mezzo del quale accedere alla proprietà, che può assumere la forma dell'abitazione, del fondo direttamente coltivato, dell'investimento azionario¹⁰⁶. Proprio nella preminenza del lavoro sulla proprietà - quale fondamento del potere economico - si intravede un'ulteriore declinazione del principio lavorista, che ha riformulato o recuperato in qualche modo, seppur su diverse basi, il senso della dignità che ha qualificato il paradigma proprietario tramandato dalla tradizione del costituzionalismo liberale.

Il principio lavorista trova inoltre importanti riferimenti nell'art. 4, CI, interpretato dalla Corte costituzionale come «fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa»¹⁰⁷. A tale diritto di libertà corrisponde sia il divieto per lo Stato di creare o tollerare «norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà»¹⁰⁸, sia l'obbligo di «indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro»¹⁰⁹. Tale interpretazione minimale di un diritto al lavoro, non ha comunque impedito l'affermazione da parte della Corte di ulteriori contenuti del principio lavorista, tra i quali quella continuità indicata, con riferimento alla disciplina dei rapporti a tempo indeterminato, per una riforma conforme alla Costituzione dell'articolo 1228 del Codice civile(c.c.)¹¹⁰.

La stabilizzazione del rapporto di lavoro mette in luce il vincolo sistematico che pone in relazione il principio lavorista e quello personalista, essendo il lavoro una delle dimensioni in cui la personalità si attua. Tale vincolo si concretizza nel «diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel

[...] preferito monetizzare forme di oppressione della libertà e dignità del lavoro» (A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 59).

¹⁰⁶ Art. 47, CI.

La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.

Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.

¹⁰⁷ Corte cost., 26 maggio 1965, n. 45.

¹⁰⁸ Corte cost., 26 maggio 1965, n. 45.

¹⁰⁹ Corte cost., 26 maggio 1965, n. 45. Si veda G. F. MANCINI, *Art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, p. 209.

¹¹⁰ Cfr. Corte cost., 26 maggio 1965, n. 45.

luogo di lavoro»¹¹¹, da cui si comprende come il diritto al lavoro non venga assorbito in una pretesa di contenuto meramente patrimoniale. Sulla base di questa relazione si richiede un intervento che artificialmente predetermini le modalità in cui il conflitto tra sfere soggettive individuali - nell'interazione personale che si attua nell'incontro-scontro tra diritti e libertà astrattamente autodeterminati nella dimensione intra-subbiettiva - possa trovare risoluzione.

Infine il principio democratico, ultimo in questa breve rassegna, si presenta come trasversale all'intero ordinamento costituzionale. Nella dottrina che si è occupata di individuare un contenuto giuridico del concetto si sono definiti democratici quei «sistemi [...] atti a garantire la uniformità dell'azione governativa alle reali esigenze della collettività popolare»¹¹² e «volti ad adeguare il più possibile le attività processuali all'effettivo fine ultimo, sostanziale, cioè alla [...] deliberazione secondo compromesso»¹¹³.

Parallelamente ad una definizione di sintesi, si è proposta una scomposizione del concetto in un primo profilo «strutturale», attinente alle modalità di formazione del governo in senso lato ed un secondo «funzionale», ossia finalizzato alla progressiva eliminazione delle disparità socio-economiche. Il progressivo approfondimento del principio democratico indusse ad una ricognizione descrittiva capace di articolare analiticamente le molteplici dimensioni che ne possono delineare, seppur in maniera non esaustiva, i contenuti. In questo senso è preferibile parlare non di democrazia, ma di democrazie, ossia: di democrazia costituzionale, in cui l'esercizio del potere risponda su di un principio di legalità costituzionale sottoposto a controllo giurisdizionale¹¹⁴; di democrazia politica, qualificata da un

¹¹¹ Tale formula esprime un principio di diritto, posto a fondamento della risarcibilità conseguente ad un ingiustificato demansionamento o dequalificazione, da cui deriva un pregiudizio sia per la vita professionale che per quella relazione del lavoratore subordinato. Cfr. Cass. civ., sez. lavoro, 8 marzo 2006, n. 4975; Cass. civ., sez. lavoro, 26 maggio 2004, n. 10157, in *Riv. critica dir. lav.*, 2004, p. 343; Cass. civ., sez. III, 27 aprile 2004, n. 7980, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3204; Cass. civ., sez. lavoro, 27 agosto 2003, n. 12553.

¹¹² C. LAVAGNA, *Problemi giuridici delle istituzioni*, Milano, 1984, p. 9. Sull'opera dell'insigne giurista si veda A. ZORZI GIUSTINIANI, *Regime transattivo, democrazia sociale, socialismo nel pensiero di Carlo Lavagna*, in *Giur. it.*, 1995, IV, pp. 280-289.

¹¹³ C. LAVAGNA, *Problemi giuridici delle istituzioni*, Milano, 1984, p. 30, il quale analizza il concetto di democrazia come ordinamento processuale.

¹¹⁴ Come ebbe modo di specificare il giudice delle leggi, il «diritto alla tutela giurisdizionale è ascrivibile tra i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale ed è connesso al principio di democrazia nell'assicurare per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio» (Corte cost., 8 maggio 1996, n. 148, in *Cons. Stato*, 1996, II, p. 835).

«metodo democratico»¹¹⁵ nelle procedure di legittimazione dell'esercizio del potere; di democrazia pluralista, riferita al riconoscimento e alla promozione delle formazioni sociali e dei corpi intermedi; di democrazia partecipativa¹¹⁶, sottesa ad una pianificazione pubblica che permetta la partecipazione di soggetti portatori di interessi collettivi alla programmazione dell'iniziativa economica privata in vista dell'utilità sociale; di democrazia economica e sociale¹¹⁷, legata a politiche pubbliche che permettano, in una prospettiva governata dal principio di uguaglianza sostanziale, l'esercizio emancipatore dei diritti fondamentali contenuti nella CI¹¹⁸.

Le considerazioni brevemente riportate esemplificano la densità del concetto, ed in che misura il principio possa giustamente definirsi trasversale rispetto all'ordinamento. In altre parole esso è elemento precedente, in quanto fonte di legittimazione del potere costituito, contingente, in quanto si esplicita nelle modalità d'essere in cui le relazioni economiche, politiche, sociali sono conformate dai pubblici poteri secondo un principio di legalità costituzionale, posposto, in quanto obiettivo di un percorso di apprendimento collettivo, rispetto alla fondazione, alla modalità d'essere, alla trasformazione dell'ordinamento giuridico costituzionale.

Delineati brevemente quei principi che segnano la trama del tessuto costituzionale, è bene svolgere alcune considerazioni sulla natura della CI. Si è già avuto modo di menzionare l'art. 54, CI, che prescrive il «dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi». Pur a fronte della limpidezza della disposizione, il valore giuridico della Costituzione è stato in Italia oggetto di lungo e profondo dibattito. Basterà menzionare la distinzione tra norme precettive o di applicazione immediata - dotate di una efficacia giuridica capace di incidere direttamente sull'ordinamento - precettive di applicazione differita - che necessitano di un intervento legislativo attuativo - norme programmatiche, che contengono principi direttivi cui deve attenersi il legislatore nell'esercizio della propria piena

¹¹⁵ Art. 49, CI.

¹¹⁶ Cfr. P. BARILE, *Libertà, giustizia, Costituzione*, Padova, 1993, p. 93.

¹¹⁷ Cfr. A. ZORZI GIUSTINIANI, *Forme di democrazia e il dibattito costituzionale oggi*, in *Giur. it.*, 1996, IV, pp. 245-246.

¹¹⁸ In dottrina si menziona anche un concetto di «democrazia proiettiva», ossia basata sul «sistema rappresentativo proporzionalistico» (C. LAVAGNA, *Problemi giuridici delle istituzioni*, Milano, 1984, 38 e ss.), capace di evitare derive maggioritarie.

discrezionalità¹¹⁹. La giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dal momento in cui poté assumere l'esercizio delle proprie funzioni, negò valore a tale distinzione, affermando come «la nota distinzione tra norme precettive e norme programmatiche può essere bensì determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale»¹²⁰. Infatti, contrariamente all'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione investita temporaneamente dei compiti dell'organo costituzionale ancora non istituito, venne affermata la giuridicità delle norme programmatiche, sia a fini applicativi, «potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche», sia a fini ermeneutici, «ripercuotendosi sulla interpretazione della legislazione precedente e sulla perdurante efficacia di alcune parti di questa»¹²¹. Tale posizione, emersa anche nell'Assemblea costituente¹²², è coerente rispetto alla rigidità che connota la CI, quale epicentro sistemico da cui si irradia l'intero ordinamento giuridico secondo una precisa gerarchia delle fonti.

2.2. *La forma di Stato della Repubblica Federale del Brasile*

L'applicabilità, nell'ordinamento brasiliano, di un concetto prescrittivo di forma di Stato¹²³ trova sostegno nell'art. 60, § 4, CRFB¹²⁴. Vi sono infatti limiti

¹¹⁹ Cfr. P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, Milano, 2000, pp. 26 e ss. Sulla normatività giuridica delle norme cosiddette “programmatiche” nella dottrina italiana, si veda V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, pp. 50 e ss. Dello stesso autore V. CRISAFULLI, *Efficacia delle norme costituzionali programmatiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 357-389.

¹²⁰ Corte cost., 5 giugno 1956, n. 1.

¹²¹ Corte cost., 5 giugno 1956, n. 1.

¹²² Cfr. M. RUINI, *Come si è formata la Costituzione*, Milano, 1961, p. 119, in cui si riporta il discorso all'Assemblea costituente nella seduta del 12 marzo 1947 a chiusura della discussione generale sul progetto di Costituzione.

¹²³ Il concetto in dottrina è presente, seppur nominato con formule differenti. Esso compare nei termini di regime politico (J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, p. 124), sistema di governo (P. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 1998, p. 201), sistema politico (M. G. FERREIRA FILHO, *Regime político*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 64, São Paulo, 1979, pp. 243). Per forma di Stato Saldanha intende le modalità di organizzare centralisticamente o decentratamente il potere statale (N. SALDANHA, *Formas de estado*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 38, São Paulo, 1979, p. 202). Nella dottrina recente il contenuto di forma di Stato assume significati simili al concetto elaborato in Italia (R. L. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, 2008, p. 375).

procedurali e sostanziali al potere di revisione, il cui esercizio non può emendare «la forma federale dello Stato¹²⁵, la segretezza, l'universalità e la periodicità del voto, la separazione dei poteri, i diritti e le garanzie individuali»¹²⁶. L'esistenza di un nucleo identitario immodificabile trova inoltre riscontro in alcuni principi costituzionali, la cui inosservanza legittima un intervento degli organi federali capace di incidere pesantemente sull'autonomia che la Costituzione riconosce agli Stati, quali elementi costituenti della Repubblica Federale. Tali principi sono costituiti dalla «forma repubblicana, dal sistema rappresentativo, dal regime democratico, dai diritti della persona umana»¹²⁷. Questi ultimi sono stati considerati dal *Supremo Tribunal Federal* (STF)¹²⁸ «elementi integranti dell'identità e della continuità della Costituzione»¹²⁹. Analogamente la forma repubblicana, seppur abbia perso nel tempo gran parte della propria densità semantica¹³⁰ e della propria rilevanza costituzionale¹³¹, acquista rilievo nella giurisprudenza del STF sotto due profili: da un lato, quando coniugata con la democraticità del regime politico¹³², caratterizza l'ordinamento in virtù della temporaneità di ogni incarico pubblico¹³³; dall'altro lato

¹²⁴ In dottrina si veda R. L. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, 2008, p. 65.

¹²⁵ La forma federale, adottata con il passaggio al regime repubblicano nel 1889, oltre a indicare criteri rigidi di ripartizione delle competenze sulla base di spazi di autonomia costituzionalmente riconosciuti e determinati - da cui la rigidità della Costituzione - viene ad assumere in recente dottrina i contenuti del principio di sussidiarietà (si veda C. R. BASTOS, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 1998, p. 155). L'incorporazione di criteri flessibili che permettono una razionale allocazione delle competenze, viene suggerita in dottrina nonostante la dettagliata e analitica ripartizione contenuta nel dispositivo costituzionale.

¹²⁶ Art. 60, CRFB.

¹²⁷ Art. 34, VII, CRFB.

¹²⁸ Trattasi dell'organo giurisdizionale cui è riservato il controllo costituzionale accentrato e astratto di leggi e atti normativi federali e statali. Gli strumenti processuali che permettono adire il STF sono costituiti - ex art. 102 CRFB - dalla *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI) e la *Ação Declaratória de Constitucionalidade* (ADECON). In entrambi i casi trattasi di azioni proponibili da associazioni o organi statali e non a titolo individuale. Parallelamente tale organo ha competenza per pronunciarsi, in via straordinaria ed in ultima istanza, sulle sentenze che abbiano dichiarato incostituzionale un atto normativo in sede di controllo diffuso.

¹²⁹ STF, *Tribunal Pleno*, EXT 986/BO, *Rel.* Eros Grau, 15 agosto 2007.

¹³⁰ Cfr. C. R. BASTOS, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 1998, p. 154.

¹³¹ La forma repubblicana costituiva infatti, nelle costituzioni precedenti la attuale, limite al potere di revisione costituzionale. Il STF, nella giurisprudenza precedente all'avvento del nuovo ordine costituzionale democratico, dichiarò incostituzionale un progetto di legge finalizzato all'abolizione della forma repubblicana (si veda STF, MS 20.257/DF, *Rel.* Decio Miranda, 8 ottobre 1980). Nel caso si considerò violato il diritto dei parlamentari all'integrità della Costituzione. Sulla vicenda si veda J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, p. 103.

¹³² Leggasi forma di Stato. Cfr. J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, p. 124.

¹³³ STF, *Tribunal Pleno*, ADI 3.853/MS, *Rel.* a Cármen Lúcia, 12/9/07, secondo il quale «nel vigente ordinamento brasiliano repubblicano e "democratico", gli incarichi politici posti al vertice del potere

essa riassume un principio di uguaglianza declinato come principio di non discriminazione¹³⁴. In dottrina si evidenzia inoltre il principio di responsabilità dello Stato per atti compiuti da propri agenti e di chi esercita funzioni pubbliche in violazione dei principi di buona amministrazione¹³⁵.

I principi indicati nel definire cosa sia immodificabile della CRFB e quali condizioni permettano un eccezionale intervento delle autorità centrali nella sfera statale possono essere sintetizzati nella formula di *Estado Democrático de Direito* (EDD), che compare nell'art. 1, CRFB¹³⁶. In dottrina, tale concetto è sviluppato ancorandone il significato al valore di giustizia sociale¹³⁷, menzionato nell'art. 170 CRFB quale parametro cui deve conformarsi l'ordine socio-economico, e della dignità umana, quale «principio dei principi»¹³⁸ o «centro assiologico» dell'ordine costituzionale¹³⁹.

Nella giurisprudenza del STF il concetto di EDD viene utilizzato per riaffermare un nucleo prescrittivo unitario della Costituzione, declinato secondo un primo profilo garantista e un secondo profilo organizzativo dello Stato.

Nel primo caso le garanzie poste a tutela dell'individuo di fronte agli organi statali contengono il diritto di accesso alla tutela giurisdizionale¹⁴⁰; l'obbligo di

esecutivo non sono esercitati e assunti “permanentemente”, essendo il mandato temporaneo e affidato transitoriamente».

¹³⁴ STF, *Tribunal Pleno*, INQ 1.376-AgR/MG, *Rel. Celso de Mello*, 15 febbraio 2007.

¹³⁵ Cfr. J. M. SILVA NETO, *Curso básico de direito constitucional*, Rio de Janeiro, 2005, II, pp. 6 e ss. Si veda anche J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, pp. 103-104.

¹³⁶ Nell'interpretazione del concetto di EDD la dottrina brasiliana fa riferimento alle esperienze costituzionali portoghese e spagnola (si veda J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, p. 119 e ss.). Specificamente la formula “*Estado de Direito democrático*”, presente nella Costituzione portoghese, costituì un importante riferimento non solo nei lavori della Costituente, ma anche nella rielaborazione dottrinale che si occupò di definire la sintesi del quadro assiologico della CRFB.

¹³⁷ J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, p. 122; J. M. SILVA NETO, *Curso básico de direito constitucional*, Rio de Janeiro, 2005, II, p. 13, per il quale Stato democratico di diritto equivale in ultima analisi a Stato di diritto e di Giustizia sociale. Analogamente P. GORDILHO, *Brasil: Estado Democrático de Direito*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 2007, 2, pp. 53-54.

¹³⁸ C. R. S. CASTRO, *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*, in *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, 2005, 5, p. 257.

¹³⁹ R. L. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, 2008, p. 375.

¹⁴⁰ Cfr. STF, *Tribunal Pleno*, RCL 6534 AGR/MA, *Rel. Celso de Mello*, 25 settembre 2008, in *Revista dos Tribunais*, 2009, 98, 879, pp. 162-170. Nella sentenza si afferma come «La regola contenuta nell'art. 5, inciso XXXV, della Legge fondamentale, che garantisce il diritto al processo e alla tutela giurisdizionale, costituisce una cifra fondamentale dello Stato Democratico di Diritto, in quanto dove non sussiste la possibilità di ricorrere alla giustizia, vi sarà sempre l'oppressiva e intollerabile affermazione dell'arbitrio dello Stato o degli abusi dei privati, laddove violino ingiustamente il diritto di una persona».

motivazione delle pronunce giurisdizionali¹⁴¹ quale corrispettivo del diritto alla difesa; i principi interrelati di legalità e di «*devido processo legal*»¹⁴²,¹⁴³. Tale principio, tradizionalmente assorbito nel rispetto delle procedure necessarie per l'esercizio legittimo del potere¹⁴⁴, è stato recentemente articolato in senso sostanziale. Introducendo dall'esperienza giuridica statunitense il concetto di «*substantive due process of law*» il STF infatti si è arrogato il potere di controllare, sotto un profilo di proporzionalità e di ragionevolezza, gli atti sia di natura legislativa che amministrativa. L'arbitrarietà è stata rilevata adottando un parametro implicito e non formalizzato, seppur desumibile dall'ordinamento costituzionale¹⁴⁵. In altre parole il STF può individuare autonomamente i limiti sostanziali che non possono essere valicati nella conformazione dei diritti individuali da parte di norme formalmente legittime¹⁴⁶.

Nel secondo caso il concetto di EDD qualifica il regime politico, democratico in quanto capace di rappresentare in base a un sistema elettorale proporzionale tutte le «minoranze sociali»¹⁴⁷ e di garantire le minoranze parlamentari¹⁴⁸. Il principio repubblicano e quello democratico quindi, nella propria complementarietà, rinviano al pluralismo politico, che l'art. 1, CRFB, menziona nell'elencare analiticamente i

¹⁴¹ STF, *Primeira Turma*, RE 540995/RJ, *Rel. Menezes Direito*, 19 febbraio 2008: la «garanzia costituzionale [...] per la quale tutte le decisioni giurisdizionali devono essere motivate è un imperativo imposto dallo Stato Democratico di Diritto».

¹⁴² Art. 5, LIV, CRFB.

Nessuno sarà privato della libertà o dei suoi beni in assenza di un *devido processo legal*.

¹⁴³ STF, *Primeira Turma*, RE 428991/RS, *Rel. Marco Aurélio*, 26 agosto 2008, in LEXSTF 31, 362, 2009, pp. 223-230.

¹⁴⁴ Cfr. J. F. MARQUES, *Devido processo legal*, in *Enclopédia Saraiva do direito*, 24, São Paulo, 1979, p. 471.

¹⁴⁵ Cfr. M. R. O. LIMA, *Devido processo legal*, Porto Alegre, 1999, p. 231.

¹⁴⁶ A differenza della corposa giurisprudenza - pronunciata prevalentemente in materia penale - che ha dato applicazione al profilo procedurale del «*devido processo legal*», non sono più di una decina le pronunce basate sulla violazione di un principio di «*substantive due process of law*», emesse prevalentemente in materia tributaria. I vizi sostanziali sono stati rilevati censurando la vessatorietà dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione per la riscossione delle imposte. Si veda per tutte STF, *Tribunal Pleno*, ADI 173/DF, *Rel. Joaquin Barbosa*, 25 settembre 2008.

¹⁴⁷ Cfr. STF, *Tribunal Pleno*, MS 26603/DF, *Rel. Celso de Mello*, 4 ottobre 2007. Nel caso specifico si affermò come l'estrema facilità con cui i deputati mutavano la propria affiliazione politica nel Congresso costituisse implicitamente una lesione del principio proporzionale e del «diritto delle minoranze presenti nell'ambito sociale» ad essere rappresentate.

¹⁴⁸ Si veda STF, *Tribunal Pleno*, MS 24849/DF, *Rel. Celso de Mello*, 22 giugno 2005, nel quale si statuisce che «nessuno, neanche il gruppo maggioritario, si erge al di sopra dei principi primi consacrati nella Costituzione della Repubblica. Il diritto di opposizione, specialmente quello riconosciuto alle minoranze legislative, affinché non si trasformi in una superflua promessa costituzionale, deve essere garantito con strumenti attuativi che permettano il cui concreto ed effettivo esercizio».

fondamenti dello EDD. Accanto al pluralismo figurano inoltre la sovranità, la cittadinanza, la dignità della persona umana, i valori sociali del lavoro e della libera iniziativa.

Senza procedere ad un'analisi sistematica dei singoli profili menzionati pare opportuno evidenziare quelli che, a nostro avviso, si presentano maggiormente rilevanti. Tale analisi verrà compiuta rinvenendo nelle disposizioni costituzionali una trama sistematica avvalorata per mezzo delle pronunce del STF.

Il rispetto della dignità della persona umana¹⁴⁹ è il principio che sintetizza la tutela delle garanzie dei diritti individuali¹⁵⁰ e delle condizioni minime di esistenza che ne costituiscono il contenuto¹⁵¹. Tali garanzie vengono rafforzate a fronte di condizioni di vulnerabilità costituzionalmente rilevate. Il principio compare esplicitamente, oltre che nell'art. 1 CRFB, negli articoli dedicati al fanciullo e all'adolescente¹⁵², e in quello riguardante le persone anziane¹⁵³. La natura pretensiva dei diritti che discendono dalla tutela della dignità umana, evidenziata in dottrina¹⁵⁴, ha trovato conferma nella garanzia di specifiche condizioni minime esistenziali assicurata, in alcuni frangenti, da parte delle corti superiori brasiliane¹⁵⁵.

Il principio costituzionale è stato posto a fondamento di alcune decisioni di natura paradigmatica. Sulla base del principio che sancisce la tutela della dignità umana si diede un'interpretazione costituzionalmente orientata al Codice dei consumatori¹⁵⁶, dichiarando illecito il comportamento di una concessionaria privata che, per inadempimento contrattuale, aveva interrotto l'erogazione di un servizio

¹⁴⁹ In dottrina si veda S. DE O. FRAGA, *O princípio da dignidade da pessoa humana, construção do direito positivo constitucional brasileiro e uma conquista da sociedade*, in *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, 2003, 4, pp. 213-224.

¹⁵⁰ A. DE MORAES, *Direito constitucional*, São Paulo, 1999, p. 49.

¹⁵¹ Cfr. R. L. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, 2008, p. 381.

¹⁵² Art. 227, CRFB.

È dovere della famiglia, della società e dello Stato assicurare al bambino e all'adolescente, con assoluta priorità, il diritto alla vita, alla salute, all'alimentazione, all'educazione, al divertimento, alla professionalizzazione, alla cultura, alla dignità, al rispetto, alla libertà e alla convivenza familiare e comunitaria, dovendo proteggerlo da forme di discriminazioni, di sfruttamento, di violenza, brutalità e oppressione.

¹⁵³ Art. 230, CRFB.

La famiglia, la società e lo Stato ha il dovere di assistere le persone anziane, assicurando la loro partecipazione alla comunità, difendendo la loro dignità e il loro benessere, garantendo loro il diritto alla vita.

¹⁵⁴ J. M. SILVA NETO, *Curso básico de direito constitucional*, Rio de Janeiro, 2005, p. 24.

¹⁵⁵ Sulla applicabilità dei principi costituzionali, si veda R. L. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, 2008, p. 380, che assieme alla dignità della persona umana, cita i principi del giusto processo e di ragionevolezza.

¹⁵⁶ *Lei Federal*, 11 settembre 1990, n. 8078.

pubblico - nello specifico acque e energia elettrica - a persone in stato di manifesta indigenza. Nell'opinione del I *Colegio* del *Superior Tribunal de Justiça* (STJ)¹⁵⁷, l'interruzione del servizio, incidendo direttamente sulla persona e non sul patrimonio dell'inadempiente, aveva illecitamente subordinato il rispetto della dignità umana a ragioni di natura meramente patrimoniale¹⁵⁸. Tale principio quindi venne posto come limite legale al comportamento di chi, seppur in un ambito di natura privatistica, è obbligato, in qualità di concessionario, a prestare servizi di natura pubblica¹⁵⁹. L'interruzione del servizio venne qualificato come un atto di giustizia privata, non tollerabile alla luce di un'interpretazione conforme ai principi costituzionali dello EDD e dell'art. 42 del Codice dei Consumatori, il quale fa divieto di minacciare o coartare fisicamente l'inadempiente al fine di riscuotere un credito.

Fermo restando il diritto ad intraprendere le procedure esecutive, l'interruzione dell'erogazione del servizio essenziale da parte del privato incide non sulla sfera patrimoniale dell'inadempiente ma sulla sua persona, violandone la dignità. In altre parole, pur statuendosi il diritto del concessionario di ottenere il valore patrimoniale della prestazione, si nega che l'interruzione possa essere

¹⁵⁷ Il *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) è l'organo posto al vertice della piramide che unifica giustizia statale e giustizia federale. Il STJ garantisce l'uniformità della giurisprudenza per mezzo di un ricorso speciale (articolo 105, CRFB) con cui si possono impugnare le sentenze contrarie alla legge federale, che applicano una norma statale contraria ad una legge federale o che sono difformi rispetto alla propria giurisprudenza.

Il STJ si suddivide in Sezioni specializzate in materia civile e penale. Ciascuna delle Sezioni è composta da differenti Collegi.

¹⁵⁸ L'interpretazione evolutiva degli istituti di diritto civile alla luce del diritto costituzionale ha prodotto una "ripersonalizzazione" del diritto privato, o meglio, una sua "depatrimonializzazione". Cfr. C. R. S. CASTRO, *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*, in *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, 2005, 5, p. 254. L'affermazione di una dottrina del diritto civile costituzionale è stata catalizzata dalla fortunata traduzione del giurista italiano Perlingieri (P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro, 1997). Sul diritto civile costituzionale si veda inoltre M. C. B. M. TEPEDINO, *A caminho de um direito civil constitucional*, in *Revista de direito civil imobiliário agrário empresarial*, 1993, 65, pp. 21-38; P. L. N. LÔBO, *Constitucionalização do direito civil*, in *Revista de informação legislativa*, 1999, 1, pp. 99-109.

¹⁵⁹ Nella sentenza STJ, RESP 430.812/MG, *Rel.* José Delgado, 23 settembre 2002, si dispone: «1) [...] L'interruzione di energia elettrica, come forma per forzare il contraente al pagamento della tariffa dovuta, oltrepassa i limiti di legalità. 2) Non si riconosce come legittimo l'atto amministrativo praticato dall'impresa concessionaria, fornitrice di energia elettrica, e che corrisponde all'interruzione della sua erogazione, di fronte ad inadempimento. 3) L'energia è, attualmente, un bene essenziale alla popolazione, essendo servizio pubblico indispensabile, subordinato al principio della continuità della prestazione, cosa che ne rende impossibile l'interruzione [...]. 5) Non bisogna tollerare l'esercizio di una giustizia privata, in Brasile, specialmente quando esercitata da un creditore economicamente e finanziariamente in larga misura più forte del debitore. Se ciò fosse permesso, ne sarebbero lesi i principi costituzionali di presunta innocenza e di ampia difesa [...]. 7) È dovuta una compensazione per quanto sofferto in conseguenza alla sospensione dell'erogazione di energia elettrica».

compatibile con l'interesse collettivo che esige il rispetto universale di condizioni minime d'esistenza¹⁶⁰. La vicenda, oggetto di divergenze giurisprudenziali non occasionale tra il I ed il II *Colegio* del STJ, venne successivamente risolta in *plenario*¹⁶¹ a favore della liceità dell'interruzione¹⁶².

La dignità umana e la cittadinanza, quali fondamenti dello EDD, hanno inoltre offerto la base giuridica per dichiarare la costituzionalità di un intervento normativo con il quale si concesse a persone diversamente abili l'esenzione dal pagamento del biglietto per il trasporto inter-urbano¹⁶³. La misura non venne considerata lesiva del principio di non-discriminazione in quanto «politica pubblica finalizzata a includere nella società i portatori di specifiche necessità», che, in conformità ai fondamenti dello EDD, «concretizza un'uguaglianza di opportunità e un'umanizzazione delle relazioni sociali»¹⁶⁴. La cittadinanza, quale fondamento dello EDD, riassume tutte le posizioni giuridiche afferenti la persona che danno adito a pretese nei confronti di ogni soggetto dell'ordinamento, sia esso pubblico o privato. In questo senso ad un primo concetto restrittivo di cittadinanza - limitata alle prerogative che permettono la partecipazione politica attiva¹⁶⁵ - si affianca un secondo, che comprende estensivamente la garanzia giurisdizionale¹⁶⁶ dei diritti fondamentali, primi tra tutti i diritti a contenuto sociale¹⁶⁷. In questo senso porre la cittadinanza come fondamento dello EDD indica la progressiva inclusione degli

¹⁶⁰ Riportando le parole pronunciate dal giudice Fux, «l'interruzione dell'erogazione di servizio essenziale - acqua e elettricità - come strumento per costringere l'utente al pagamento di tariffe o multe, supera i limiti di legalità e lede la *cláusula pétrea* costituita dal rispetto della dignità umana». «La legge sulle concessioni (8.987/95) stabilisce che è possibile l'interruzione, considerato l'interesse della collettività. Ciò esclude che esso possa effettuarsi a danno di un ospedale o di un'università o di una persona che non possiede la modica cifra per pagare una bolletta [...]. La responsabilità patrimoniale nel diritto brasiliano incide sul patrimonio del debitore; invece, in questo caso, incide sulla sua persona» (STJ, RESP 623.322/PR, *Rel.* Luiz Fux, 30 settembre 2004).

¹⁶¹ La funzione nomofilattica svolta dal STJ in veste *plenaria* è meramente persuasiva, non essendo giuridicamente vincolante.

¹⁶² STJ, RESP 363.943/MG, *Rel.* Humberto Gomes de Barros, 1 marzo 2004.

¹⁶³ *Lei Federal*, 29 giugno 1994, n. 8899.

¹⁶⁴ STF, *Tribunal Pleno*, ADI 2.649, *Rel.* a Cármen Lúcia, 8 maggio 2008.

¹⁶⁵ Cfr. C. R. BASTOS, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 158.

¹⁶⁶ S. A. FREDERICO, *Cidadania: elemento fundamental para o acesso à justiça*, in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, 2000, 28, p. 333.

¹⁶⁷ Cfr. J. M. SILVA NETO, *Curso básico de direito constitucional*, Rio de Janeiro, 2005, p. 22; F. K. COMPARATO, *A nova cidadania*, in *Lua nova - revista de cultura e política*, 1993, 28/29, pp. 85-106.

individui in un progetto sociale, economico e politico: il «riconoscimento dell'individuo come persona integrata nella società»¹⁶⁸.

Ulteriore fondamento dello EDD è il lavoro, il cui valore viene qualificato come sociale. La CRFB¹⁶⁹, individuando dei parametri oggettivi sui quali definire per legge il salario minimo, impone una regolazione pubblica delle relazioni private, sottraendole quindi a una autonomia individuale o collettiva. In questi termini il valore del lavoro è sociale in quanto la retribuzione viene commisurata alle necessità oggettive del lavoratore e della sua famiglia. Il valore sociale del lavoro, quale fondamento dello EDD, si palesa inoltre nell'art. 193 CRFB¹⁷⁰, che, sancendo i principi generali posti a base dell'ordine sociale, afferma il primato del lavoro. Quest'indicazione esprime una specifica preferenza di cui il legislatore deve tenere conto nel bilanciare un conflitto tra interessi costituzionalmente riconosciuti. Tale preferenza trova espressione nella tutela costituzionale accordata alla piccola proprietà rurale, sottratta alle procedure di esecuzione forzata qualora sia coltivata direttamente dall'agricoltore e dalla sua famiglia¹⁷¹. Analogamente deve essere considerata espressione del valore sociale del lavoro l'usucapione speciale rurale¹⁷², per mezzo della quale chi possiede, senza opposizione, per un limitato periodo di cinque anni un fondo che non superi i cinquanta ettari, risiedendovi e applicandovi il lavoro proprio e della propria famiglia, ne acquisisce a titolo originario la proprietà¹⁷³. Nel conflitto tra proprietà e possesso, l'applicazione di lavoro diretto permette di ridurre quel lasso di tempo che l'ordinamento considera necessario per invertire i rapporti di forza tra diritto e fatto. La riduzione è consistente, considerando

¹⁶⁸ J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, p. 104.

¹⁶⁹ Art. 7, VI, CRFB.

[I lavoratori urbani e rurali hanno diritto] ad un salario minimo, fissato per legge e unificato a livello nazionale, da ricalcolare periodicamente di modo che ne sia preservato il potere di acquisto, sufficiente per garantire le necessità loro e delle rispettive famiglie, che comprendono l'abitazione, l'alimentazione, l'educazione, la salute, il divertimento, il vestiario, le condizioni igieniche sufficienti, i mezzi di trasporto, la previdenza sociale.

¹⁷⁰ Art. 193, CRFB.

L'ordine sociale ha come fondamento il primato del lavoro e come obiettivo il benessere e la giustizia sociale.

¹⁷¹ Art. 5, XXVI, CRFB.

La piccola proprietà rurale, come definite per legge, se lavorata a livello familiare, non potrà essere oggetto di esecuzione forzata per il pagamento di debiti decorrenti dall'esercizio di attività produttiva, dovendo la legge disporre sui modi per finanziare il suo sviluppo.

¹⁷² L'istituto è stato poi trasposto nell'articolo 1.239 della *Lei Federal* 10 gennaio 2002, n. 10406, che istituisce il nuovo Codice civile.

¹⁷³ Art. 191, CRFB.

che essa è dimezzata perfino rispetto al tempo necessario per acquisire con giusto titolo e in buona fede¹⁷⁴. Meccanismo simile viene previsto dall'usucapione speciale urbana¹⁷⁵, che riduce a cinque anni i termini utili per l'acquisizione di un immobile non superiore a duecentocinquanta metri quadrati, per tramite di un possesso non sostenuto da titolo e buona fede¹⁷⁶. In entrambe le ipotesi contemplate dal Costituente, i possessori beneficiati non debbono essere proprietari di altri beni immobili, siano essi urbani o rurali. È possibile inoltre beneficiare dell'applicazione dell'usucapione urbana una sola volta. Il rafforzamento di una "naturale ed originaria capacità appropriativa" rispetto a beni necessari a garantire condizioni minime di esistenza dimostra in che misura le disposizioni nelle quali il valore sociale del lavoro si articola concretamente siano correlate al rispetto della dignità umana e a una sua tutela rafforzata a fronte di situazioni di vulnerabilità.

Tale affermazione trova conferma nell'art. 170, CRFB¹⁷⁷, che, ponendo la valorizzazione della libertà dell'iniziativa economica privata e del valore del lavoro a fondamento all'ordine economico e finanziario, ne orienta il bilanciamento al fine di assicurare un'esistenza degna e rispettosa del principio di giustizia sociale.

Il riconoscimento della libera iniziativa economica, quale fondamento dello EDD e diritto di libertà sancito nell'art. 5, XIII, CRFB, giustifica la natura vincolante della pianificazione dell'economia al solo settore pubblico¹⁷⁸, essendo per il settore privato di valore meramente indicativo. Ma ciò convive con un forte interventismo statale nell'ordine economico, finalizzato a promuovere politiche tese a ridurre e sradicare la povertà e le disuguaglianze sociali e regionali presenti nel Paese¹⁷⁹. Tale interventismo statale si è articolato in azioni e politiche considerate costituzionalmente conformi dal STF, «essendo incompatibile con la Costituzione

¹⁷⁴ Art. 1242, *Lei Federal* 10 gennaio 2002, n. 10406, che istituisce il nuovo Codice civile.

¹⁷⁵ L'istituto è stato poi trasposto nell'articolo 1239 della *Lei Federal* 10 gennaio 2002, n. 10406, che istituisce il nuovo Codice civile.

¹⁷⁶ Art. 183, CRFB.

¹⁷⁷ Art. 170, CRFB.

L'ordine economico, fondato sulla valorizzazione del lavoro umano e sulla libera iniziativa, ha come fine assicurare a tutti un'esistenza degna, conforme alla giustizia sociale.

¹⁷⁸ Art. 174, CRFB.

Come agente regolatore dell'attività economica, lo Stato eserciterà, per mezzo di legge, le funzioni di controllo, di incentivo, di pianificazione, essendo quest'ultimo vincolante per il settore pubblico e indicativo per il settore privato.

¹⁷⁹ L'interventismo prescritto dal progetto costituzionale contraddistingue lo stesso concetto di EDD. Cfr. C. R. S. CASTRO, *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*, in *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, 2005, 5, p. 260.

l'ipotesi di una sostituzione dello Stato da parte della società civile»¹⁸⁰. L'intervento statale quindi si concretizza nella negazione di una auto-regolamentazione sociale, a cui si contrappone un forte interventismo pubblico. In ragione del quadro assiologico nel quale la CRFB pre-condiziona la conciliazione tra l'iniziativa economica e la riduzione delle disuguaglianze sociali ed economiche in conformità al principio di giustizia sociale, il STF ha potuto dichiarare costituzionalmente legittima la definizione, per via legislativa, di una politica dei prezzi, considerando abusivo (ossia un abuso di diritto) «il potere economico che pretende un aumento arbitrario del lucro»¹⁸¹.

L'introduzione di discriminanti soggettive nell'ordinamento costituzionale dimostra l'assunzione di un principio di uguaglianza che supera un profilo formale, seppur questo sia quello adottato nella CRFB per individuare gli obiettivi dello EDD. L'art. 3, CRFB, indica infatti come obiettivo della Repubblica Federale la promozione di tutti i cittadini, senza «discriminazioni fondate sul sesso, razza, sul colore della pelle»¹⁸². La disposizione si pone in apparente contraddizione con la speciale protezione che l'art. 7, XX, CRFB, assicura, ad esempio, alla donna nel mercato del lavoro¹⁸³. Il valore ideologico assunto dal principio di uguaglianza formale, paradigma vincolato all'interpretazione del principio repubblicano¹⁸⁴, appare tuttora profondamente radicato nell'esperienza giuridica nazionale pur a fronte di un principio di uguaglianza sostanziale (*isonomia material*) che la dottrina riconosce essere iscritto nella Costituzione¹⁸⁵. L'intervento positivo da parte dello Stato, coerente al principio di uguaglianza sostanziale che la dottrina desume sistematicamente dalla CRFB, comporta non poche frizioni concettuali con il

¹⁸⁰ STF, *Tribunal Pleno*, ADPF 46, *Rel.* Eros Grau, 5 agosto 2009.

¹⁸¹ STF, *Tribunal Pleno*, ADI 319-QO, *Rel.* Moreira Alves, 3 marzo 1993.

¹⁸² Analogo è il contenuto dell'art. 5, CRFB, in virtù del quale «tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di qualsiasi natura, garantendosi ai brasiliani e agli stranieri residenti nel Paese l'invulnerabilità del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza, alla proprietà»

¹⁸³ Rothemburg individua i gruppi minoritari vulnerabili rispetto ai quali, in applicazione della CRFB, vi è una applicazione differente dei diritti fondamentali. Essi sono i *remanescentes quilombolas* (art. 68, ADCT), assieme ad altri gruppi afro-discendenti (art. 215, CRFB), gli *índios* (art. 231, CRFB), i diversamente abili (art. 37, VIII, CRFB), gli anziani (art. 230, CRFB), le donne (art. 5, I, CRFB) i detenuti (art. 5, XLIX, CRFB), i poveri (art. 203, CRFB), i cittadini stranieri (art. 5, *caput*, CRFB), i brasiliani residenti in determinate regioni (art. 19, III, CRFB) e i gruppi composti da transessuali e omosessuali (art. 5, XLI, CRFB). Cfr. W. C. ROTHENBURG, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, p. 446.

¹⁸⁴ Cfr. STF, *Tribunal Pleno*, INQ 1.376-AgR/MG, *Rel.* Celso de Mello, 15 febbraio 2007.

¹⁸⁵ Cfr. J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, p. 215.

principio di non-discriminazione ivi formalizzato. Ne sono dimostrazione le teorie avanzate per superare tale latente e persistente conflitto. In dottrina il principio di uguaglianza formale viene indirettamente interpretato come «il diritto di ogni cittadino a non essere discriminato dalla legge se non in conformità a criteri iscritti nell'ordinamento costituzionale, o per lo meno da questo non vietati»¹⁸⁶. In altre parole, il principio di non discriminazione opera con riferimento al gruppo sociale individuato dal legislatore secondo criteri di omogeneità. In questo senso «il principio non può essere inteso in senso individualista, non tenendo in debito conto le differenze tra gruppi»¹⁸⁷. Tale espediente permette di considerare quindi legittime le discriminazioni positive che il legislatore pone in essere per attuare i principi costituzionali. Rimane problematica però, nella dottrina costituzionale brasiliana, l'individuazione dei parametri in base ai quali possa essere valutata sostanzialmente la conformità alla CRFB delle discriminazioni positive poste in essere dal legislatore. La dottrina si limita a richiamare un divieto di introdurre discipline diverse per casi equivalenti¹⁸⁸, applicando un principio di logicità che deve sostenere la misura rispetto al fine cui è preordinata, nel perseguimento di interessi non incompatibili con la Costituzione¹⁸⁹. La giurisprudenza che si è pronunciata in materia ha assunto un principio di ragionevolezza - quale contenuto di un «*substantive due process of law*» - come limite posto alla discrezionalità politico-amministrativa¹⁹⁰. Questo principio, applicato sia autonomamente, sia in combinazione con il principio di uguaglianza, ha portato a una verifica solo superficiale del criterio adottato dal legislatore.

Tale leggerezza è esemplificata da una sequela giurisprudenziale, nella quale il STF si è pronunciato su di una norma che, nel regolamentare l'assunzione per mezzo di concorso pubblico di personale nel corpo di polizia, impone una statura minima di un metro e sessanta prescindendo dalle funzioni che materialmente sarebbero state assunte.

In un primo momento il STF giudicò costituzionale, in quanto logicamente giustificabile, l'introduzione di tale requisito solo per i concorsi finalizzati all'assunzione di personale che avrebbe dovuto ricoprire funzioni di ordine pubblico

¹⁸⁶ C. R. BASTOS, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 180.

¹⁸⁷ J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, p. 216.

¹⁸⁸ Cfr. C. A. B. DE MELLO, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, 1993, p. 10.

¹⁸⁹ Cfr. C. A. B. DE MELLO, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, 1993, p. 17.

¹⁹⁰ Si veda STF, *Tribunal pleno*, ADI 1158 MC/AM, *Rel. Celso de Mello*, 19 dicembre 1994.

svolte sul territorio¹⁹¹. Questo orientamento giurisprudenziale venne però sconfessato di lì a poco, in quanto si dichiarò, invece, la costituzionalità del requisito anche se applicato in concorsi che avessero ad oggetto l'assunzione di personale con funzioni amministrative¹⁹². Sul caso è opportuno svolgere due considerazioni.

In primo luogo l'applicazione di un criterio di ragionevolezza avrebbe dovuto condurre ad una dichiarazione di non conformità della norma, mancando quel nesso di logicità che deve sussistere tra una discriminazione dei cittadini e il fine cui essa è preordinata. In questo senso si sarebbe dovuto dichiarare irragionevole un criterio selettivo di natura fisica che non possiede nessun vincolo di logicità rispetto alla natura dell'incarico da assumere, nel caso specifico mansioni di natura amministrativa. Tale tesi, sostenuta dal relatore Aurélio, risultò perdente.

In secondo luogo, laddove si fosse adottato un criterio di uguaglianza sostanziale, si sarebbe dovuto sottoporre la norma ad uno scrutinio maggiormente rigoroso. Indirettamente tale requisito può, infatti, comportare delle discriminazioni rispetto all'origine etnica dei candidati, essendo la popolazione di discendenza *indígena* di statura inferiore alla media nazionale. Indirettamente quindi si produce una discriminazione di fatto, che dovrebbe essere rilevata visto che la stessa Costituzione riconosce la diversità delle popoli *indígenas* e la loro vulnerabilità. Tale profilo non emerse nelle opinioni dei giudici, dimostrando in che misura il principio di uguaglianza sostanziale, seppur sviluppato dalla dottrina, riproduca una semplice correzione del principio di non-discriminazione, che non riesce a contestualizzare i fatti superando una loro apparente neutralità.

La vicenda - menzionata nella rara dottrina che si è occupata del controllo giurisdizionale sulle discriminazioni introdotte dal legislatore¹⁹³ (fenomeno non irrilevante o marginale nella legislazione fortemente interventista dello Stato) - dimostra uno sviluppo superficiale del principio di uguaglianza sostanziale, seppur esso sia riconosciuto e menzionato da una dottrina ampiamente maggioritaria. Ne

¹⁹¹ Cfr. STF, RE 148095/MS, *Rel.* Marco Aurélio, 3 febbraio 1998. Si veda inoltre STF, RE 150455/MS, *Rel.* Marco Aurélio, 15 dicembre 1998.

¹⁹² Cfr. STF, RE 140889/MS, *Rel.* Marco Aurélio, *Rel. p/Acórdão* Maurício Corrêa, 30 maggio 2000.

¹⁹³ Tra questa si veda R. L. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, 2008, pp. 382 e ss.

deriva una scarsa incisività del principio, da comprendere alla luce di una concezione forte del principio di divisione dei poteri¹⁹⁴.

La discrezionalità riservata al legislatore viene limitata da un lato dal valore giuridico che contraddistingue il progetto programmatico contenuto nella CRFB, dall'altro lato dagli strumenti preposti alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali a fronte di intervento o di omissione da parte degli organi pubblici.

Sotto il primo profilo in dottrina si distingue tra norme ad efficacia piena, ossia direttamente applicabili, ad efficacia “contenuta” (*contida*), direttamente applicabili ma comprimibili per intervento legislativo, ad efficacia limitata, ossia subordinata a intervento di implementazione. Tra queste ultime si collocano le norme programmatiche, ossia «norme che si limitano a enunciare disposizioni valoriali [seppure] immediatamente vincolanti per il legislatore e l'interprete»¹⁹⁵. Proprio sottolineando il valore giuridico delle norme programmatiche, parte della dottrina attribuisce loro, in determinati casi, un'efficacia diretta e vincolante¹⁹⁶, potendo costituire legittimo parametro per la dichiarazione dell'incostituzionalità di un atto normativo successivo o precedente alla Costituzione.

Sotto il secondo profilo rileva l'immediata applicabilità dei diritti e delle garanzie fondamentali¹⁹⁷. Tra queste compaiono una serie di rimedi processuali,

¹⁹⁴ Paradossalmente, nell'ordinamento italiano, dove il principio di uguaglianza sostanziale è formalmente statuito nel testo positivo, si è avuta una maggior rilevanza sistemica di un controllo della discrezionalità del legislatore in applicazione di un principio di ragionevolezza. Al contrario nell'ordinamento costituzionale brasiliano, dove un principio di non discriminazione dovrebbe produrre con maggior forza degli attriti con il forte interventismo statale prescritto dalla CRFB, minore è stata la rilevanza sistemica dei criteri individuati dal STF per un controllo della discrezionalità legislativa.

In altre parole nell'ordinamento dove il principio di non discriminazione potrebbe sollevare forti dubbi sulla legittimità di discriminazioni positive, si assiste al minor interventismo giurisdizionale nel rispetto dell'autonomia del politico. Inoltre nell'ordinamento italiano la giurisdizionalità di un atto normativo alla luce del principio di ragionevolezza viene svolto assumendo come parametro di comparazione riferimenti interni all'ordinamento (*tertium comparationis*). Questo non accade nell'ordinamento brasiliano, nel quale il principio di «*substantive due process of law*», seppur azionato in alcuni casi congiuntamente al principio di uguaglianza, permette comunque al STF di individuare autonomamente un parametro di conformità sostanziale senza doverne desumere i contenuti dal raffronto con ulteriori disposizioni dell'ordinamento positivo. Comunque la potenziale incisività che il «*substantive due process of law*» possiede non ha trovato conferma nella giurisprudenza del STF, di minor peso rispetto a quella sviluppata sul principio di ragionevolezza dalla Corte costituzionale italiana.

¹⁹⁵ R. CUNHA CHIMENTI, F. CAPEZ, M. F. E. ROSA, M. F. DOS SANTOS, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 2007, pp. 29 e ss.

¹⁹⁶ J. A. DA SILVA, *Aplicabilidade das norma constitucionais*, São Paulo, 2003, p. 164; R. L. BARROSO, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, 2008, pp. 377 e ss.

¹⁹⁷ Art. 5, § 1, CRFB.

esperibili individualmente o collettivamente per garantire la supremazia della Costituzione per mezzo di un controllo giurisdizionale anche a fronte di omissione¹⁹⁸.

L'incostituzionalità di un atto normativo - che può essere dichiarata per mezzo di un controllo astratto e accentrato¹⁹⁹ o concreto e diffuso²⁰⁰ - ne sancisce la nullità, coerentemente ad una teoria generale della Costituzione come norma giuridica fondamentale di validità dell'intero ordinamento. Il controllo giurisdizionale di costituzionalità quindi si caratterizza per la natura dichiarativa della pronuncia e per l'efficacia *ex-tunc* e *erga omnes*²⁰¹ che essa possiede, essendo l'atto incostituzionale viziato *ab-origine*.

Tale coerenza concettuale, che connota gli strumenti processuali preposti dalla Costituzione per il controllo astratto e accentrato degli atti normativi, viene invece parzialmente smentita dalla struttura operativa del controllo esercitato in via diffusa.

In quest'ultimo caso l'incostituzionalità è sollevata per mezzo di eccezione, sulla quale ogni organo che esercita la funzione giurisdizionale deve pronunciarsi con maggioranza assoluta dei suoi membri in seduta *plenaria*²⁰². Qualora venga rilevata l'incostituzionalità di una norma, questa non verrà applicata al caso concreto,

¹⁹⁸ Il sistema di controllo giurisdizionale si associa ad un controllo politico di tipo preventivo. Ognuna delle due camere del Congresso è dotata di una Commissione, che deve emettere un parere di costituzionalità del progetto di legge. Secondo il regolamento del Senato un parere di incostituzionalità emesso all'unanimità preclude una successiva votazione in aula.

È interessante inoltre notare come nell'emettere tale parere si assuma come parametro non solo la costituzionalità, bensì anche la "anti-giuridicità" del progetto di legge. In tal senso sembra prospettarsi una distinzione tra i due concetti. Fanno eco le parole di Ascarelli, secondo il quale «il giurista brasiliano, forse più di quello europeo, ha sempre presente la differenza tra "diritto" e "legge"» (T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. 83). Il controllo preventivo si perfeziona nel potere di veto che l'articolo 66, § 1, CRFB, attribuisce al Presidente della Repubblica.

¹⁹⁹ Questi strumenti sono costituiti dalla *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (ADI), dalla *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* (ADIO) e dalla *Ação Declaratória de Constitucionalidade* (ADECON).

²⁰⁰ Il controllo diffuso di costituzionalità costituisce un elemento caratterizzante dell'esperienza giuridica brasiliana e venne introdotto pochi anni dopo il costituirsi della Repubblica con la *Lei* 221, 10 novembre 1894. Assieme al principio repubblicano si introdussero strutture e concetti che dimostrano la forte influenza esercitata dal costituzionalismo nord-americano sulla cultura giuridica brasiliana.

²⁰¹ Solo a partire dall'*Emenda constitucional* 45/2004, si è formalizzata l'autorità *erga omnes* delle sentenze proferite in sede di controllo accentrato. In precedenza gli stessi esiti erano garantiti attraverso un *Reclamo*, per mezzo del quale si poteva direttamente impugnare presso il STF un atto giurisdizionale contrario a una sua sentenza.

²⁰² Art. 97, CRFB.

producendo effetti giuridici limitatamente alle parti del processo. L'eccezione di incostituzionalità può essere oggetto di ricorso, fino a giungere in via straordinaria all'attenzione del STF. Ma la sentenza proferita dal STF in sede di ricorso straordinario ex art. 102, III, CRFB non si dimostra capace di eliminare autonomamente dall'ordinamento l'atto incostituzionale. L'applicazione della norma potrà essere sospesa con atto discrezionale²⁰³ del Senato nell'esercizio di una competenza attribuitagli ex art. 52, X, CRFB²⁰⁴. Se con riferimento al caso concreto la sentenza produce effetti *ex-tunc*, la sospensione della norma incostituzionale decisa con risoluzione del Senato in seguito a pronuncia definitiva del STF manifesta i suoi effetti solo *ex-nunc*. Questa breve digressione dimostra la complessità del sistema di un controllo di costituzionalità nell'ordinamento costituzionale brasiliano e l'esigenza di procedere a una sua razionalizzazione²⁰⁵.

Tra le garanzie, cui fa riferimento l'articolo 5, § 1, CRFB, vi sono inoltre ulteriori strumenti processuali, esperibili per sottoporre a controllo giurisdizionale le ipotesi di omissione legislativa. Proprio tali strumenti si dimostrano rilevanti per comprendere i termini concreti in cui deve essere trasposto il dibattito astrattamente sviluppatosi in dottrina circa la natura giuridica delle norme ad efficacia limitata.

Accanto alla *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão* (ADIO) - finalizzata ad un accertamento giurisdizionale, di per sé non lesivo del principio di separazione dei poteri, dello stato di mora in cui versa il legislatore nell'attuare la Costituzione - compare il *Mandado de Injunção* (MI), rimedio processuale «concesso qualora l'assenza di una norma attuativa impedisca l'esercizio dei diritti e delle libertà costituzionali, e delle prerogative inerenti alla nazionalità, alla sovranità e alla cittadinanza»²⁰⁶. Introdotto *ex novo* con la Costituzione del 1988, tale strumento processuale venne inizialmente considerato capace di accertare una mera omissione legislativa, producendo in questo senso effetti simili alla ADIO. La distinzione tra le due figure venne in un primo momento rilevata nell'essere l'una un controllo astratto

²⁰³ Questa la tesi sostenuta dal Senato (il parere è riportato in *Revista de informação legislativa*, 1957, n. 48/265) e anche dal STF (MI 460-9/RJ, *Rel. Celso de Mello*, 16 giugno 1994).

²⁰⁴ Art. 52, X, CRFB.

[Compete esclusivamente al Senato Federale] sospendere l'esecuzione, in tutto o in parte, di una legge dichiarata incostituzionale con decisione definitiva del Supremo Tribunale Federale.

²⁰⁵ Cfr. A. C. de SOUSA, A. G. CAMPOS, A. L. N. DUARTE, *Controle de constitucionalidade: STF vs. Senado Federal: a quem cabe a última palavra? Um estudo crítico do art. 52, X da Constituição de 1988*, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, 2004, 12, pp. 181-195.

²⁰⁶ Art. 5, LXXI, CRFB.

azionabile dai soli soggetti ritenuti titolari di una legittimazione processuale *ex art.* 103, CRFB, l'altra rimedio esperibile individualmente o collettivamente su istanza del titolare del diritto costituzionale²⁰⁷. Differenti inoltre le condizioni poste a fondamento dell'esperibilità delle azioni processuali - circoscritta nel caso del *Mandado de Injunção* (MI) all'esistenza di un diritto soggettivo inerente alle libertà costituzionali, alle prerogative inerenti la nazionalità, alla sovranità, alla cittadinanza - e l'efficacia delle sentenze pronunciate, *erga omnes* per la ADIO, limitata alle parti in MI. Ma analoga era considerata la natura e la funzione sistematica dei due strumenti: l'accertamento di un'omissione senza che si producessero effetti giuridicamente vincolanti per l'organo responsabile della mancata attuazione della Costituzione²⁰⁸.

A tale tesi, in dottrina chiamata *non-concretista*²⁰⁹, si contrappose quella *concretista*, sostenuta da dottrina minoritaria ma autorevole²¹⁰. Seppur in forte tensione con il principio di separazione dei poteri, questa seconda tesi interpreta il MI come strumento utile ad un pronunciamento giurisdizionale che assicuri, con riferimento al caso concreto, l'immediato esercizio dei diritti costituzionali. In questo senso vi sarebbe una profonda differenza tra la funzione rivestita dal MI rispetto alla ADIO, essendo il primo, a differenza della seconda, strumento per esercitare una rivendicazione pretensiva il cui contenuto deve essere garantito direttamente da una pronuncia giurisdizionale, quindi non meramente accertativa di omissione. Proprio il rispetto della separazione funzionale dei poteri aveva giustificato un forte *self-restraintment* del STF. La prima giurisprudenza pronunciata in sede di MI si dimostrò infatti particolarmente cauta²¹¹. Solo in casi eccezionali il STF superò il mero accertamento dell'omissione, garantendo, con riferimento al caso concreto, il

²⁰⁷ A sostenere questa interpretazione C. R. BASTOS, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 1998, p. 243; G. FERREIRA FILHO, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 2002, p. 135;

²⁰⁸ Per una ricostruzione dell'interpretazione data ai due strumenti processuali, si veda E. R. MOREIRA, *O novo aproveitamento do mandado de injunção*, in *Revista de direito constitucional e internacional*, 2007, 60, pp. 82 e ss.

²⁰⁹ R. C. CHIMENTI, F. CAPEZ, M. F. E. ROSA, M. F. DOS SANTOS, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 2007, p. 436; A. de MORAES, *Direito Constitucional*, São Paulo, 1999, p. 184.

²¹⁰ J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, pp. 448 e ss. Si veda inoltre F. PIOVESAN, *Proteção judicial contra omissões legislativas*, São Paulo, 1995; V. GRECO FILHO, *Tutela constitucional das liberdades*, São Paulo, 1989.

²¹¹ Si veda H. L. MEIRELLES, *Mandado de segurança, Ação popular, Ação civil publica, Mandado de injunção e "Habeas Data"*, São Paulo, 1997.

diritto riconosciuto costituzionalmente ma leso da inattuazione legislativa²¹². Tale approccio è sostanzialmente mutato nel corso di un progressivo approfondimento svolto sulla natura del rimedio costituzionale, che ha permesso il superamento delle resistenze offerte dal principio di separazione dei poteri all'assunzione di una esplicita funzione normo-genetica da parte del STF²¹³.

Accanto al MI figura inoltre, quale strumento residuale²¹⁴, la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF), art. 102, § 1, CRFB. Regolamentata con *Lei Federal*, 3 dicembre 1999, n. 9882, la ADPF permette di sottoporre all'attenzione del STF ogni tipo di atto della Pubblica amministrazione (quindi non solo atti normativi), compresi gli atti normativi municipali, precedentemente sottratti al controllo accentrato di costituzionalità. Esperibile dai soli soggetti menzionati nell'art. 103, CRFB - ossia legittimati a proporre la ADI - e laddove sia precluso ogni ulteriore mezzo capace di sanare efficacemente la violazione di un precetto fondamentale, la ADPF chiude il sistema di garanzie preposte dal Costituente a presidio della supremazia della Costituzione.

Gli strumenti menzionati, in quanto esercitabili a fronte di omissione legislativa, dimostrano in che misura possa considerarsi in parte sminuita la rilevanza assunta dalla distinzione tra norma costituzionale di immediata applicabilità e meramente programmatica. A fronte degli strumenti processuali individuati, le garanzie dei diritti costituzionali assumono un importante ruolo impulsivo nel perseguimento del progetto sociale, economico e politico inscritto nella CRFB. La rivendicazione pretensiva al loro esercizio è complementare all'interventismo statale, imposto dalla CRFB per attuare una trasformazione sociale orientata ai principi di

²¹² Cfr. STF, *Tribunal Pleno*, MI 232/RJ, *Rel.* Moreira Alves, 2 agosto 1991; STF, *Tribunal Pleno*, MI 283/DF, *Rel.* Sepúlveda Pertence, 20 marzo 1991.

²¹³ Una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale ora menzionata è contenuta nel MI 708/DF, *Tribunal Pleno*, *Rel.* Gilmar Mendes, 25 ottobre 2007 (di tenore analogo STF, *Tribunal Pleno*, MI 670/ES, *Rel.* Maurício Corrêa, 25 ottobre 2007) nel quale lo stesso Supremo acclara la propria attuale interpretazione circa il ruolo e la funzione dell'istituto. Nel caso specifico, peraltro successivo ad una serie di pronunce nelle quali l'omissione legislativa era stata ripetutamente dichiarata, si considerò leso il diritto di sciopero dei dipendenti pubblici, che la Costituzione riconosce previa regolamentazione infra-costituzionale. Nel citato MI il STF, prendendo coscienza di come l'inerzia del legislatore trasformasse un'omissione legislativa in diniego di tutela giurisdizionale (*omissão jurisdicional*), dichiarò applicabile al settore pubblico la legge sull'esercizio del diritto di sciopero previsto per il settore privato, senza ritenere ciò lesivo del principio di separazione dei poteri.

²¹⁴ Art. 4, § 1°, *Lei Federal*, 3 dicembre 1999, n. 9882.

giustizia e alla tutela della dignità umana. Come rilevato in dottrina²¹⁵, l'esercizio della cittadinanza, e l'esperimento dei rimedi processuali predisposti alla garanzia giurisdizionale dei suoi contenuti, permettono un progressivo sviluppo del progetto democratico costituzionale positivizzato nella forma di Stato inscritta nella CRFB.

3. *Le proprietà negli ordinamenti costituzionali italiano e brasiliano*

Il quadro delineato dai principi fondamentali dei rispettivi ordinamenti influisce fortemente sulla configurazione dei diritti costituzionali. Specificamente l'accento posto nell'ordinamento italiano sulla dimensione relazionale della persona, rispetto alla dimensione infra-subbiettiva, sottolineata invece nel concetto di dignità umana nell'ordinamento brasiliano, concorre a definire infatti le modalità con cui i diritti individuali, e specificamente il diritto di proprietà, si configurano rispetto all'interventismo che caratterizza le due Costituzioni. Solo a partire dalla Costituzione e dai principi che debbono orientare un intervento pubblico nella regolazione delle relazioni inter-private, si può comprendere il sistema costituzionale della proprietà²¹⁶. Analizzando le disposizioni che le sono dedicate si palesa un primo elemento: sia la CI, sia la CRFB menzionano differenti statuti proprietari, raccogliendo quindi gli esiti del processo che portò la dottrina, in seguito a un lungo e travagliato percorso²¹⁷, ad acquisire la relativizzazione del modello astratto tramandato nella tradizione civilista.

Con riferimento alla CI si deve distinguere in primo luogo tra le proprietà pubblica e privata²¹⁸, e successivamente tra quella collettiva²¹⁹, riservata²²⁰, agraria²²¹ (di media e piccola dimensione, del coltivatore diretto), dell'abitazione.

²¹⁵ S. A. FREDERICO, *Cidadania: elemento fundamental para o acesso à justiça*, in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, 2000, 28, p. 333.

²¹⁶ In questo senso «il tema della funzione, in generale, degli istituti giuridici è strettamente collegato ai valori fondamentali dell'ordinamento» (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p.21-22).

²¹⁷ Anche nei dispositivi costituzionali quindi si acquisisce quel passaggio logico che ha condotto dalla proprietà alle proprietà, raccogliendo la lezione di S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 145 e ss. Si veda anche P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 458.

²¹⁸ Art. 42, CI.

Analogamente la CRFB menziona la proprietà agraria²²², tra cui la piccola²²³ e media proprietà, la proprietà urbana²²⁴, la proprietà di mezzi di comunicazione²²⁵, la proprietà definitiva delle comunità *remanescentes* di *quilombo*²²⁶. L'art. 231 CRFB inoltre riconosce ai popoli *indígenas* il possesso permanente e l'usufrutto esclusivo sulle terre tradizionalmente occupate, introducendo un ulteriore istituto che se non è rubricabile formalmente sotto l'etichetta proprietà, ne assume sostanzialmente ogni possibile contenuto.

Tale breve rassegna dimostra in che misura, anche nel dispositivo costituzionale e non solo quindi in virtù di una legislazione speciale, il diritto di proprietà si sia frammentato in una pluralità di istituti che rimandano a specifici statuti legali.

A fronte di questa pluralità permane comunque un concetto di diritto di proprietà capace di ricondurre a unità i molteplici istituti proprietari. L'art. 42, CI, indica espressamente la proprietà, immediatamente qualificata come pubblica o privata, indicando quindi un *genus* unitario, seppur di questo dubiti la dottrina²²⁷, analogamente a quanto definito nell'art. 5, CRFB. Il riferimento ad un concetto unitario di proprietà costringe l'interprete ad individuare, alla luce di un profilo funzionale del diritto, un tratto comune agli istituti in cui il diritto stesso viene declinato. Tale funzione è utile per orientare l'interpretazione delle differenti funzioni invece assunte dai molteplici statuti proprietari rispetto a classi di beni o di

²¹⁹ Art. 43, CI. Si veda S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 288; F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, II, pp. 193-210.

²²⁰ Sul concetto di beni originariamente riservati, rispetto ai quali si configura alternativamente *ex artt.* 42 e 43, CI, uno specifico statuto proprietario, si veda S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, specialmente pp. 52 e ss.

²²¹ Art. 44, CI. In dottrina si veda G. ALPA, M. BESSONE, *Potere dei privati e statuto proprietario*, II Padova, 1980, pp. 283 e ss.

²²² Art. 184, CRFB.

²²³ Art. 5, XXVI, CRFB.

²²⁴ Art. 182, § 2, CRFB.

²²⁵ Art. 222, CRFB.

²²⁶ Art. 68, *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias* (ADCT).

²²⁷ Si dubita infatti che possa essere ascritta al concetto di proprietà la proprietà pubblica, in quanto il vincolo di destinazione cui sono tendenzialmente soggetti i beni pubblici nega quei poteri dispositivi ritenuti invece costitutivi del diritto (cfr. G. CAMMARANO, *Saggio sulla pubblicità dei beni pubblici*, Padova, 1972, p. 192, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 8). Tale affermazione sarebbe da condividere se potesse ancora considerare la proprietà strumento della volizione del soggetto. Ma la funzionalizzazione dell'istituto e la sua conformazione induce a ritenere errata tale premessa.

soggetti rilevate nell'ordinamento come omogenee e meritevoli di una specifica regolazione.

Nell'esperienza giuridica italiana l'uso nell'art. 42, CI, del termine «riconoscere»²²⁸, è stato interpretato come indice della natura inviolabile del diritto, evocando, sulla base di un'implicita premessa gius-naturalista²²⁹ un legame sistematico con la tutela della persona²³⁰. Tale tesi è stata contrastata da autorevole dottrina che, a partire dall'inserimento del diritto dal titolo dedicato ai rapporti economici²³¹, ha escluso che potesse considerarsi coerente col sistema costituzionale una comprensione del diritto quale espansione della persona e della libertà individuale²³². Anche qualora si riconoscesse nella proprietà un diritto fondamentale, mancherebbero nel testo costituzionale i riferimenti precisi per definire quei contenuti essenziali prescritti invece per i diritti che garantiscono una sfera inviolabile posta a protezione della persona²³³. Quindi la Costituzione ne garantisce la mera esistenza, senza che da ciò si possa desumere un limite sostanziale a una

²²⁸ Sul dibattito in costituente si veda S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 290 e ss.

²²⁹ Differente è l'impostazione del Giannini, il quale, non considerando più attuale una giustificazione che faccia leva sul diritto naturale, individua nella Costituzione materiale il fondamento giuridico dell'invulnerabilità del diritto di proprietà, pur sottolineando come la proprietà che si riconosce *ex art. 42 CI* «fa riferimento alla Costituzione materiale di questo tempo, e non a quella del secolo passato» (M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 459-460 e 465).

²³⁰ Cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Presentazione* in ID. (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976, p. XI, per il quale il «riconoscimento e [la] garanzia [vengono] affermati dalla Costituzione ovviamente in vista dell'importanza della persona nella società e del valore sociale della proprietà riconosciuta e garantita alla persona».

Tale nesso è stato inoltre evidenziato in dottrina per mezzo del concetto di proprietà personale, che è tale laddove ricada su specifici beni necessari per garantire alla persona delle condizioni esistenziali degne. Cfr. M. LUCIANI, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giur. cost.*, 1977, I, pp. 1380 ss. Critico Rodotà, per il quale la proprietà personale, se propone un modello inclusivo coerente con il programma costituzionale, risolve solo parzialmente i problemi che anche per mezzo della proprietà devono essere affrontati, primo tra tutti il perseguimento di interessi collettivi di natura non-proprietaria e meta-individuali come la tutela dell'ambiente. Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, pp. 26-27.

²³¹ Cfr. A. LA TORRE, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale: dalla proprietà quiritaria alla funzione sociale*, in *Giust. civ.*, 2007, II, p. 479-485; U. MATTEI, *Proprietà*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 441.

²³² M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 465; P. RESCIGNO, *Per uno studio della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 45; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 317; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, pp. 21 e ss.

²³³ Cfr. M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 465. Anche per queste ragioni il diritto di proprietà, seppur considerato un diritto fondamentale, si presenta, «a differenza di altri diritti e altre libertà, un diritto funzionale» (A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 106-107).

conformabilità del diritto che si presenti rispettosa della riserva di legge²³⁴. Spetta alla legge infatti determinare «i modi di acquisto, di godimento e i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti»²³⁵.

L'introduzione di un elemento funzionale nell'istituto, coerente rispetto all'interventismo inscritto nella CI²³⁶, dimostra una modificazione del paradigma proprietario. Considerata come clausola generale, quindi capace di sostenere un'applicazione analogica²³⁷, essa modifica la natura del diritto, negando il contenuto

²³⁴ *Contra* A. SANDULLI, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1972, pp. 471-472.

²³⁵ Art. 42, CI.

²³⁶ Come suggerisce Barcellona «il mutato rapporto Stato/economia (=introduzione di leggi agrarie e urbanistiche fortemente interventistiche) e la modificazione dell'assetto costituzionale (=l'art. 42 della Costituzione del 1948 prevede che la legge determini i limiti della proprietà allo scopo di assicurarne la "funzione sociale") esprimono a livello normativo una nuova percezione sociale della proprietà privata» (M. BARCELLONA, *L'«idea del sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 719-720).

²³⁷ Cfr. M. BARCELLONA, *L'«idea del sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 719-720. Da ciò deriva la possibilità per il giudice di «sindacare nel merito le scelte compiute dai proprietari circa l'uso dei beni, valutandole secondo la *clausola generale* della "funzione sociale" ed il contemperamento tra principio di razionalità economica e principio di solidarietà sociale che essa gli demanda».

Risulta interessante riportare due brevi passi scritti dal Pugliatti prima e dopo l'avvento del nuovo ordine costituzionale. Nel primo, pubblicato nel 1942, si commentano i limiti e l'osservanza degli obblighi che l'art. 832 pone al godimento pieno ed esclusivo del proprietario. L'autore ritiene che «in mancanza di un obbligo od onere di carattere generale, non possono che esservi gli obblighi speciali, singolari, stabiliti da particolari disposizioni di legge». Pur potendosi «parlare di una funzione sociale della proprietà», questa si risolve in «specifici atteggiamenti» per mezzo dei quali realizzare un «concreto e particolare interesse pubblico» (S. PUGLIATTI, *La definizione della proprietà nel nuovo codice civile*, in M. D'AMELIO, *Codice civile - libro della proprietà*, Firenze, 1942, ora in ID., *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 143). In altre parole la funzione di proprietà non è principio, è elemento accidentale che accoglie l'episodico intervento pubblico in occasioni qualificate dalla specialità e dalla concretezza.

A fronte dell'avvenuta promulgazione della CI l'opinione dell'autore muta. «Il principio della massima attuazione della Costituzione, impone che si attribuisca anche a codesta norma [funzione sociale della proprietà] un'efficacia normativa in atto, e non è difficile identificare la portata normativa della regola citata, proprio in base alla concreta esperienza del diritto vigente. Essa intanto costituisce e il cemento, l'idea unificatrice, il principio sistematico organizzatore che come tale supera l'episodio, scioglie i limiti della disposizione eccezionale, pone i nessi tra le disposizioni particolari e colma lacune, rispetto a tutte le norme nelle quali si può vedere una concreta e specifica attuazione di esigenze di carattere sociale a mezzo del diritto di proprietà» (S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, pp. 277-278).

Sicuramente il dato positivo è stato fondamentale per modificare l'opinione dell'autore. Ma si può intuire come il modificato contesto politico abbia potuto indurre a una miglior disposizione verso un indebolimento della tutela della proprietà. Il monopolio che i giuristi detengono sulla gestione della stratificata e plurisecolare tradizione giuridica, permette loro l'utilizzo degli strumenti che meglio si adattano a garantire i principi di civiltà giuridica. Il modello proprietario garantista può essere riscoperto dinnanzi all'autorità di un regime dittatoriale, per essere sostituito da un più malleabile strumento qualora si ponga al servizio di un'autorità politica democratica. Sulle resistenze alla funzionalizzazione del diritto di proprietà nel dibattito precedente alla codificazione del 1942 in Italia, si veda A. JANNARELLI, *Il dibattito sulla proprietà privata negli anni Trenta del Novecento*, in *Agricoltura - Istituzioni - Mercati*, 2007, 1, pp. 21-52.

autoritario ed assolutistico della pretesa individuale. In altre parole, riportando «al momento comunitario il fondamento e l'ambito del diritto, se ne scopre la sostanziale relatività»²³⁸.

La funzione sociale è stata descritta dalla dottrina come un elemento costitutivo della struttura dell'istituto²³⁹ e quindi cosa differente rispetto ai limiti amministrativi e civili che, comprimendo dall'esterno l'elastica situazione proprietaria, hanno permesso asserire la permanenza del modello astratto tramandato dalla tradizione civile²⁴⁰. La funzione sociale quindi si presenta come elemento strutturale costitutivo dell'istituto che ne permette la conformazione per il perseguimento di una pluralità di interessi meta-individuali, di natura collettiva²⁴¹. Nell'interazione tra pubblica amministrazione e proprietario risulta conformata la volontà del soggetto²⁴², l'esercizio delle facoltà che costituiscono il contenuto del diritto e le finalità che con esse si vogliono perseguire²⁴³. Essa si pone in definitiva

²³⁸ P. RESCIGNO, *Per uno studio della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 48.

²³⁹ Si vedano per tutti S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 223; P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 459.

²⁴⁰ La teoria dei limiti, funzionale a riaffermare il nesso tra proprietà e libertà, è stata sostenuta, pur a fronte del nuovo ordine costituzionale, da L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 33.

²⁴¹ Di fascio di interessi non-proprietari parla S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 27. La sussistenza di «una situazione giuridica complessa», titolata in capo ai terzi, che rompe l'esclusività del rapporto proprietario soggetto-bene è menzionata da P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 7. Lo stesso autore, inoltre sottolinea come «la funzione sociale della proprietà e dell'impresa non si identificano esclusivamente [nella] maggiore produttività [rilevante nel funzionalizzare l'istituto nel codice civile del 1942], ma anche in altri interessi che non sono soltanto di natura economicistica, ma sono - forse prevalentemente - intesi all'attuazione della persona umana nella completa sua dignità sociale» (P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 23).

²⁴² In questo senso si può parlare di sottoposizione del proprietario ad un potere di direzione da parte dell'autorità pubblica (cfr. M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 114). Tale opinione è riduce un più ampio concetto di funzione sociale, come strumento conformativo del contenuto del diritto, che lo stesso autore aveva condiviso in opinioni precedenti. Cfr. G. BERTI, *Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, II, p. 999.

²⁴³ In dottrina si è evidenziata la contraddizione in termini tra funzione e diritto soggettivo, partendo da una prospettiva che può dirsi sensibili all'esigenza di affermare, in una prospettiva civilista, la signoria del soggetto rispetto al bene. Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 141. Analogamente L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 286.

Tali affermazioni, di poco successive all'avvento del nuovo ordine costituzionale, limitano l'incidenza da questo esercitata sul sotto-sistema del diritto civile. Permane quindi, nei primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione, la difesa di un'autonomia del diritto privato rispetto al nuovo ordine costituzionale. Come scrive Barassi, «comincio intanto con l'osservare che la Costituzione contiene più o meno espressamente indicate delle affermazioni che il giurista "deve" travasare nel codice civile. Però nei limiti in cui il sistema risultante dalle norme del codice lo consenta» (L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 298). In questo senso la costituzionalizzazione della funzione sociale della proprietà poco muterebbe della struttura dell'istituto, concludendo l'autore

come variabile indipendente di un modello unitario il cui contenuto è individuato da differenti statuti legali²⁴⁴. Tale contenuto deve aderire alla natura socio-economica dei beni, come decisa in circuiti politici esterni al mercato e in una prospettiva marcatamente politica²⁴⁵. Se la concreta configurazione dell'istituto, come legalmente individuato per mezzo della funzione sociale, deve rispondere alla tipicità dei beni sui quali ricade²⁴⁶, pensare tale questione in termini naturalistici o oggettivi nasconde i processi normativi che debbono presiedere alla loro qualificazione giuridica e al bilanciamento di interessi che questa comporta.

A partire da queste premesse, è facile comprendere perché sia stata ritenuta insufficiente una ricostruzione della funzione sociale della proprietà sulla base della dottrina dell'abuso di diritto²⁴⁷ o del divieto di atti emulativi²⁴⁸, finalizzata ora a

che «la Costituzione riconosce la proprietà privata con la sola riserva di una possibile sua compressione per allinearla con la tutela dell'interesse pubblico, cioè della collettività. Ma limitazione di autonomia nei casi in cui la legge intervenga non significa esclusione di quel diritto di proprietà; la quale si afferma pienamente come signoria del titolare quando la legge taccia» (L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 288).

²⁴⁴ C. MAZZÙ, *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983, p. 314.

²⁴⁵ La politicità sottesa alla qualificazione dei beni rispetto alla regolazione del diritto di proprietà sembrerebbe sostenuta da Mattei, per il quale la scelta di sottrarre, alla *in toto* o in parte, ai poteri dei privati certe tipologie di beni, «non sono sindacabili dal punto di vista tecnico se non in limiti formali» (U. MATTEI, *Proprietà*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 448). La medesima affermazione viene in parte smentita nel momento in cui critica una differenziazione degli statuti proprietari operata non sulla base della «natura del loro oggetto», bensì sulla base del «diverso regime normativo» cui essi sono sottoposti (U. MATTEI, *Proprietà*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p.434.). L'autore critica la ricostruzione della pluralità degli statuti proprietari avanzata da Pugliatti, le cui argomentazioni traevano fondamento dal dato normativo. A nostro parere è necessario rimarcare come la qualificazione dei beni è questione politica, a monte della quale si pone la percezione sociale di una oggettiva funzione o valore dei beni. Tale politicità non si esaurisce in una questione tecnica, a maggior ragione in una società pluralista, nella quale differenti sono i paradigmi culturali che filtrano la presunta oggettività dei fatti. Questi paradigmi culturali sono i medesimi che debbono concorrere per mezzo di procedimenti pubblici normativi alla qualificazione giuridica di beni, che non può essere che disposta per mezzo di legge.

²⁴⁶ Cfr. M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 473.

²⁴⁷ La teoria dell'abuso di diritto, maturata prevalentemente in Francia, trova il suo fondamento nella definizione dei limiti connessi con l'esercizio di un diritto, seppur sempre previsti come limiti negativi. Cfr. M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1957, pp. 95-96.

²⁴⁸ Scrive Torrente: «Tuttavia si deve subito aggiungere che la portata della norma, quale risulta dalla sua interpretazione, è ben modesta di fronte all'ampiezza di orizzonte che la concezione della funzione sociale della proprietà può assumere ed ha concretamente assunto nel diritto positivo. Laddove il principio della funzione sociale (quale che sia la valutazione d'opportunità in sede politica ed economica) si traduce nell'imposizione al proprietario di obblighi, soprattutto di diritto pubblico, prevalentemente di natura positiva, il divieto considerato si esaurisce in una limitazione di carattere negativo. Se anche si vuol continuare a rimanere nell'ambito della funzione sociale, riecheggiando una nota distinzione, deve dirsi che qui è in gioco la funzione-limite, non la funzione-impulsiva».(A.

selezionare quali proprietari debbano essere privilegiati per il raggiungimento di finalità di natura collettiva, ora a riaffermare, attraverso il regime di responsabilità, la garanzia della proprietà²⁴⁹. La teoria dell'abuso del diritto quindi non si presta a raccogliere quegli interessi meta-individuali che invece la Costituzione rende rilevanti nella funzionalizzazione sociale della proprietà.

La conformabilità del diritto come esercizio di attività amministrativa in applicazione dei regimi legali disposti in ossequio alla riserva di legge *ex art. 42, CI*, viene in parte smentita dalla giurisprudenza della Corte costituzionale²⁵⁰. Infatti la ricostruzione sviluppata in dottrina è stata in parte scardinata dall'introduzione di un contenuto minimo, quale limite alla conformabilità del diritto effettuata dalla pubblica amministrazione.

Pur avendo affermato la natura conformativa - quindi non indennizzabile e costituzionalmente legittima *ex art. 42, co. II, CI*²⁵¹ - di interventi legislativi inerenti «al regime di appartenenza o ai modi di godimento dei beni in generale o di intere categorie di beni [...] sempre che, la legge, sia destinata alla generalità dei soggetti i cui beni si trovino nelle accennate situazioni»²⁵², la Corte ha introdotto contemporaneamente un concetto quantitativo, da cui dipende in definitiva l'accertamento della natura espropriativa o meno del provvedimento²⁵³.

L'elemento da sottolineare, ai fini della presente trattazione, nella complessa vicenda giurisprudenziale che ha interessato l'individuazione del discriminante tra conformazione del diritto e espropriazioni non traslative - da cui far discendere o meno l'incostituzionalità *ex art. 42, co. III, CI*, di norme poste a fondamento di atti

TORRENTE, *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1957, pp. 521 e ss.).

²⁴⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 75.

²⁵⁰ Si veda S. RODOTÀ, *Art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, II, p. 121 e ss.

²⁵¹ Tesi condivisa, seppur nei limiti in cui vi sia il rispetto del principio di riserva di legge *ex art. 42, CI*, da A. SANDULLI, *I limiti alla proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 967, salvo i possibili profili di incostituzionalità emergenti dal considerare «proprietario (agli effetti tributari o ad altri effetti) chi lo era prima dello svuotamento».

²⁵² Corte cost., 19 gennaio 1966, n. 6.

²⁵³ Riportando le parole della Corte «non si può negare che nei criteri esposti ha parte notevole un elemento quantitativo, nel senso che il carattere espropriativo è fatto dipendere anche dalla maggiore o minore incidenza che il sacrificio imposto ha sul contenuto del diritto. Ma questo è un elemento insopprimibile del concetto di espropriazione, intesa non soltanto come trasferimento ma anche come sottrazione o menomazione del godimento del diritto: sottrazione o menomazione che deve essere prevista ed accertata anche in rapporto alla concretezza del sacrificio imposto» (Corte cost., 19 gennaio 1966, n. 6).

della pubblica amministrazione conformativi rispetto a situazioni proprietarie in assenza di indennizzo²⁵⁴ - consiste nella capacità che un contenuto minimo del diritto sembra possedere nell'inibire il potere conformativo esercitato per regolare, in via generale, la situazione proprietaria ex art. 42, co. II, CI. In altre parole si prefigura l'ipotesi per cui - anche a fronte del rispetto della riserva di legge prescritta dall'art. 42, co. II, CI e del rispetto di un criterio di ragionevolezza nell'individuazione di una determinata classe di beni - l'intervento legislativo si possa presentare illegittimo qualora superi un «contenuto minimo del diritto»²⁵⁵, che in questo senso si ripresenta come diritto fondamentale²⁵⁶. Non è difficile intuire nella «normale tollerabilità»²⁵⁷ - menzionata nella giurisprudenza per individuare il limite oltre al quale vi deve essere indennizzo - la ripresa di concetti di natura civile.

Dalla giurisprudenza della Corte costituzionale quindi si desume l'introduzione di un contenuto non ricavabile dal dettato costituzionale, dedotto da «ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto nell'attuale momento storico»²⁵⁸. In questo senso l'assumere come parametro a cui raffrontare i

²⁵⁴ Basterà ricordare la distinzione tra vincoli a titolo particolare su determinati beni, o limitazioni generali, sviluppata in Corte cost., 9 maggio 1968, n. 55. La vicenda si è poi arricchita di ulteriori pronunce (si veda Corte cost., 21 luglio 1995, n. 344, in *Foro it.*, 1996, I, c. 1977; Corte cost., 7 novembre 1994, n. 379, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 48; Corte cost., 23 aprile 1993, n. 185 e n. 186, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1748; Corte cost., 30 marzo 1992, n. 141, in *Foro it.*, 1992, I, c. 2052).

Tale ragionamento si presenta complesso poiché non è sempre possibile individuare i casi in cui il legame funzionale che lega il vincolo particolare apposto e il limite generale individuato *ex lege* si interrompa sì da esigere nel primo caso, il riemergere di una garanzia del diritto, per mezzo di indennizzo, nel secondo caso la non indennizzabilità. Se è ravvisabile una consequenzialità tra vincoli generali e intervento amministrativo particolare, medesimo dovrebbe esserne il fondamento conformativo e non traslativo. In questo senso l'individuazione di cosa sia una limitazione generale o particolare, più che rispondere ad un criterio desumibile da una "intrinseca qualità identificabile a priori nella categoria individuata", dipenderà sempre dalla maggior o minor capacità del legislatore di individuare criteri generali utili per classificare in termini ragionevoli e omogenei situazioni differenti. Dalla bontà e raffinatezza dei criteri generali individuati per discriminare le situazioni proprietarie discende una maggior o minor censurabilità degli interventi della pubblica amministrazioni orientati a conformare, con provvedimenti puntuali, il contenuto del diritto.

²⁵⁵ La Corte costituzionale affermò, con riferimento alla conformità costituzionale della Legge istitutiva del parco dello Stelvio, che «la precisazione del contenuto della proprietà nel rapporto con le istanze generali non può essere fatta in modo che essa risulti svuotata del tutto di contenuto: in tal caso non ne viene moderato l'esercizio, ma il diritto viene soppresso e la concessione di un indennizzo non può essere evitata» (Corte cost., 21 aprile 1971, n. 79). A commento della sentenza si veda A. SANDULLI, *I limiti alla proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 971.

²⁵⁶ Cfr. A. LA TORRE, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale: dalla proprietà quiritaria alla funzione sociale*, in *Giust. civ.*, 2007, 12, pp. 479-485; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 336.

²⁵⁷ Corte cost., 19 gennaio 1966, n. 6; richiamata in Corte cost. 12 maggio 1999, n. 179, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1913.

²⁵⁸ Corte cost., 9 maggio 1968, n. 55.

contenuti positivi del diritto proprietario un riferimento esterno all'ordinamento costituzionale dimostra come il fondamento sia precedente all'esercizio del potere costituito²⁵⁹, potendosi da ciò desumere un'inviolabilità da interpretare alla luce del combinato disposto degli artt. 2 e 139, CI. Tenendo in considerazione come la Costituzione non definisca i contenuti specifici dell'istituto, il parametro che la Corte poteva assumere, considerando non percorribile un richiamo a premesse giusnaturalistiche, non poteva non essere desunto da un concetto storico presente nel sentire sociale²⁶⁰.

A partire dalla giurisprudenza menzionata, quindi, il diritto di proprietà si presenta come inviolabile, *ex* artt. 2 e 39, CI, e quindi tutelato come diritto fondamentale della persona. Da tale qualificazione deriva la riattivazione delle garanzie previste dall'art. 42, co. III, CI, che tutelano da un lato l'integrità dell'entità patrimoniale del soggetto rispetto alla regolazione delle relazioni inter-private attuate conformando i poteri proprietari, limitando concretamente, dall'altro lato, tale attività conformativa in ragione dell'entità delle risorse economiche disponibili in capo alla pubblica amministrazione.

Due sono gli elementi che devono essere sottolineati.

In primo luogo deve essere rilevata la riduzione dell'ambito applicativo dell'art. 42, co. II, CI, operazione condotta complementariamente all'espansione dell'art. 42, co. III, CI. La violazione di un contenuto minimo conseguente all'esercizio dei poteri conformativi comporta la riattivazione delle garanzie che tutelano, in maniera più o meno forte, l'integrità patrimoniale del titolare del contenuto del diritto di proprietà ablativo²⁶¹. L'applicazione riduttiva dell'art. 42, co. II, CI, è complementare quindi all'estensione dell'ambito applicativo previsto dal comma successivo.

²⁵⁹ Anche non si reputassero sufficienti i limiti formali rilevati in dottrina al potere di revisione laddove esercitato per emendare il contenuto dei diritti fondamentali (si veda P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 53), sarebbe di scarsa rilevanza la tesi che ritenga modificabile tale contenuto minimo per mezzo dell'esercizio di un potere di revisione costituzionale, non sapendo in definitiva cosa si potrebbe modificare per rendere più ampia la discrezionalità legislativa che connota la conformazione dei modi di acquisto, del godimento e dei limiti del diritto.

²⁶⁰ La tesi ripropone in definitiva l'opinione del Giannini, il quale riconosce il diritto di proprietà come un diritto fondamentale alla luce della Costituzione materiale (M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 459-460 e 465).

²⁶¹ Cfr. P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 465.

In secondo luogo si deve evidenziare l'attrazione nell'orbita dell'art. 42, co. III, CI, dello stesso concetto di funzione sociale, quale variabile per valutare in che misura l'indennizzo dovuto possa discostarsi dal valore di mercato del bene, quale punto di riferimento da prendere in considerazione nel procedimento ablatorio.

Nella giurisprudenza costituzionale vi sono state delle oscillazioni in merito alla conformità dei criteri individuati per stabilire l'entità dell'indennizzo. Il principio del serio ristoro, affermato in via generale, è stato applicato con differenti modalità.

In questo senso sono stati dichiarati incostituzionali dei criteri slegati dal «valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge»²⁶², seppur non debba essere corrisposto l'esatto valore venale dell'immobile²⁶³. Sulla base di quest'ultimo parametro la Corte dichiarò costituzionale l'art. 5-bis del Decreto-legge (DL) 11 luglio 1992, n. 333, *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359*, ma censurato dalla Corte di Strasburgo²⁶⁴. Proprio in ragione delle modificate contingenze storico-sociali - tra le quali la costituzionalizzazione degli obblighi internazionali ex art. 117, CI, come modificato dalla Legge Costituzionale, 18 ottobre 2001, n. 3 - la Corte ha ritenuto incostituzionale nel 2007 il medesimo provvedimento legislativo, riaffermando come il punto di riferimento affinché sia rispettato il principio di giusto ristoro del pregiudizio subito dal privato in conseguenza dell'esercizio del potere espropriativo sia costituito dal «valore di mercato del bene»²⁶⁵.

Nella sentenza citata la funzione sociale della proprietà si trasforma in una variabile posta all'interno del procedimento espropriativo, rendendo legittima, in virtù degli obblighi di solidarietà ex art. 2, CI, una diminuzione dell'integrità del patrimonio di chi subisce l'esproprio. Con tale operazione si riducono ad un

²⁶² Corte cost., 25 gennaio 1980, n. 5.

²⁶³ Cfr. Corte cost., 10-16 ottobre 1993, n. 283.

²⁶⁴ Sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di garanzia della proprietà e sulla vicenda giurisprudenziale che ha condotto alle sentenze della Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 24 ottobre 2007, n. 349, si veda F. MANGANARO, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, pp. 379-435.

²⁶⁵ Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348. In dottrina si veda A. MOSCARINI, *Proprietà privata e Costituzione dopo le sentenze della Consulta nn. 348 e 349 del 2007*, in *Diritto e società*, 2008, 4, pp. 669-687.

medesimo ambito applicativo i comma II e III dell'art. 42, CI che invece furono pensati come funzionalmente distinti.

Dalla giurisprudenza costituzionale si desume quindi un'espansione dell'art. 42, co. III, CI, complementare rispetto ad un'interpretazione restrittiva del rispettivo co. II. L'attrazione della funzione sociale nell'orbita dell'istituto ablatorio reintroduce un concetto di proprietà che viene pensato come limitato esternamente, confermato quindi, almeno per un proprio nucleo incomprimibile, come un diritto fondamentale²⁶⁶. In virtù di tale limite al potere conformativo, desunto dall'ordinamento giuridico costituzionale (o dall'interpretazione che si esso ne offre la Corte costituzionale attingendo al sentire sociale), il diritto di proprietà deve essere oggi sistematicamente ascritto tra i diritti legati alla persona²⁶⁷.

Nella CRFB, differentemente da quanto avviene nella CI, il diritto di proprietà è menzionato, assieme alla vita, alla libertà, all'uguaglianza e alla sicurezza, tra i diritti costituzionali inviolabili²⁶⁸. La garanzia della proprietà, seppur da contestualizzare nell'ambito di una riconosciuta funzione sociale²⁶⁹, si concreta sia nella riserva di legge prevista per la regolamentazione del procedimento di *desapropriação*²⁷⁰, sia nei limiti che il «*substantive due process of law*» pone a una compressione della libertà e dei poteri dei privati. I limiti sostanziali alla regolazione pubblica dei diritti e delle libertà dei proprietari - legittima nella misura in cui sia non-arbitraria e proporzionale - discendono tuttora da uno spazio individuale intangibile e garantito.

²⁶⁶ Cfr. A. LA TORRE, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale: dalla proprietà quiritaria alla funzione sociale*, in *Giust. civ.*, 2007, 12, p. 479-485.

²⁶⁷ La dottrina rileva un ulteriore elemento di conferma alla tesi nella risarcibilità, affermata dalla Cassazione, di un danno non patrimoniale a fronte di una ingiusta lesione del diritto di proprietà (Cassazione, 16 dicembre 2005, n. 27817). Cfr. R. CONTI, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, in *Danno e resp.*, 2006, 3, pp. 237-243.

²⁶⁸ Art. 5, CRFB.

Tutti sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di qualsiasi natura, garantendosi ai brasiliani e agli stranieri residenti nel Paese l'invulnerabilità del diritto alla vita, alla libertà, all'uguaglianza, alla sicurezza, alla proprietà.

²⁶⁹ La funzione sociale è menzionata sia negli inc. XXII e XXIII, art. 5, CRFB («è garantito il diritto di proprietà - la proprietà risponderà alla sua funzione sociale»), sia nell'art. 170 CRFB, che la menziona tra i principi generali dell'ordine economico.

²⁷⁰ Art. 5, XXIV, CRFB. Al fine di evitare fraintendimenti si preferisce mantenere il termine nella lingua originale. Il termine *espropriação* infatti indica non il procedimento ablatorio bensì il trasferimento coattivo senza indennizzo dei fondi sui quali viene accertata la coltivazione illegale di sostanza psicotrope (art. 243, CRFB).

La soluzione individuata dal Costituente evidenzia il persistere di differenti posizioni ideologiche rispetto al peso e alla natura del diritto di proprietà. La proposta di sistematizzare il diritto all'interno nell'ambito della regolazione delle relazioni economiche - soluzione adottata nelle Costituzioni di Italia e Portogallo e presa in considerazione nei lavori della Costituente - cedette in definitiva a fronte dell'influenza che la tradizione del costituzionalismo liberale ha sempre esercitato sull'esperienza giuridica brasiliana. Tale compromesso è stato criticato da quella dottrina²⁷¹ che ha rilevato una tensione tra la garanzia generalizzata degli interessi patrimoniali veicolati dall'inviolabilità della proprietà²⁷² e la protezione della dignità della persona umana²⁷³.

La socializzazione dell'istituto di proprietà costituisce infatti un punto di rottura rispetto ai principi del liberalismo giuridico profondamente radicati nell'esperienza giuridica nazionale a partire dalla codificazione del 1916²⁷⁴, e di cui la CRFB del 1988 reca ancora traccia. La progressiva socializzazione dell'istituto, avvenuta a partire dalla Costituzione del 1934²⁷⁵, e poi confluita nell'affermazione

²⁷¹ Si veda l'opinione di Silva, il quale critica la soluzione compromissoria adottata dal Costituente brasiliano, elogiando invece le Costituzioni italiana e portoghese. Cfr. J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, p. 273.

²⁷² Riportando le parole scritte da Josè Cretella Junior «nel testo del 1988 - come in quello del 1967 e del 1969 - la proprietà è il congiunto di tutto il patrimonio. [...] Quello che il testo garantisce è l'attribuzione dei diritti patrimoniali al suo titolare» (J. CRETELLA JUNIOR, *Commentario à Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, 1993, I, p. 300).

²⁷³ Il superamento di tale frizione viene sviluppata argomentativamente da una tendenza dottrinale orientata a un "uso alternativo del diritto", simile per alcuni versi al movimento italiano nato nel corso degli anni settanta. Sull'esperienza italiana si veda L. PEPINO, *Appunti per una storia di Magistratura Democratica*, in *Questione giustizia*, 2002, 1, pp. 111-145 e M. BARCELLONA, *L'idea del sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 724 e ss. Con riferimento alla più recente esperienza brasiliana si veda L. R. DE ANDREADE, *Introdução ao direito alternativo brasileiro*, Porto Alegre, 1996, D. S. CHAGAS (org.), *Lições de Direito Alternativo*, São Paulo, 1994, E. L. DE ARRUDA JUNIOR, *Introdução á sociologia jurídica alternativa*, São Paulo, 1993.

²⁷⁴ *Lei Federal*, 1 gennaio 1916, n. 3071.

²⁷⁵ La diffusione in Brasile di una teoria funzionale della proprietà si deve, da un lato, alla circolazione delle tesi del giurista Leon Duguit, dall'altro lato alla diffusione della dottrina sociale della Chiesa.

Il giurista francese tenne nel 1912 sei storiche conferenze a Buenos Aires. Nella teoria che ebbe modo di esporre, il diritto di proprietà non si sarebbe più dovuto considerare un diritto soggettivo - avente la propria legittimazione naturale nella libertà dell'individuo - bensì un diritto oggettivo, costituito dall'ordinamento in virtù di una funzione che attraverso di esso il soggetto avrebbe dovuto svolgere all'interno della società. Il passaggio da un diritto soggettivo, riconosciuto dall'ordinamento, ad un diritto oggettivo, costituito per legge, operò una destrutturazione dell'ordine posto a fondamento della proprietà nell'apparato ideologico liberalista. La proprietà non è un diritto soggettivo ma è un potere che l'ordinamento concede ad un soggetto su di un bene in una dimensione funzionale: in altri termini la proprietà non è un diritto bensì una funzione. Cfr. M. L. da COSTA, *A propriedade na doutrina de Duguit*, in *Revista forense*, 1954, n. 153, pp. 33-39.

della funzione sociale dell'istituto a partire dal 1967²⁷⁶, è riuscita solo parzialmente a incidere sul modello proprietario tramandato dalla tradizione civile, impermeabile e auto-sufficiente rispetto al regime costituzionale.

In ragione dell'autonomia del diritto civile rispetto al diritto pubblico, in dottrina si continuò a interpretare la figura della funzione sociale equiparandone il contenuto all'abuso di diritto. La funzione sociale, prima che permettere una conformazione dei poteri proprietari, legittima - a fronte della distrazione del bene alla sua naturale destinazione economica e sociale²⁷⁷ (elemento naturalistico che pare prescindere da procedimenti pubblici normativi) - un intervento pubblico ablatorio,

Parallelamente la dottrina sociale della Chiesa esercitò una grande influenza nel sostenere una trasformazione del concetto del diritto di proprietà. Da menzionare le Encicliche: *Rerum Novarum* (15 maggio 1891) di Leone XIII, *Quadragesimo Anno* (15 maggio 1931) di Pio XI, *Mater et magistra* (15 maggio 1961) di Giovanni XXIII e *Populorum progressio* (26 marzo 1967) di Paolo VI. La funzione sociale subordina l'interesse individuale alla collettività, al perseguimento del bene comune. Lo sviluppo della personalità umana esige l'integrazione del singolo nella comunità, cosa che deve riflettersi nel condividere i propri beni secondo le esigenze e le necessità del prossimo, restituendo alla comunità il frutto del proprio lavoro, l'uso fecondo dei beni. Cfr. T. DE ARAUJO, *Função social da propriedade*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, São Paulo, 1979, pp. 5 e ss.

²⁷⁶ La progressiva funzionalizzazione della proprietà è rilevabile confrontando le disposizioni che le differenti Costituzioni brasiliane le hanno dedicato, riportate di seguito.

Art. 179, XXII, *Constituição Política do Imperio do Brazil*, 25 marzo 1824.

È garantito il diritto di proprietà in tutta la sua assolutezza. Se per il bene pubblico si rende necessario l'uso di un bene di un cittadino, gli sarà corrisposto il suo valore con previo indennizzo.

Art. 72, XVII, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, 24 febbraio 1981.

Si riconosce il diritto di proprietà in tutta la sua assolutezza, fatto salvi i casi di *desapropriação* per necessità o utilità pubblica, mediante previo indennizzo.

Art. 113, XVII, *Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil*, 16 luglio 1934.

È garantito il diritto di proprietà, che non potrà essere esercitato in danno dell'interesse sociale o collettivo, nella forma che sarà determinata con legge. La *desapropriação* per necessità o utilità pubblica, sarà realizzata nei termini di legge, mediante previo e giusto indennizzo.

Art. 122, n. 14, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 10 novembre 1937

[La Costituzione garantisce] il diritto di proprietà, salvo i casi di *desapropriação* per necessità o utilità pubblica, mediante indennizzo previo. Il suo contenuto ed i suoi limiti saranno definiti nelle leggi che ne regoleranno l'esercizio.

Artt. 141, § 16, e 147, *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, 18 settembre 1946.

È garantito il diritto di proprietà, salvo i casi di *desapropriação* per necessità o utilità pubblica, o per interesse sociale, mediante previo e giusto indennizzo in denaro.

L'uso della proprietà sarà condizionato al benessere sociale. La legge potrà, nell'osservanza di quanto disposto nell'art. 141, § 16, promuovere la giusta distribuzione della proprietà offrendo un eguale opportunità a tutti.

Artt. 150, § 22 e 160, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 24 gennaio 1967.

È garantito il diritto di proprietà, salvo i casi di *desapropriação* per necessità o utilità pubblica o per interesse sociale, mediante previo e giusto indennizzo in denaro.

L'ordine economico e sociale ha come fine la realizzazione dello sviluppo nazionale e la giustizia sociale, avendo riguardo per i seguenti principi: [...] la funzione sociale della proprietà.

Art. 153, § 22, *Emenda constitucional*, 17 ottobre 1969, n. 1.

È assicurato il diritto di proprietà, salvo i casi di *desapropriação* per necessità o utilità pubblica o per interesse sociale, mediante previo e giusto indennizzo in denaro.

²⁷⁷ Cfr. T. DE ARAUJO, *Função social da propriedade*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 39, São Paulo, 1979, pp. 4.

nel pieno rispetto però del valore reale del bene sottratto al proprietario²⁷⁸. Questo è lo schema ravvisabile nell'applicazione giurisdizionale della funzionalizzazione sociale dell'istituto, nella quale il profilo garantista del diritto di proprietà prevalse rispetto al suo profilo funzionale, pur se introdotto a partire dagli anni Trenta²⁷⁹.

Solo a partire dalla Costituzione del 1988 è stata acquisita in dottrina una teoria sulla trasversalità del principio di legalità costituzionale rispetto all'ordinamento giuridico, alla luce della quale scardinare la separazione tra diritto pubblico e diritto privato²⁸⁰.

Ai due estremi della parabola disegnata dall'evoluzione del paradigma proprietario, fortemente influenzata dalla circolazione della dottrina italiana²⁸¹, vi è da un lato un diritto di proprietà civile, dall'altro lato un diritto di proprietà costituzionale conformato in virtù della sua funzionalità sociale.

Nel primo caso l'assolutezza, l'esclusività, la perpetuità del diritto di proprietà²⁸² non sono smentite né dalla funzione sociale, né dai tradizionali limiti esterni nei quali, in definitiva, essa viene ad essere assorbita. Le restrizioni - ossia i limiti previsti dalla legge - oltre alle servitù e all'espropriazione comprimono il

²⁷⁸ Nella giurisprudenza più datata, ma che comunque già doveva confrontarsi con la positivizzazione della funzionalizzazione del diritto, si veda STF, MS 333, 9 dicembre 1936, citato in P. DE MIRANDA, *Comentários à Constituição federal de 10 de novembro de 1937*, III, Rio de Janeiro, 1938, pp. 494-495.

²⁷⁹ Cfr. M. C. M. MOTTA, *Conceito constitucional de propriedade*, Rio de Janeiro, 1997, p. 101; A. H. BENJAMIN, *Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente*, in *Advocacia pública & sociedade*, 1998, 3, p. 693-79, disponibile in <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8691>, accesso 10 ottobre 2009.

²⁸⁰ Cfr. P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro, 1997; M. C. B. M. TEPEDINO, *A caminho de um direito civil constitucional*, in *Revista de direito civil imobiliar agrario empresarial*, 1993, 65, pp. 21-38; P. L. N. LÔBO, *Constitucionalização do direito civil*, in *Revista de informação legislativa*, 1999, 1, pp. 99-109.

²⁸¹ È difficile incontrare nella dottrina brasiliana uno scritto che, affrontando il tema proprietario, non riprenda gli esiti del dibattito sviluppatosi nella dottrina italiana.

Più precisamente, rispetto alla determinazione dei contenuti della funzione sociale della proprietà, si assumono come paradigmatiche le posizioni "tradizionaliste" di Barassi (L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pp. 28 e ss.), e quelle "progressiste" di Rodotà (S. RODOTÀ, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1957, pp. 124-146). Sono ampiamente circolate le tesi di Pugliatti (S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954). Oltre a Barassi, Pugliatti e Rodotà, nella bibliografia consultata vengono citati anche M. BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, 1999; G. ALPA, *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1988; G. ALPA, M. BESSONE, *Potere dei privati e statuto proprietario*, Padova, 1980; G. S. COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965; M. COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967; P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1970; F. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976.

²⁸² Cfr. W. de B. MONTEIRO, *Curso de direito civil*, III, São Paulo, 2000, pp. 82 e ss.; A. DE O. FARIA, *Propriedade - II*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 62, São Paulo, 1979, p. 155; P. FERREIRA, *Propriedade - I*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 62, São Paulo, 1979, p. 150.

carattere assoluto della proprietà, imponendo oneri o divieti alle facoltà di fruire, modificare, alienare il bene oggetto del diritto ma senza mutarne la natura²⁸³. L'esclusività cede il passo di fronte a ipotesi tipiche in cui si prevede la facoltà di utilizzare, temporaneamente o perpetuamente, un bene allo stesso tempo oggetto di un diritto di proprietà particolare. La perpetuità viene limitata dallo strumento pubblico della *despropriação*, nel momento in cui ricorrano i presupposti identificati nella necessità o nella utilità pubblica e nell'interesse sociale²⁸⁴. Ma i limiti imposti per il perseguimento di interessi pubblici o nel rispetto di diritti proprietari terzi vengono compresi come limiti esterni, in conformità alla teoria dell'elasticità del dominio²⁸⁵.

Dall'altro lato vi è la proprietà costituzionale, che non può più essere compresa - in virtù della funzionalità sociale quale principio generale dell'ordine economico *ex art. 170, CRFB* - all'interno di una teoria dei limiti²⁸⁶. La costituzionalizzazione della funzione sociale, come principio generale dell'ordine economico, ha spostato il baricentro della discussione dalle ipotesi tipiche, affermatesi come limite esterno, ad un più ampio e profondo coinvolgimento della struttura dell'istituto proprietario²⁸⁷, non riducibile all'individuazione di una «miniproprietà»²⁸⁸.

²⁸³ Per risolvere la contraddizione insita nell'affermare come assoluto il diritto di proprietà - seppur ne fosse già stata positivizzata la funzione sociale dalla *Lei federal*, 30 novembre 1964, n. 4504, *Estatuto da terra* (con specifico riferimento alla proprietà agraria) e dalla Costituzione del 1967 - in dottrina si è sostenuto come l'assolutezza corrispondesse alla natura reale del diritto (cfr. A. DE O. FARIA, *Propriedade - II*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 62, São Paulo, 1979, p. 155).

²⁸⁴ J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, pp. 282 e ss.

²⁸⁵ Cfr. W. de B. MONTEIRO, *Curso de direito civil*, III, São Paulo, 2000, pp. 82 e ss.

²⁸⁶ Secondo Silva «la funzione sociale della proprietà non si confonde con il sistema di limitazioni alla proprietà. Queste si riferiscono all'esercizio del diritto da parte del proprietario; quella alla struttura del diritto stesso, alla proprietà. [...] Infine la funzione sociale si manifesta nella configurazione strutturale del diritto di proprietà, ponendosi concretamente come elemento qualificante la pre-determinazione dei modi di acquisto, di godimento e di utilizzazione dei beni. [...] Per questo si deve concludere che il diritto di proprietà (dei mezzi di produzione specialmente) non può più essere considerato come diritto soggettivo. L'inserimento del principio della funzione sociale, senza impedire l'esistenza dell'istituto, ne modifica la natura, indi per cui, come abbiamo già avuto modo di dire, dovrebbe essere prevista appena come istituzione di diritto economico» (J. A. DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004, pp. 284 e ss).

²⁸⁷ Di un «potere funzione» parla R. R. RIOS, *A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária*, in L. PAULSEN (org.), *Desapropriação e reforma agrária*, Porto Alegre, 1997, pp. 19-20.

²⁸⁸ G. TEPEDINO, *Contornos constitucionais da propriedade privada*, in G. TEPEDINO (org.), *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, 1999, p. 286.

Tale modificazione è stata in parte accolta nella riformulazione dell'articolo dedicato, nel nuovo Codice civile (c.c.), alla proprietà, che se permette l'esercizio di poteri e facoltà «in consonanza con le sue finalità economiche e sociali»²⁸⁹ ed in vista di interessi di natura ambientale, riafferma al contempo una certa distanza rispetto alla funzionalizzazione sociale del modello costituzionale. Seppur debba essere sottolineato un approfondimento del momento relazionale nell'istituto²⁹⁰, la sostituzione della formula «funzione sociale della proprietà» con «le finalità sociali ed economiche proprie dell'esercizio del diritto» introduce una distinzione tra i due concetti, utile per depotenziare il bagaglio argomentativo stratificatosi nell'interpretare la funzione sociale della proprietà.

Tra gli istituti proprietari menzionati dalla CRFB merita particolare attenzione la proprietà agraria²⁹¹. L'art. 186, CRFB, individua il rispetto della funzione sociale della proprietà agraria nel concorrente sussistere di quattro requisiti. L'esercizio dei poteri proprietari deve garantire uno sfruttamento adeguato e razionale del suolo, l'utilizzazione consona delle risorse naturali avendo come fine la

²⁸⁹ Art. 1.228, *Lei Federal*, 10 gennaio 2002, n. 10406, che istituisce il nuovo Codice civile.

Il proprietario ha la facoltà di usare, godere e disporre della cosa, e il diritto di riottenerla da chiunque la possieda o detenga ingiustamente.

§ 1 Il diritto di proprietà deve essere esercitato in conformità alle sue finalità economiche e sociali, di modo che siano preservate, in osservanza a quanto stabilito con legge speciale, la flora, la fauna, le bellezze naturali, l'equilibrio biologico e il patrimonio storico-artistico, e di modo che si eviti l'inquinamento delle acque e dell'aria.

²⁹⁰ Cfr. J. MARTINS-COSTA, *Diretrizes teóricas do Novo Código civil brasileiro*, São Paulo, 2002.

²⁹¹ Sulla proprietà agraria e la sua funzione, si veda in generale M. C. MOLINA, J. G. DE SOUSA JR, F. DA C. TOURINHO NETO (orgs.), *Introdução crítica ao direito agrário*, São Paulo - Brasília, 2002; J. T. ALFONSIN, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*, Porto Alegre, 2003; J. H. BENATTI, *Posse agroecológica e manejo florestal*, Curitiba, 2003; F. C. DE CAVEDON, *Função social e ambiental da propriedade*, Florianópolis, 2003; L. E. FACHIN, *Da função social da terra à causa justificativa do direito de propriedade imobiliária (uma perspectiva da justiça e da cidadania contemporâneas)*, in *Revista brasileira de direito comparado*, 1999, pp. 96-104; L. DE S. GODOY, *Direito agrário constitucional - o regime da propriedade*, São Paulo, 1998; R. E. GRAU, *Função social da propriedade (direito econômico)*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 39, São Paulo, 1979, pp. 16-27; G. T. LIMA, *A posse agrária sobre bem imóvel*, São Paulo, 1992; E. V. MANSO, *A função social da propriedade do solo rural*, in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário, empresarial*, 1989, 52, pp. 109-112; A. J. DE MATTOS NETO, *Função social da propriedade agrária: uma revisão crítica*, in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário, empresarial*, 1995, 76, pp. 72-76; M. H. F. DE MENDOÇA, *Uso e posse da terra: aspectos sociais e jurídicos*, in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário, empresarial*, 1993, 60, pp. 40-65; M. C. M. MOTTA, *Conceito constitucional de propriedade*, Rio de Janeiro, 1997; R. R. RIOS, *A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária*, in L. PAULSEN (org.), *Desapropriação e reforma agrária*, Porto Alegre, 1997, pp. 19-20; L. STEFANINI, *Propriedade agrícola*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 62, São Paulo, 1979, pp. 181-183; M. D. VARELLA, *Introdução ao direito da Reforma Agrária - o direito face aos novos conflitos sociais*, São Paulo, 1998.

conservazione dell'ambiente, il rispetto delle disposizioni che regolano le relazioni di lavoro, la promozione del benessere del proprietario e dei lavoratori.

Trattasi di un complesso equilibrio nel quale si riconosce e si sintetizza la rilevanza giuridica di interessi di natura non-individuale, tra i quali la destinazione produttiva dell'immobile, in conformità al rispetto di obblighi e divieti imposti per la tutela dell'ambiente e delle risorse naturali sia sotto un profilo gestionale, sia conservativo. Il rispetto della regolazione pubblica delle relazioni tra impresa e lavoro, sia questo svolto nelle forme della subordinazione o del contratto di impresa, è elemento costitutivo di un equilibrio tra ragioni della proprietà e ragioni del lavoro, sintetizzato nella promozione del benessere delle parti sociali coinvolte nell'esercizio di attività economica cui la proprietà agraria è destinata.²⁹²

Al venir meno di uno dei requisiti individuati indirettamente dall'art. 186, CRFB per mezzo di un generico rimando alla legislazione ambientale e lavorista, vi è la possibilità per la pubblica amministrazione di procedere alla *desapropriação* dell'immobile per interessi sociali, finalizzata alla riforma agraria. Tale specifico procedimento ablatorio viene qualificato in dottrina per un proprio profilo sanzionatorio, in quanto l'indennizzo - a differenza di quello ordinariamente previsto, pari al valore dell'immobile e corrisposto previamente in denaro²⁹³ - è erogato per mezzo di titoli del debito pubblico²⁹⁴.

La correlazione tra il mancato rispetto della funzione sociale - ossia l'infrazione dell'insieme di obblighi e doveri ricadenti sulla posizione proprietaria in virtù dei dispositivi legali che configurano la funzionalità sociale dell'istituto - e il trasferimento ablatorio dell'immobile, anche se effettuato con modalità in parte

²⁹² Il razionale sfruttamento, il rispetto della legislazione ambientale e gius-lavorista sono elementi che avrebbero dovuto dare contenuto tecnico alla funzione sociale, configurando quindi lo statuto della proprietà agraria.

La conflittualità che ha caratterizzato il dibattito in costituente ha portato all'adozione però di un dispositivo connotato da una latente contraddizione, risultata poi evidente nell'implementazione infra-costituzionale. L'art. 185, CRFB, infatti vieta la *desapropriação* per fini di riforma agraria di immobili produttivi. La *Lei federal* 25 febbraio 1993, n. 8629, definendo i criteri di produttività, più che dare applicazione all'art. 186, CRFB, estende gli ambiti nei quali non esso trova applicazione *ex art.* 185, CRFB, rendendo marginali le funzioni ambientale e lavorista invece ivi contemplate. Attraverso l'applicazione estensiva di una deroga si è giunti ad una parziale neutralizzazione del principio funzionale statuito.

²⁹³ Art. 5, XXIV, CRFB.

²⁹⁴ Art. 184, CRFB, regolamentato con *Lei complementar*, 6 luglio 1993, n. 76 come modificata dalla *Lei complementar* 23 dicembre 2006, n. 88; rilevano inoltre gli artt. 18-23, *Lei federal*, 30 novembre 1964, n. 4504 e la *Lei federal* 25 febbraio 1993, n. 8629.

penalizzanti rispetto alle ipotesi ordinarie, evidenza in che misura si siano sovrapposti in un'ottica di complementarità strumenti finalizzati a obiettivi differenti. Se la funzione sociale si caratterizza per essere originariamente destinata a regolare il diritto di proprietà sulla base di un potere di *imperium*, si dovrebbe poter prescindere dunque dalla titolarità pubblica del bene per il raggiungimento del fine meta-individuale che dà fondamento giuridico alla regolazione delle relazioni interprivate. La collocazione sistematica del diritto di proprietà tra i diritti fondamentali si traduce nella generale garanzia giurisdizionale dell'entità patrimoniale del proprietario, che, oltre a non venire smentito dalle specifiche modalità in cui è disciplinata la *desapropriação* per fini di riforma agraria, marginalizza il concetto di funzione sociale come elaborato, sulla base del dispositivo costituzionale, dalla dottrina più sensibile. È stata sostenuta la tesi per cui al venir meno della funzionalità sociale non si dovesse procedere all'indennizzazione, venendo a cadere il fondamento giuridico che precede il riconoscimento del diritto stesso e, quindi, la sua tutela giurisdizionale²⁹⁵. Ma dal dato positivo e nella prassi applicativa, la tensione tra la proprietà come diritto inviolabile della persona e diritto funzionalmente conformato, si risolve senza ombra di dubbio a favore del profilo garantista, che svuota di significato la funzionalizzazione sociale del diritto anche qualora se ne assuma quel significato minimo attribuibile in termini di limiti esterni all'esercizio del diritto.

In questo senso deve essere menzionato il pacifico orientamento giurisprudenziale che impone la corresponsione di un indennizzo orientato al valore di mercato dell'immobile espropriato²⁹⁶. Tale compensazione copre anche i contenuti

²⁹⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Perfis do direito civil, introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro, 2002. Sull'articolazione della relazione tra violazione della funzione sociale e caducazione del fondamento giuridico alla garanzia giurisdizionale del diritto di proprietà si veda F. TOURINHO NETO, *Indenização no processo expropriatório*, in *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, 2003, 6, p. 26; G. TEPEDINO, A. SCHREIBER, *A garantia da propriedade no direito brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 2005, 6, p. 105.

²⁹⁶ L'art. 12, *Lei federal* 25 febbraio 1993, n. 8629, come modificato dalla *Medida Provisória* 24 agosto 2001, n. 2183-56, definisce il giusto indennizzo in termini di prezzo di mercato, da calcolare però "artificialmente" dalla pubblica amministrazione sulla base della vocazione agricola dell'immobile, della sua localizzazione e dello stato in cui versano le strutture dell'immobile. La volontà della pubblica amministrazione di procedere all'esproprio di una serie di immobili in una zona produce, a partire dal momento in cui la notizia diviene pubblica, un aumento del loro valore. Al fine di prevenire tale fenomeno si giunge al paradosso per cui la pubblica amministrazione, pur dovendo corrispondere un indennizzo pari al valore di mercato (assunto in quanto ritenuto giusto), ne determina in definitiva l'entità sulla base di criteri autonomi e oggettivi (come se fosse possibile

del diritto di proprietà resi economicamente non fruibili dall'imposizione di limiti amministrativi (considerati come limiti esterni). Nelle parole cristalline del Ministro Alves: «la circostanza che il proprietario non possa sfruttare il manto forestale esistente nell'immobile, in forza di un divieto contemplato dal Codice forestale, non dispensa l'espropriante dall'obbligo di indennizzarlo per il valore che tale manto boschivo possiede»²⁹⁷.

Nel pronunciarsi circa l'entità di un indennizzo dovuto in seguito all'istituzione di una specifica tipologia di area protetta - denominata *Estação ambiental* e incompatibile con titolo privato - il STF affermò due principi. Nella fattispecie concreta l'ecosistema che si sarebbe tutelato - la *Mata Atlântica* - è qualificato dalla Costituzione stessa come patrimonio nazionale²⁹⁸. È condivisibile l'opinione che non considera tale affermazione di principio sufficiente a trasferire, per legge (o meglio per Costituzione), la titolarità da mano privata a ente pubblico di tutte le proprietà interessate dagli ecosistemi casisticamente menzionati. Tale opinione è condivisibile perché in seguito alla funzionalizzazione sociale del diritto di proprietà la pubblica amministrazione può esercitare - prescindendo quindi dall'essere titolare di un diritto dominicale - una conformazione dei singoli poteri proprietari, nell'osservanza della riserva di legge, al fine di perseguire finalità ambientali. Considerando come la tipologia di area protetta istituita con atto amministrativo prevedesse obbligatoriamente la *desapropriação* dell'area, la questione non potrebbe non riflettersi nella quantificazione dell'indennizzo. Differente però l'opinione espressa dal STF, nella quale emerge un'impermeabilità del diritto di proprietà, contemplato nella sua astrattezza, rispetto alla natura del bene, non per come essa è desumibile ontologicamente, ma per come essa viene giuridicamente qualificata in virtù di procedimenti deliberativi pubblici. La prevalenza del profilo garantista del diritto di proprietà viene riaffermata nel momento in cui si statuisce, in termini generali, l'obbligo di corrispondere l'indennizzo laddove «l'attività pubblica, decorrente dall'esercizio di competenze in materia forestale, impedisce o diminuisce il legittimo sfruttamento economico

considerare il fenomeno speculativo come estraneo al naturale meccanismo del mercato, o una sua distorsione).

²⁹⁷ Apud O. MENEZES, *Anotações sobre a indenização da cobertura florestal na desapropriação agrária*, in AA. VV., *Desapropriação: doutrina & jurisprudência*, Brasília, 2005, p. 33.

²⁹⁸ Art. 225, § 4, CRFB.

dell'immobile da parte del proprietario»²⁹⁹. L'affermazione, che a nostro avviso enuncia un principio tuttora vigente nell'ordinamento brasiliano, non considera in primo luogo la natura generale o particolare degli atti da cui discende l'attività conformativa e, in secondo luogo, la qualificazione giuridica della natura dell'immobile³⁰⁰. Viene riproposto in definitiva un limite invalicabile ai poteri conformativi che riaffermano la centralità della logica proprietaria. In altre parole la funzione della proprietà può essere garantita solo per mezzo dell'esercizio dei poteri proprietari da parte di un ente pubblico in ragione del titolo dominicale acquisito in seguito a procedimento ablatorio³⁰¹. La stessa affermazione generale pone in dubbio la compatibilità di vincoli previsti dalla legislazione forestale con il titolo privato della proprietà³⁰², dipendendo la natura ablatoria del provvedimento dalla maggior o minor incidenza sul contenuto economico del diritto.

²⁹⁹ STF, *I Turma*, RE 134297-8/SP, *Rel.* Celso de Mello, 13 giugno 1995. Di tenore analogo STF, *I Turma*, AI 369469-6/SP, *Rel.* Eros Grau, 31 agosto 2004; STF, *I Turma*, AI 529598-0/SP, *Rel.* Sepúlveda Pertence, 18 aprile 2006; STF, *II Turma*, AI 677647-2/AMAPA, *Rel.* Eros Grau, 20 maggio 2008.

³⁰⁰ La natura generale dei vincoli posti alla proprietà urbana esclude, secondo Silva, l'indennizzo del proprietario. In questo senso anche nella dottrina brasiliana si rileva un'incidenza della natura particolare o generale dell'intervento conformativo ai fini della sua indennizzabilità. Tale affermazione viene parzialmente smentita, in quanto il superamento dei limiti individuati da un contenuto normale del diritto, in relazione alla natura (quindi economica) del bene, impone l'indennizzo e la riparazione del pregiudizio subito dall'ex-proprietario (poiché trattasi di *desapropriação indireta*, ossia espropriazioni non traslative), prescindendo dalla natura generale dei vincoli apposti. Cfr. J. A. DA SILVA, *Direito urbanístico brasileiro*, São Paulo, 2008, pp. 403 e ss. Alle medesime conclusioni giunge J. H. BENATTI, *Direito de propriedade e proteção ambiental no Brasil: apropriação e o uso dos recursos naturais no imóvel rural*, Tesi presentata come requisito parziale per il conseguimento del titolo di *Doutor em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Orientador: Dr. David Gibbs McGrath*, Belém, 2003, *ined.* p. 169 e ss.

³⁰¹ Se, teoricamente, gli strumenti per perseguire la funzionalizzazione sociale dei poteri e delle facoltà che spettano al proprietario dovrebbero essere costituiti dagli obblighi e dagli oneri posti in essere rispetto a determinate classi di beni o di soggetti, in concreto la funzione sociale viene perseguita attraverso la *desapropriação* (Cfr. J. A. DA SILVA, *Direito urbanístico brasileiro*, São Paulo, 2008, pp. 425-432). A nostro avviso è doveroso rilevare un'incongruenza logica nella sovrapposizione tra i due istituti, che, come si è già osservato, vennero pensati e dovrebbero esserlo tuttora, come funzionalmente differenti.

³⁰² La *Lei federal* 15 settembre 1965, n. 4771, istituì specifici vincoli all'esercizio dei poteri proprietari, teoricamente apposti senza necessità di indennizzo (cfr. A. H. BENJAMIN, *Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente*, in *Advocacia pública & sociedade*, 1998, 3, p. 693-79, disponibile alla pagina <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8691>, accesso 10 ottobre 2009). Trattasi delle *Áreas de Preservação Permanente* - destinata a preservare il manto boschivo per prevenire i rischi idrogeologici e perseguire la tutela del suolo - e della *Reserva legal florestal* - che impone il mantenimento o la reintegrazione del manto boschivo su una porzione di ogni immobile rurale, variabile a seconda della sua localizzazione.

Il primo strumento è stato equiparato dalla *Lei federal* 31 agosto 1981, n. 6938, alle *Reservas ecológicas* (istituite su suolo pubblico) e alle *Estações ecológicas* (compatibili con titoli dominicali privati). La *Reserva ecológicas* è strumento tuttora previsto nella legge che ha riformato

In conclusione, dovendosi sintetizzare un primo elemento centrale nella configurazione dell'istituto proprietario nelle due Costituzioni, è possibile evidenziare una tensione tra il concetto unitario del diritto di proprietà e la sua frammentazione in una pluralità di istituti, come desumibile dal dato positivo.

La tensione tra unità del diritto e molteplicità degli istituti denota quindi un conflitto tra concetti proprietari, da porre in relazione alle differenti funzioni assunte dal diritto in una sistematica costituzionale posta. Attraverso due modelli si analizzerà la funzione attuale del diritto di proprietà nella CI e nella CRFB, valutando in che misura e in che termini essa possa essere ritenuta coerente rispetto al programma desunto per mezzo del concetto di forma di Stato nei rispettivi sistemi costituzionali.

4. Modelli e funzioni delle proprietà negli ordinamenti italiano e brasiliano

La funzione sociale dell'istituto di proprietà, come elemento interno alla sua struttura che permette la sua declinazione in diversi statuti proprietari, differisce dalla funzione assunta dal diritto nel sistema costituzionale. Quest'ultima può essere compresa utilizzando due modelli, che evidenziano rispettivamente la funzione politica o economico-sociale assunta dal diritto di proprietà nell'età moderna³⁰³. La funzione politica e la funzione economico-sociale sono, sociologicamente, due facce di una stessa medaglia, essendo difficile scindere i due aspetti, sì che l'una si coordina all'altra negli equilibri sociali raggiunti attraverso la regolazione dell'appropriazione. Ma nonostante ciò, il riferirsi a tali modelli risulta utile

organicamente la materia delle aree protette (*Unidades de conservação*), *Lei federal* 18 luglio 2000, n. 9985.

L'indennizzabilità del manto boschivo vincolato per mezzo degli strumenti ora menzionati, nel procedimento per l'istituzione di una *Unidade de Conservação*, fu oggetto di dibattito nella elaborazione del progetto di legge dal quale venne poi licenziata la *Lei federal* 18 luglio 2000, n. 9985. La non indennizzabilità, originariamente introdotta nel progetto di legge, subì il veto del Presidente della Repubblica, in quanto avrebbe incentivato lo sfruttamento predatorio delle medesime aree prima della istituzione dell'Unità. Sulla tribolata vicenda che caratterizzò la promulgazione della *Lei federal* 18 luglio 2000, n. 9985, si veda M. MERCADANTE, *Uma década de debate e negociação: a história da elaboração da Lei do SNUC*, in A. H. BENJAMIN (coord.), *Direito ambiental das áreas protegidas*, Rio de Janeiro, 2001, pp. 190-231.

³⁰³ Sul regime del diritto di proprietà come risultante dalla competizione tra differenti formanti di natura politica, culturale e tecnico-giuridica, si veda U. MATTEI, *Proprietà*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 439.

nell'individuare quella dimostratasi prevalente nell'informare il sistema costituzionale della proprietà in un ordinamento giuridico.

La funzione politica della proprietà si estrinseca in un concetto pensato per definire - nelle proprie premesse politico-filosofiche - l'autonomia dell'individuo rispetto allo Stato-comunità³⁰⁴, ossia al potere pubblico o privato alternativamente espressione di *imperium* o di autonomia privata. I rapporti che si consolidano attraverso il diritto di proprietà determinano lo *status* del soggetto nell'ordinamento giuridico e la sua libertà rispetto al potere giuridico, sia esso pubblico o privato.

Tale concetto del diritto di proprietà si ispira ad un «modello dominativo»³⁰⁵, egemonico nelle dottrine liberali del XIX secolo³⁰⁶, nel quale si istituisce un saldo legame tra il fondamento di ogni posizione dominicale e la volontà dell'individuo come soggetto agente. Tale operazione venne compiuta valorizzando una libertà riconosciuta su premesse gius-naturalistiche³⁰⁷, o l'autonomia che esteriorizza il primato della dignità morale della persona³⁰⁸. In entrambi i casi la fondazione di un modello dominativo fu operazione culturale che si avvale del recupero del diritto romano classico quale espressione storica di principi razionali³⁰⁹.

³⁰⁴ Cfr. P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 461.

³⁰⁵ P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, II, p. 862.

³⁰⁶ M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, Torino, 1993.

³⁰⁷ Il «dogma giusnaturalistico» deve parte della propria persuasività alle dottrine economiche che nel «modello razionalista» vedevano non solo un elemento di progresso economico e sociale (come viene evidenziato da R. SACCO, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968, pp. 19 e ss.), ma anche «la connessione tra pratica di governo e il regime di verità» (M. FOUCAULT, *Nascita della Biopolitica*, Milano, 2005, p. 37). In questo senso Foucault evidenzia il ruolo assunto dalla nascita dell'economia politica, scienza avente ad oggetto l'interazione tra la pratica di governo e l'economia, da cui desumere i meccanismi naturali che il potere politico avrebbe dovuto rispettare affinché il mercato divenisse «strumento di veridizione» (M. FOUCAULT, *Nascita della Biopolitica*, Milano, 2005, pp. 38-39).

³⁰⁸ La persona si realizza nella proprietà «libera e piena». Cfr. F. DE SANCTIS, *Proprietà privata e società moderna: Hegel e Stein*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, pp. 105-163. Come evidenziato da Sacco, la giustificazione gius-naturalista venne maggiormente sottolineata nelle elaborazioni concettuali di scuola francese, mentre la tutela dell'appropriazione in ragione dell'espansione della dignità morale della persona venne assunta dalla scuola tedesca sul finire del XIX secolo. Cfr. R. SACCO, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968, pp. 25 e ss. Sul concetto di persona nella «tradizione cristiano-germanica», si veda F. DE SANCTIS, *Proprietà privata e società moderna: Hegel e Stein*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, I, p. 160.

³⁰⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 67; G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, I, Torino, 1959, p. 49 e ss.

Nell'ordine liberale la proprietà garantiva giuridicamente la libertà e l'autonomia dell'individuo nel progetto sociale che trovò concreta pregnanza giuridica nelle codificazioni ottocentesche³¹⁰. Essa segnava il confine tra il pubblico e il privato, ed i limiti oltre i quali si sarebbe sancita l'illegittimità di un esercizio della sovranità in conflitto con l'illimitatezza del diritto, o l'illiceità di un potere privato destinato ad infrangersi all'impatto con l'esclusività del diritto. Non a caso proprietà e sovranità erano concetti fungibili in ambiti disciplinari complementari e non gerarchizzati³¹¹: privato la prima, pubblico la seconda, sintetizzando in termini simili il fondamento giuridico dell'esercizio di un potere e i limiti a cui esso era costitutivamente sottoposto³¹².

Le premesse su cui riposa il modello dominativo si riflettono sulla struttura del diritto e sulla sua qualificazione. Nella sua qualificazione con riferimento all'inviolabilità e alla sacralità sancite nelle Costituzione ottocentesche in ragione della compartecipazione del diritto di proprietà alla sostanza immateriale e materiale di cui esso è diretta emanazione: la persona che si fa corpo ed il corpo che si trasforma in cose appropriate. Nella struttura con riferimento ai limiti conosciuti *ab origine* dalla trasposizione in termini giuridici del modello proprietario dominativo, seppur occultati dall'ideologia liberale³¹³ nel ricostruire l'assolutezza del diritto di proprietà sulla base di quella «proprietà romana o, se si vuole, napoleonica» assunta come «schema ideale della proprietà, rispetto al quale noi misuriamo l'esistente ed il contenuto dei vincoli»³¹⁴. Questi stessi limiti vennero teoricamente predisposti in quanto necessari per garantire l'esercizio paritetico dei medesimi poteri che,

³¹⁰ Il tradizionale binomio proprietà-libertà viene riproposto, nella dottrina civilista italiana, seppur non recente, almeno contemporanea, da L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pp. 34 e ss.

³¹¹ Riguardo l'equiparazione, nello Stato liberale ottocentesco, tra Costituzione - quale legge fondamentale di organizzazione dello Stato e dei poteri da esso esercitato rispetto ai cittadini - e codice - quale legge fondamentale nelle relazioni inter-private - si veda G. SOLARI, *Individualismo e diritto privato*, I, Torino, 1959, p. 57. Sulla relazione tra proprietà e sovranità si veda Barassi, per il quale «la "sovranità" dello Stato è concepita come piena indipendenza, come posizione suprema esplicitantesi in una potestà di governo che è sovrana, una potestà autoritaria. E nello stesso modo la proprietà è come riflesso della libertà: un presupposto fondamentale, quest'ultima, sul quale ho sin da principio richiamato l'attenzione come giustificazione della proprietà privata» (L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pp. 34-35).

³¹² Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 91.

³¹³ Cfr. M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, Torino, 1993, p. 169, S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 94.

³¹⁴ R. SACCO, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968, p. 117.

astrattamente, la proprietà riconosceva a tutti i proprietari³¹⁵. Proprio sull'identità - come sovrapposibilità e coincidenza delle posizioni soggettive³¹⁶ - delle posizioni individuali proprietarie si fondò l'universalismo di un progetto nella forma, certamente non nella sostanza, egualitario³¹⁷. In altre parole tali limiti riflettono la funzione politica che l'istituto era chiamato a svolgere nella sistematica del costituzionalismo ottocentesco. Essi erano concepiti quale necessario compendio alla finalità sottesa all'ordinamento liberale: garantire i medesimi diritti fondamentali riconosciuti su premesse gius-naturalistiche.

La teoria dell'abuso del diritto³¹⁸, come formulata nella tradizione civile di scuola francese, legittima una limitazione esterna generale del diritto di proprietà particolare³¹⁹ necessaria alla garanzia di tutti i proprietari³²⁰. In questa prospettiva si comprende la funzione garantista dello Stato che, oltre a tutelare la proprietà, permetterebbe un equilibrio sociale raggiunto regolando i conflitti proprietari sulla

³¹⁵ Il limite cui ci si riferisce è un elemento costitutivamente legato alle premesse teoriche sulle quali il modello dominativo si affermò. Questo stesso limite al diritto di proprietà, come diritto naturale, è parzialmente differente rispetto ai molti limiti contingenti posti invece, negli anni successivi alla codificazione, all'istituto. Sui limiti alla proprietà negli anni successivi alla promulgazione del codice napoleonico, si veda R. SACCO, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968, pp. 113 e ss., S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 119. Differenti sono però le premesse assunte per comprendere tali limiti. Se in Sacco se ne evidenzia l'eccezionalità in una prospettiva derogatoria, in Rodotà si sottolinea la continuità tra assolutezza declamata nella codificazione e limiti individuati nella legislazione speciale. Solo una sensibilità contemporanea carica la contrapposizione tra codice e legislazione speciale con i tratti della discontinuità, che Rodotà non ravvede nell'esperienza francese post-codificazione.

³¹⁶ Cfr. A. BIXIO, *Proprietà e appropriazione, individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali*, Milano, 1988.

³¹⁷ In questo senso nella rivoluzione francese la «difesa della persona umana fu in definitiva strumentalizzata al fine di raggiungere situazioni economiche di privilegio; la dichiarazione dei diritti costituì non la difesa del cittadino o dell'uomo, ma soltanto la difesa dei diritti del cittadino francese: ma non tutti gli uomini non erano cittadini e non tutti i cittadini avevano pari dignità» (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 33).

³¹⁸ Cfr. M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, Torino, 1957, pp. 95-96.

³¹⁹ Nel momento in cui la dottrina dovette confrontarsi forzatamente con il concetto di funzione sociale, fu attraverso la teoria dell'elasticità del dominio che si mantenne inalterato il modello proprietario pur a fronte del moltiplicarsi quantitativo e all'aumento qualitativo del controllo pubblico sui poteri dei proprietari (cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 124). Tale posizione è ancora presente in dottrina, nonostante nel presente lavoro si sia adottata la tesi di Rodotà, che intravede nella funzione sociale un elemento interno all'istituto e capace di conformarne la struttura in un "modo d'essere" del diritto. La debolezza di una teoria che concepisce la funzione come limite è acutamente rilevata da Sacco, il quale le addebita un travisamento della corretta posizione dei termini nei quali la questione deve essere posta: sarebbe il limite, e non la proprietà funzionalizzata, a svolgere una funzione sociale (cfr. R. SACCO, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968, p. 79).

³²⁰ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 75.

base di standard comportamentali flessibili e resi giuridicamente rilevanti per mezzo di clausole generali (la normale tollerabilità *ex art.* 844, c.c. italiano). Si è lontani dal veicolare degli “interessi non proprietari”, che non venivano ancora ritenuti così rilevanti da modificare la gerarchia dei valori posti a fondamento dell’organizzazione sociale. Per le stesse ragioni legittima è l’insoddisfazione provata dalla dottrina nel momento in cui, in tempi successivi, la stessa teoria venne proposta per comprendere la socializzazione dell’istituto³²¹. Differenti erano i problemi, differenti gli strumenti concettuali da elaborare per rispondere alle pressioni del conflitto sociale.

Il modello dominativo trova nella proprietà individualista, consacrata a partire dal codice napoleonico nelle codificazioni continentali, la base storica sulla quale fondare la propria narrativa trasmessa in una lettura ideologica della rivoluzione francese. Tale narrativa sopravvisse al naturale processo di storicizzazione della «rivoluzione liberale»³²² e degli istituti in cui essa trovò una pedissequa traduzione in termini giuridici. Non è errato quindi pensare come un «retaggio culturale» la commistione tra posizioni che dovrebbero essere considerate meramente patrimoniali e i veri diritti della personalità³²³. La resilienza del modello dominativo venne sicuramente permessa anche dalla sua circolazione nei contesti “periferici” del «sistema mondo»³²⁴ ascrivibili alla tradizione di *civil law*, essendo il più delle volte assunto nei progetti di codificazione approntati dalle *élite* nazionali per introdurre nella modernità giuridica paesi extra-europei candidatisi al processo di civilizzazione³²⁵ e di modernizzazione³²⁶. Ma accanto a questi fenomeni, vi sono anche attualissimi processi di rifondazione di un modello dominativo.

³²¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 75, che rileva nella teoria della funzione sociale della proprietà come limite esterno una «chiara ambivalenza ideologica», non sapendo in definitiva se gli interessi tutelati siano interessi sociali o meri interessi proprietari.

³²² Cfr. SACCO, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all’Università di Pavia nell’anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968, pp. 52-53.

³²³ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 119. Tale commistione produce una sovrapposizione tra le categorie dell’essere e dell’avere, quali criteri sulla base dei quali definire una gerarchia delle posizioni giuridiche soggettive protette in quanto inerenti alla persona. Cfr. P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 154 e ss.

³²⁴ Sul concetto di «sistema mondo» si veda I. M. WALLERSTEIN, *World-systems analysis: an introduction*, London, 2004, pp. 16-17.

³²⁵ Sulla sovrapposizione semantica tra modernità e civiltà, si veda I. WALLERSTEIN, *Geopolitica e geocultura*, Trieste, 1999, pp. 217 ss. Sul concetto di «processo civilizzatore», si veda Z. BAUMAN, *Modernità e olocausto*, Bologna, 1992, pp. 49 e ss., il quale ne riassume il contenuto nella «soppressione delle spinte irrazionali e fondamentalmente anti-sociali, e la graduale ma costante eliminazione della violenza dalla vita sociale (più precisamente la concentrazione della violenza sotto

Le dottrine neo-libertarie³²⁷, definite anche “anarco-capitaliste”³²⁸, riaffermando il legame tra la proprietà e l’agire che estrinseca la volontà individuale, hanno restituito nuova linfa a un concetto dominativo molto simile alla declinazione datane dall’ideologia liberale ottocentesca: medesimi sono il fondamento gius-naturalista e la finalità. Il fondamentale assioma da cui scaturisce deduttivamente l’intera struttura teorica riposa sulla constatazione che «*individuals engage in conscious actions toward chosen goals*»³²⁹, e sulla quale si postula che «*individual human beings act*»³³⁰. Sul concetto di azione - che corrisponde ad una volontà cosciente in quanto differente rispetto al riflesso incondizionato dell’animale

il controllo dello Stato, che ne fa uso per salvaguardare i confini della comunità nazionale le condizioni dell’ordine sociale)». Nella letteratura brasiliana si veda D. RIBEIRO, *Il processo civilizzatore, tappe dell’evoluzione socioculturale*, Milano, 1973, pp. 43-44.

³²⁶ Sul concetto di modernizzazione si veda G. PASQUINO, *Modernizzazione*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, pp. 664-672. Analogamente sulla teoria classica della modernizzazione economica e politica nella letteratura americana degli anni cinquanta e sessanta, si veda W. W. ROSTOW, *Gli stadi dello sviluppo economico*, Torino, 1962; C. E. BLACK, *La dinamica della modernizzazione*, Milano, 1971. Specificamente sull’America Latina, si veda G. GERMANI, *Sociologia della modernizzazione: l’esperienza dell’America Latina*, Bari, 1971, pp. 15 ss.

Sul rinnovato interesse per una teoria della modernizzazione, si veda H. U. WEHLER, *Teoria della modernizzazione e storia*, Milano, 1991; analogamente A. MARTINELLI, *La modernizzazione*, Bari, 2004.

Attualmente si può individuare nella scienza politico-giuridica una sovrapposizione semantica tra il concetto di modernizzazione e di transizione. In altre parole si può pensare come l’utilizzo del concetto di transizione abbia tentato di superare la critica mossa al determinismo e all’euro-centrismo sottesi al concetto di modernizzazione. Nonostante ciò, ci sembra opportuno utilizzare il concetto di modernizzazione, nel momento in cui la persuasività di una teoria della modernità non ha cessato di influenzare e catalizzare il processo del mutamento sociale a livello globale. Sul concetto di transizione si veda L. MEZZETTI, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2000.

³²⁷ Cfr. N. PAPAFAVA, *Proprietari di sé e della natura - Un’introduzione all’ecologia liberale*, Macerata, 2004. L’opera, di natura prevalentemente divulgativa, ripropone le tesi di Rothbard, che ha sviluppato alcune tesi della “scuola economica austriaca”, ossia di quella «tradizione di studi economici che ha le proprie origini nella Vienna del secondo ottocento e ha continuato a svilupparsi fino agli anni Trenta del Novecento diffondendosi in Inghilterra e soprattutto in America» (N. PAPAFAVA, *Avvertenza*, in *Proprietari di sé e della natura - Un’introduzione all’ecologia liberale*, Macerata, 2004, p. 23). Le medesime tesi sono state polemicamente proposte per offrire una soluzione a una delle questioni verso la quale le «tecniche proprietarie» - «quelle che risolvono un problema di risorse scarse in termini di attribuzione a taluni soggetti, con esclusione di tutti gli altri, del diritto alla loro utilizzazione» (S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 20) - hanno dimostrato con maggior evidenza i propri limiti

³²⁸ Cfr. M. FOUCAULT, *Nascita della Biopolitica, corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005.

³²⁹ M. ROTHBARD, *Praxeology: the methodology of austrian economics*, in E. DOLAN (ed.), *The foundation of modern Austrian economics*, Mission Kans, 1976, pp. 19 e ss., disponibile alla pagina <http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Dolan/dlnFMA1.html>, accesso 12 gennaio 2010.

³³⁰ M. ROTHBARD, *Praxeology: the methodology of austrian economics*, in E. DOLAN (ed.), *The foundation of modern Austrian economics*, Mission Kans, 1976, pp. 19 e ss., disponibile alla pagina <http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Dolan/dlnFMA1.html>, accesso 12 gennaio 2010.

all'ambiente³³¹ - e su alcune premesse sostanziali sviluppate a inizio del XX secolo dalla scuola economica austriaca - individualismo metodologico e teoria soggettiva del valore³³² - si costruisce una teoria della proprietà quale espressione di un apriorismo logico-deduttivo³³³.

Dissimile per quantità, non per qualità, il progetto di auto-regolamentazione sociale³³⁴, che per come era pensato in germe nell'ordine giuridico liberale, riteneva necessario, a differenza delle teorie anarco-capitaliste, lo Stato nella propria funzione di garante della proprietà e di istituzione deputata alla risoluzione dei conflitti tra proprietari. La proprietà, difesa nella propria essenza di spazio di sovranità del singolo rispetto a ogni altro potere, costituisce lo strumento che permette all'individuo di accedere, su base universale, al mercato libero, ossia «l'insieme di tutte le relazioni di scambio volontario dal quale sono esclusi gli atti di aggressione»³³⁵. Il mercato, concepito a partire dal XVIII secolo quale «strumento di veridizione»³³⁶, attua la ricomposizione naturale transattiva degli interessi individuali perseguiti con atti di autonomia privata. Il fine è garantire la libertà e l'autonomia individuale, che organicamente, nel mercato, finiscono per garantire, in virtù di una logica interna e risultante dal combinarsi delle volontà individuali, la razionalità dell'allocazione di risorse problematicamente scarse³³⁷.

³³¹ Cfr. L. V. MISES, *Human action: a treatise on economics*. Irvington-on-Hudson, NY, 1996, disponibile alla pagina <http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Dolan/dlnFMA1.html>, accesso 12 gennaio 2010.

³³² Si veda P. J. BOETTKE, *Austrian School of Economics*, in D. R. HENDERSON (ed.), *The Concise Encyclopedia of Economics*, disponibile alla pagina <http://www.econlib.org/library/Enc/AustrianSchoolofEconomics.html>, accesso 12 gennaio 2010.

³³³ Come scrive Papafava, «[v]orrei anche sottolineare che il metodo di questo lavoro non è empirico, ma aprioristico. Pur se esso è ricco di accenni a interventi umani e fenomeni naturali che hanno realmente inciso sull'ambiente, questi sono esposti per confermare una teoria deduttiva e inoltre, di sicuro, perderanno con il tempo la loro attualità. Mentre il vero impegno della mia ricerca è mettere in luce leggi stabili della realtà» (N. PAPAFAVA, *Proprietari di sé e della natura - Un'introduzione all'ecologia liberale*, Macerata, 2004, pp. II).

³³⁴ Tale concetto è ben sintetizzato nella formula di «biopolitica» utilizzato da M. FOUCAULT, *Nascita della Biopolitica, corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005.

³³⁵ N. PAPAFAVA, *Proprietari di sé e della natura - Un'introduzione all'ecologia liberale*, Macerata, 2004, p. 29. Cfr. M. N. ROTHBARD, *Free Market*, in D. R. HENDERSON (ed.), *The Concise Encyclopedia of Economics*, disponibile alla pagina <http://www.econlib.org/library/Enc/AustrianSchoolofEconomics.html>, accesso 12 gennaio 2010.

³³⁶ Cfr. M. FOUCAULT, *Nascita della Biopolitica, corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, pp. 38-39.

³³⁷ La razionale allocazione delle risorse non è il fine dell'ordine neo-libertario, sebbene si ritenga da esso prodotto grazie alla razionalità dei comportamenti individuali. In questa prospettiva è considerata intollerabile una limitazione della libertà individuale anche qualora tale riduzione comportasse un oggettivo beneficio collettivo economicamente misurabile. In altre parole un intervento pubblico

Dottrine liberali e dottrine neo-libertarie costituiscono dunque la base teorica da cui desumere i tratti di un modello dominativo, sintetizzabili nell'affermazione della libertà, dell'autonomia, della volontà dell'individuo come valori sovraordinati ad ogni altro interesse sulla base di un argomento naturalistico (alternativamente gius-naturalistico, razionalista storicista, razionalista aprioristica), cui ancorare sia il fondamento del diritto di proprietà, sia la legittimità dell'organizzazione delle relazioni sociali prodotte dall'allocatione nel mercato dei titoli proprietari. Nonostante non si possa ignorare come l'argomentazione naturalistica, seppur formalmente di per sé auto-evidente, abbia trovato nelle dottrine economiche un forte sostegno alla propria affermazione, queste non sono poste, almeno formalmente, a fondamento del modello dominativo proprietario. Se il razionalismo apodittico del postulato dominativo si sostiene anche sull'opinione che la libera interazione tra i soggetti del mercato produca, per una logica interna al mercato, un'organizzazione economicamente razionale della società, quest'argomentazione risulta influente rispetto alla costruzione teorica del modello dominativo. Il fondamento del diritto di proprietà deve invece essere individuato, teoricamente, nella capacità naturale dell'uomo di appropriarsi delle cose per mezzo del proprio corpo. Il diritto di poter essere proprietario³³⁸ corrisponde a quella qualità naturale che permette il fondare l'uguaglianza dei soggetti in un ordine auto-regolato. La medesima capacità naturale di essere proprietario articolò l'uguaglianza e l'identità del soggetto di diritto nell'ordinamento giuridico che seguì alla desautorazione dell'*ancient regime*³³⁹. Tali considerazioni dimostrano quale sia stata l'incidenza che la giustificazione e la garanzia della proprietà ebbero sia nella regolazione pubblica delle relazioni inter-private, sia nella regolazione dei rapporti tra autorità pubbliche e soggetti privati.

Al contrario quando il diritto di proprietà viene concepito per assumere prevalentemente una funzione economico-sociale, cade ogni riferimento alla persona e alla sua dignità. Esso si presenta come un istituto che veicola l'esercizio di atti di disposizione e di godimento influenti rispetto all'autonomia e alla libertà della

nell'economia non sarebbe legittimo neanche laddove una riduzione della possibilità di scelta del consumatore producesse un aumento di scala nella produzione, e quindi una diminuzione dei rispettivi costi. L'esempio è tratto da F. A. HAYEK, *O Caminho da Servidão*, Rio de Janeiro, 1990, p. 70.

³³⁸ Di «libero accesso alla proprietà», quale funzione del diritto nelle rivoluzioni borghesi, parla M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 463.

³³⁹ A. BIXIO, *Proprietà e appropriazione, individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali*, Milano, 1988.

persona nell'ordinamento, inserendosi in un quadro regolato da istituzioni politiche alle quali il soggetto di diritto partecipa per mezzo dei diritti fondamentali di cui gode in virtù dell'essere persona e cittadino. La volontà soggettiva, il cui esercizio qualifica la dignità del soggetto di diritto, non viene ad esprimersi per mezzo di situazioni proprietarie, come avviene nella libera partecipazione del proprietario ai meccanismi di veridizione iscritti nel mercato, ma per mezzo di diritti di partecipazione ai procedimenti politico-normativi afferenti la regolazione dell'uso, del godimento dei beni oggetto di appropriazione e della loro allocazione. La proprietà diviene in questo senso irrilevante per definire l'autonomia del soggetto nell'ordinamento giuridico e diviene «strumento inventato dal sovrano per regolare le relazioni inter-private»³⁴⁰.

I fini sottesi alla regolazione delle relazioni inter-soggettive possono essere molto differenti, come dimostra il dibattito, seppur influenzato da suggestioni sociologiche, sviluppatosi in dottrina sul contenuto di una funzione del diritto³⁴¹. Dalla regolazione effettuata in vista di fini pubblici - quale l'accessibilità della proprietà, l'equità dei rapporti sociali, la promozione di una politica di piena occupazione, l'aumento della produzione attraverso una selezione degli operatori economici per mano pubblica o per mano del mercato - deriva una garanzia della mera appropriazione conseguente all'esercizio di attività economica, permettendo un'accumulazione capitalista nei limiti e nei modi pubblicamente pre-determinati³⁴². Ma qualunque sia la finalità pubblica perseguita, in nessuno caso si ripropone quel paradigma dominativo che invece emerse nella fondazione dell'ordine giuridico liberale e che si ritrova nelle teorie anarco-capitaliste o neo-libertarie.

Attraverso i due modelli individuati si possono desumere le funzioni del diritto di proprietà assunte nei sistemi costituzionali italiano e brasiliano.

³⁴⁰ L'espressione è usata da Fioravanti per descrivere il concetto di proprietà nella teoria politica di Hobbes, in contrapposizione alla *property* del modello lockiano. M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione*, Torino, 1993.

³⁴¹ Da un punto di vista sociologico, è naturale che ogni istituto risponda ad una funzione nell'organizzazione sociale (Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 205-206). Ma la funzione sociale contenuta nell'art. 42, CI, e nell'art. 5, CRFB è concetto tecnico, che presiede alle differenti declinazioni in cui il diritto di proprietà si articola. La funzione del diritto invece è cosa differente, divenendo giuridicamente rilevante a partire dal momento in cui la tensione tra Costituzione materiale e Costituzione formale riarticoli sistematicamente le finalità e le relazioni tra istituti, da cui trarre elementi utili per una loro interpretazione evolutiva.

³⁴² R. SACCO, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968, p. 77.

Nel sistema costituzionale italiano è evidente come la funzione prevalente del diritto di proprietà sia di natura economico-sociale, per questa ragione marginale rispetto ai diritti fondamentali che garantiscono la persona³⁴³. I diritti fondamentali dovrebbero sostituire il diritto di proprietà nel governare pubblicamente gli equilibri tra soggetti privati e tra privato e pubblica autorità. La tutela della persona si compone in questo senso di una sfera inviolabile garantita, prescindendo dalla proprietà o da un suo contenuto minimo, dalla partecipazione indiretta alla regolazione dell'appropriazione dei beni da parte del circuito politico-rappresentativo, dalla partecipazione diretta nei procedimenti amministrativi che definiscono l'uso conformato dei poteri proprietari. E quando si parla di esercizio conformato dei poteri proprietari si fa implicitamente riferimento anche al fenomeno dell'impresa, essendo i principi posti dalla Costituente per la proprietà ad esso applicabili.

Nella sistematica costituzionale originaria è il lavoro e non più la proprietà lo strumento per mezzo del quale si garantisce l'esercizio di atti di volontà e l'autonomia della persona³⁴⁴, affermazione che non viene smentita neanche dalla subordinazione naturalmente presente in una organizzazione gerarchica del processo produttivo, nel momento in cui sia compensata dalla partecipazione ai processi politico-amministrativi che orientano la conformazione della proprietà (e quindi dell'esercizio di attività economica) e dalla partecipazione diretta alla gestione aziendale.

Se nel dispositivo della CI la funzione prevalente della proprietà è economico-sociale, una funzione politica si configura nella proprietà pubblica riservata³⁴⁵, per mezzo della quale sostituire ad una appropriazione basata su titolo privato e particolare un accesso universale regolato sulla base di principi politici. Alla natura dei beni sottoposti a riserva corrisponde una declinazione della proprietà

³⁴³ In altre parole si «tratta di situazioni soggettive che non possono essere annoverate tra i diritti essenziali della persona, perché non sono strumentali per la loro realizzazione» (P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, pp. 150-151).

³⁴⁴ A. SANDULLI, *I limiti alla proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 144. Analoghe considerazioni vengono svolte da Perlingieri, le cui argomentazioni vengono rafforzate dal fatto che «la proprietà privata non è tutelata in quanto proprietà della persona fisica ma in quanto proprietà appartenente ad un soggetto, sia persona fisica sia persona giuridica» (P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 21-22).

³⁴⁵ Sul rapporto tra riserva e accessibilità si veda S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, pp. 55 e ss.

coerente alla garanzia diretta o indiretta dell'esercizio dei diritti fondamentali della persona. Medesima funzione possiede il modello proprietario collettivo desumibile *ex art. 43, CI*, nel momento in cui permette da un lato il rafforzamento del controllo del processo produttivo da parte dei lavoratori già declamato dall'art. 46, CI³⁴⁶ (in applicazione del principio lavorista), dall'altro lato il rafforzamento dei diritti sociali pretensivi, esercitabili grazie all'erogazione ad utenti di servizi pubblici essenziali³⁴⁷. Si presenta qualificata dalla propria funzionalità rispetto alla tutela della persona la proprietà dell'abitazione, come in termini analoghi deve essere considerato il favore per la proprietà diretta coltivatrice. L'invulnerabilità di cui è investita la tutela della persona ricade quindi indirettamente su determinate proprietà in relazione alla loro connessione con l'esercizio di diritti fondamentali. In questi casi, quindi, la CI contempla alcuni diritti di proprietà quali potenziali strumenti utili a «realizzare la libertà personale, la libertà dal bisogno»³⁴⁸. Ma se tali ipotesi dimostrano come l'allocatione dei titoli proprietari possa ancora svolgere un ruolo nell'attuazione del principio personalista, contemporaneamente non smentiscono la residualità di tale strumento rispetto alla regolazione pubblica delle relazioni inter-soggettive orientata alla tutela e alla garanzia dei diritti fondamentali.

Al di là di tali ipotesi il diritto di proprietà privata deve essere considerata, in generale, strumento dell'ordine economico-sociale ampiamente conformabile e governato da deliberazioni pubbliche.

Alla funzione sociale - quale elemento strutturale che permette al legislatore di articolare l'istituto proprietario rispetto alla natura dei beni su cui ricade, come qualificati giuridicamente per mezzo di deliberazioni normative³⁴⁹, e alle relazioni

³⁴⁶ Il legame sistematico tra artt. 46 e 43, CI è sostenuto da P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 55. *Contra* Galgano, che interpreta l'art. 46, CI, in combinazione diretta con l'art. 3, CI, in quanto «espressione diretta [della] organizzazione politica, economica, sociale del paese cui i lavoratori hanno diritto di partecipare» (F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, II, pp. 193-210).

³⁴⁷ Sul favore espresso nella Costituzione per forme di proprietà collettiva, o, comunitaria (seppur l'uso alternativo delle espressioni induce a concetti di poca chiarezza, si veda P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 56.

³⁴⁸ Cfr. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, pp. 5-6.

³⁴⁹ In dottrina si è sostenuto come i differenti statuti proprietari trovino la propria ragion d'essere nella natura dei beni, rilevata sulla base di una loro tipizzazione tassonomica (si veda M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 473, P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche - sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 458). Nell'opinione di chi scrive è importante sottolineare come la qualificazione tassonomica dei

sociali che vi gravitano³⁵⁰ - si affiancava una funzione del diritto tendenzialmente economico-sociale in quanto subordinata alla tutela e alla promozione della persona umana³⁵¹. In questo senso la dottrina ha evidenziato come nel nuovo ordine costituzionale le proprietà siano “riconosciute” «in quanto ritenute non contrastanti e nei limiti in cui non contrastino con il godimento effettivo, da parte di tutti i consociati, di quei diritti fondamentali (libertà, eguaglianza, benessere, dignità del lavoro, ecc.) espressamente e positivamente garantiti dalla Costituzione»³⁵².

L'introduzione però di un parametro oggettivo alla luce del quale valutare la legittimità costituzionale di un intervento legislativo - seppur questo non violi la riserva di legge imposta dall'art. 42, CI e nonostante il regime venga previsto in termini generali rispetto a intere categorie di beni - ha indotto una trasformazione del diritto come concepito originariamente nella CI. È condivisibile la tesi che ritiene una «modifica costituzionale»³⁵³ l'operazione ermeneutica compiuta dal giudice delle leggi a partire dagli anni Sessanta³⁵⁴.

Prendendo atto di come nell'interpretazione attuale della CI la proprietà abbia riacquisito espansivamente un vincolo con la dimensione inviolabile, ex artt. 2 e 39, CI, nella quale la persona si attua, e considerando come tale trasformazione produca una latente tensione rispetto alla forma di stato positivizzata nella CI, due sono le questioni aperte con le quali l'interprete deve confrontarsi: verificare, da un lato, quali accorgimenti si rendano necessari per evitare che la tensione si traduca in

beni sia operazione non meramente accertativa, ma l'esito di un processo invece profondamente storico, legittimo se compiuta sulla base di processi deliberativi pubblici.

³⁵⁰ Ritiene rilevante la qualificazione soggettiva del proprietario P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 35.

³⁵¹ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 216; rileva la prevalenza della persona rispetto alla situazione soggettiva patrimoniale tutelata dal diritto di proprietà M. COSTANTINO, *La proprietà nel sistema dei diritti reali e nella legislazione speciale successiva alla Costituzione*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, pp. 21-22. Analoga la posizione di P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 23.

³⁵² G. S. COCO, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965, p. 166. In termini analoghi Barbera, per il quale l'invulnerabilità viene riconosciuta «nella misura in cui sia espressione della tutela non solo di interessi ma di valori. [...] e nella misura in cui non si pone in contrasto con altre libertà, cioè con altri valori personali, e soddisfi altresì i doveri di solidarietà di cui parlavamo e che lo rendono, a differenza di altri diritti e altre libertà, un diritto funzionale» (A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, pp. 106-107).

³⁵³ Si veda S. RODOTÀ, *Art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, II, p. 150.

³⁵⁴ In dottrina si è evidenziato come gli interventi della Corte costituzionale dimostrassero una certa resistenza di concetti privatistici, seppur inattuali rispetto al nuovo ordine costituzionale. Cfr. M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 468.

rottura, rilevare e sottoporre ad analisi, dall'altro lato, in che modo il sistema normativo possa aver metabolizzato e rielaborato in nuovi equilibri la modificata posizione di uno dei tasselli che lo compongono.

Con riferimento al caso brasiliano, il diritto di proprietà assume, invece, una prevalente funzione politica, essendo strumento per delimitare gli spazi di autonomia personale rispetto ai poteri pubblici - sottoposti a un controllo giurisdizionale tanto formale quanto sostanziale - e privati. L'irragionevolezza o l'arbitrarietà di una norma è rilevabile senza che il giudizio di conformità costituzionale debba essere giustificato sulla base di un parametro esplicitamente desumibile dall'ordinamento. Vi sono dei naturali contenuti del diritto di proprietà che rimangono inviolabili e garantiti.

Seppur le garanzie poste all'assolutezza del diritto di proprietà, anche nelle proprie vesti minime, ceda a fronte del legittimo (o illegittimo) uso degli strumenti espropriativi, l'elemento concettuale che deve essere sottolineato è costituito dal perpetuarsi dell'ineludibile schema proprietario che, per mezzo della funzione sociale della proprietà, si potrebbe - e si sarebbe dovuto - concettualmente superare. Nel trasferimento coattivo, in parte o *in toto*, dei contenuti della proprietà da soggetto privato a soggetto pubblico si riafferma come la regolazione delle relazioni intersoggettive che gravitano sull'uso, sulla destinazione, sull'appartenenza di un determinato bene possa essere effettuata non in virtù di processi regolativi di natura politica, ma per mezzo di poteri proprietari acquisiti in virtù di procedimento amministrativo. Tale tesi - avanzata anche per quegli ordinamenti in cui, come per il caso italiano, l'indennizzo dovuto potesse non corrispondere al prezzo del bene - è a maggior ragione corretta qualora si imponga l'intangibilità del patrimonio del soggetto espropriato, dovendosi corrispondere il valore del bene secondo mercato.

In dottrina è stata proposta una risoluzione della tensione tra la funzione prevalentemente politica del diritto di proprietà - come garanzia della dignità della persona - e una sua conformazione che permetta la regolazione delle relazioni interprivate sulla base di un principio di giustizia sociale, che si avvale di una discriminando tra i beni sulla base della loro natura essenziale. In questo senso l'invulnerabilità connoterebbe solo quelle proprietà aventi ad oggetto i beni necessari a

garantire le condizioni minime di esistenza necessarie a condurre una vita degna³⁵⁵. In questi casi la relazione giuridica tra individuo e bene è qualificabile come proprietà personale, e per questa ragione tutelata non in quanto proprietà, bensì in quanto materialmente funzionale alla tutela della personalità. Allo stesso modo i beni oggetto di questa speciale forma di proprietà costituirebbero un «patrimonio minimo»³⁵⁶ garantito dall'inviolabilità, come limite all'esercizio di poteri della pubblica amministrazione e dei privati³⁵⁷.

Gli attriti tra l'inviolabilità del diritto di proprietà e la sua funzionalizzazione sociale vengono quindi considerati risolvibili attraverso una discriminazione tassonomica dei beni conforme a Costituzione, cui corrispondono diversi statuti proprietari.

Nelle due esperienze costituzionali, quindi, possiamo assistere ad una progressiva convergenza a partire da diversi presupposti. Se, nell'ordinamento italiano, ad una funzione socio-economica del diritto di proprietà - quale strumento per regolare le relazioni inter-private - si è progressivamente sostituita una funzione politica, nell'ordinamento brasiliano si è avuta, invece, una progressiva socializzazione del diritto che ha mutato in parte la funzione da esso svolta nel sistema costituzionale: da strumento di tutela della persona, a diritto conformato per attuare una regolazione dei poteri dei privati in vista del perseguimento di interessi collettivi. In entrambe le esperienze comunque l'ambivalenza che connota il diritto di proprietà si risolve nella tendenziale prevalenza della sua funzione politica³⁵⁸.

In entrambe le esperienze la funzione sociale che presiede alla definizione degli istituti proprietari non sembra essere riuscita a superare una vecchia logica proprietaria, in quanto la regolazione delle relazioni inter-private può essere

³⁵⁵ F. K. COMPARATO, *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, in J. STROZAKE (org.), *Questão agrária e a justiça*, São Paulo, 2000, p. 140.

³⁵⁶ Cfr. L. E. FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro, 2006.

³⁵⁷ Tale ricostruzione si dimostra peraltro coerente rispetto ad alcune disposizioni costituzionali, tra cui l'impignorabilità da parte di privati della piccola proprietà rurale, a condizione che sia lavorata direttamente dalla famiglia (art. 5, XXVI, CRFB). Superando il dato positivo, spetterebbe al giudice determinare di volta in volta la natura del diritto di proprietà, se esso in definitiva debba essere considerato, nel caso specifico, inviolabile o meno. Cfr. F. K. COMPARATO, *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*, in J. STROZAKE (org.), *Questão agrária e a justiça*, São Paulo, 2000, p. 140.

³⁵⁸ Questo è il tratto che emerge da una storia della proprietà, nella quale il diritto ha mantenuto una propria identità seppur differenti siano state le idee poste a suo fondamento. Cfr. L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1, p. 21-60.

esercitata, nel momento in cui si superi un limite quantitativo-qualitativo, non attraverso una conformazione del diritto, bensì acquisendo i poteri proprietari. In altre parole la funzione sociale - che dovrebbe contenere e assorbire le variabili casisticamente introdotte nella regolazione delle situazioni soggettive che gravitano sul bene, aderenti alla sua qualificazione socio-economica come accertata per mezzo di processi decisionali pubblici normativi, in conformità a principi costituzionali posti - non riesce a scardinare la logica proprietaria cui rimane ancora saldamente ancorato il concetto di contenuto minimo (o meglio economico) del diritto di proprietà.

L'affermazione del diritto di proprietà come diritto fondamentale, e quindi conformabile nei limiti in cui non vi sia lesione di un suo contenuto minimo, può assumere in un ordinamento ascrivibile al costituzionalismo democratico-sociale un duplice rilievo.

In primo luogo può in effetti riespandere gli spazi di garanzia offerti alla persona, sopperendo alla diminuita incisività di altri diritti fondamentali, prevalentemente sociali, nella storica (in)attuazione del progetto costituzionale³⁵⁹. La progressiva attenuazione del carattere interventista dello Stato³⁶⁰ può trovare per mezzo di una riespansione del diritto di proprietà - o meglio di alcune proprietà, certamente non di tutte³⁶¹ - un giusto strumento di riequilibrio. Tale chiave di lettura viene proposta nell'ottica di una interpretazione evolutiva della forma di Stato, che indichi il possibile cammino per evitare la trasformazione della naturale tensione tra Costituzione formale e Costituzione materiale in un conflitto identitario.

In secondo luogo proprio il riconoscimento tra il diritto di proprietà e la tutela della persona, nell'ambito di un sistema costituzionale orientato ai principi democratici, conferisce una rinnovata centralità all'accesso alla proprietà, tema cui si è prestata scarsa attenzione³⁶².

³⁵⁹ Questa strada è stata in parte già percorsa nella riarticolazione di una tutela proprietaria a situazioni di natura non reale, ossia estendendo il «linguaggio della proprietà, e si vuole del suo “folklore”» (P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, II, p. 870) a posizioni soggettive inquadabili tradizionalmente nell'orizzonte delle relazioni obbligatorie. Sulle “nuove forme di proprietà”, (i cui contenuti vengono individuati da Rodotà nel diritto alla casa, al credito, ad alcune prestazioni sociali) si veda S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 26.

³⁶⁰ Basti pensare all'oblio nel quale è caduto, nell'ordinamento italiano, il principio lavorista.

³⁶¹ Cfr. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, pp. 5-6.

³⁶² S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 370.

Al fine di garantire da un lato un diritto di accesso alla proprietà, dall'altro lato i valori meta-individuali positivizzati nelle due Costituzioni, è necessario operare una discriminazione tra gli istituti proprietari, privilegiando quelli che permettano affrontare una vecchia questione proprietaria con una logica non meramente individualista. Come evidenziato in dottrina tale approccio non sarebbe sufficiente a risolvere, di per sé, l'inadeguatezza dimostrata dalle tecniche proprietarie rispetto alla tutela di interessi meta-individuali, primo tra tutti quello ambientale³⁶³. Ma tale critica può essere superata garantendo l'accessibilità ai contenuti conformati di un diritto di proprietà per mezzo di una particolare forma di appropriazione consumata su "cose pubbliche"³⁶⁴ che ripropone, con una valenza sistemica differente, quel modello proprietario collettivo marginalizzato nella tradizione giuridica di derivazione romanistica³⁶⁵. Tale modello, a fronte dell'interazione tra il mutato contesto socio-economico e il sistema normativo, può evitare che la tutela generale e non selettiva dei poteri proprietari - ma leggasì poteri dell'impresa - possa negare la centralità della persona³⁶⁶.

Tale operazione a nostro avviso deve essere compiuta integrando nell'ordinamento, alla luce di una nuova prospettiva, quegli istituti che esprimono un

³⁶³ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 20. Nell'opinione dell'autore tale inadeguatezza viene confermata anche qualora si adotti un modello proprietario collettivo (cfr. S. RODOTÀ, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, p. 896).

³⁶⁴ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 166. Con tale formula, aderendo alle posizioni espresse dalla miglior dottrina, si vogliono indicare delle categorie di beni che pur essendo pubbliche non sono individuate sulla base di titolarità a enti formalmente pubblici. Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 127 e ss.

³⁶⁵ A fronte dell'evoluzione del sistema costituzionale, non potendo prescindere dalla proprietà, questo spazio collettivo sembra poter permettere, pur all'interno di uno schema proprietario, quella logica non-proprietaria sottesa alla funzione sociale. Proprio la scarsa attenzione della Costituzione sul concetto di proprietà collettiva ha indotto il Rescigno a dubitare dell'innovatività della funzione sociale della proprietà costituzionale rispetto al dispositivo codificato. Cfr. P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, II, p. 878.

³⁶⁶ La relazione tra limiti al diritto proprietà, quale espressione della funzionalizzazione dell'istituto, e accessibilità è rilevata da Perlingieri, il quale afferma come «ogni soggetto per realizzare la dignità sociale e umana deve avere una quantità di beni di produzione e di consumo» (P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 36). Potendo essere la proprietà personale così individuata «a carattere collettivo» (P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 6), si può trarre implicitamente un legame tra funzione della proprietà, limiti alla proprietà, istituzione di una riserva - come dichiarazione *ope legis* di una «mancanza di legittimazione alla situazione giuridica» (S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 55) - deprivatizzazione e conseguente socializzazione (cfr. F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, II, p. 198) di beni in capo a gruppi di utenti o lavoratori.

modello proprietario collettiva - o meglio quei diritti collettivi originari di natura dominicale - di cui solo raramente viene percepito il profondo e attuale valore sistematico, ancora maggiore in una contesto contraddistinto dal progressivo aumento della scarsità delle risorse³⁶⁷. Non potendo quindi prescindere dalla logica proprietaria, queste valutazioni sono decisive nel definire quale concetto del diritto di proprietà e quali istituti proprietari possano rispondere, superando una logica proprietaria dominativa³⁶⁸, ad una gestione delle risorse disponibili sostenibile, inclusiva e finalizzata alla tutela della persona.

Nell'approfondire la dimensione personale che deve essere attribuita quindi alla proprietà, o meglio ad alcune proprietà, in dottrina è stata prestata scarsa rilevanza ad alcuni istituti già presenti nei rispettivi ordinamenti. L'inalienabilità, come caratteristica fondamentale del regime giuridico dei diritti fondamentali³⁶⁹, qualifica infatti alcuni istituti proprietari collettivi presenti nei rispettivi ordinamenti. Questi stessi diritti possono essere sistematicamente inquadrati nell'orizzonte qui delineato, riscattandone la rilevanza a fronte della restaurata o mai decaduta funzione del "terribile diritto".

³⁶⁷ La genesi di un potere conformativo pubblico sulla proprietà dimostra come scarsità e funzionalizzazione della proprietà siano fenomeni strettamente legati. Cfr. P. RESCIGNO, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, II, p. 863.

³⁶⁸ S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 56.

³⁶⁹ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías - La ley del más débil*, Madrid, 2001, p. 47.

CAPITOLO SECONDO

LE ISTITUZIONI APPROPRIATIVE COLLETTIVE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO MODERNO

1. L'istituzionalizzazione dell'appropriazione collettiva originaria: storia di un conflitto moderno

La proprietà privata ed individuale è stata una delle forme in cui si è giuridicamente tradotto il fenomeno dell'appartenenza¹, la cui preminenza deve essere sminuita a fronte di ulteriori forme di proprietà². Sotto il profilo oggettivo, rilevante per l'individuazione di specifici regimi giuridici dei beni, si debbono indicare la proprietà pubblica e quella privata; con riferimento, invece, ai profili soggettivi la proprietà individuale e quella collettiva. Le possibili combinazioni derivanti dall'articolazione delle variabili oggettive e soggettive ora menzionate³, oltre a indicare istituti alternativi o complementari al modello proprietario risultato

¹ Cfr. M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del Diritto*, 1971, p. 443.

² Come sottolineato da Stahl e Guidetti, «la proprietà individuale, come era prevista dal diritto romano e come è stata promulgata nei codici moderni redatti da uomini di città, era un'eccezione nel passato. Al contrario, nel mondo contadino ed anche negli ambienti urbani del passato, era largamente dominante la proprietà comunitaria. Ciò è vero non solo per i gruppi domestici numerosi, ma anche per quello composti da una sola coppia coi suoi figli» (M. GUIDETTI, P. H. STAHL, *Introduzione*, in M. GUIDETTI, P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977, p. 25). A riguardo è interessante notare lo stupore personale con cui Maine, sul finire del XIX secolo, constatò l'esistenza di numerosi «esempi di diritti di proprietà fuori della norma, che presupponevano l'esistenza di proprietà collettive e di coltivazioni indivise» (H. S. MAINE, *The western village community*, in ID, *Village community in the East and West*, Londra, 1876, ripubblicato in M. GUIDETTI, P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977, p. 340).

³ È da rilevare come, anche nelle scienze giuridiche, ossia quelle che per propria natura prestano maggior attenzione alla costruzione scientifica di concetti e di definizioni, la problematica posta dalla proprietà collettiva viene il più delle volte intesa in termini non di imputazione soggettiva, ma di qualificazione giuridica dei beni. In questo senso la proprietà collettiva viene analizzata quale terza *species* che si inserisce nella contrapposizione tra proprietà pubblica o privata. Se è innegabile la relazione che sussiste, nell'ordinamento italiano, tra proprietà collettiva e beni pubblici, tale relazione deriva dalla funzione che l'istituto è chiamato a svolgere nella sistemica costituzionale, alla luce di un concetto di pubblicità che supera la mera titolazione soggettiva a ente pubblico. Ma il profilo collettivo può tendenzialmente essere declinazione sia della proprietà pubblica, sia della proprietà privata.

egemonico con l'affermazione del liberalismo giuridico, contribuiscono ad una sua ulteriore storicizzazione⁴.

L'introduzione di un regime dell'appartenenza che rese possibile l'appropriazione privata ed individuale di intere classi di beni, svolse un ruolo fondamentale nel processo di disarticolazione e reintegrazione di territori periferici nell'orbita di un sistema regionale, nazionale e sovranazionale⁵. I conflitti scaturiti dal mutamento sociale indotto da questo processo emersero con maggior evidenza nell'affermazione del progetto moderno, in quanto la poliedricità delle strutture politiche pre-moderne, e la densa poli-centria che le caratterizzavano ha evitato una riduzione delle proprietà alla proprietà. In altre parole la frammentata dimensione politica ed economica del diritto in epoca pre-moderna ha impedito un accentramento soggettivo dei poteri che per mezzo di esso venivano esercitati⁶. Il latente conflitto tra poteri proprietari - intesi come «poteri di gestione economica, potere di godimento, potere dispositivo»⁷ - trovò quindi con maggior facilità una risoluzione dinamica nell'equilibrio tra le autorità centrali e la comunità locale, rinegoziata di volta in volta in una logica di «giustizia ed equità»⁸.

A partire dall'affermazione dell'assolutismo giuridico sul versante pubblico⁹, e dalla riduzione dei possibili modi del possedere alla proprietà individuale codificata sul versante privato¹⁰, si crearono le condizioni per l'esautorazione delle strutture politiche locali e per la conformazione degli ordinamenti territoriali periferici all'uniformità dei canoni codificati¹¹.

È nel progressivo affermarsi dello Stato nazionale sul versante pubblico, e del mercato come vettore di integrazione sociale sul versante privato, che la proprietà

⁴ Cfr. L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1, p. 21-60.

⁵ Cfr. S. N. EISENSTADT, *Modernização: protesto e mudança*, Rio de Janeiro, 1969.

⁶ Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 2008.

⁷ A. PALERMO, *Enfiteusi - superficie - oneri reali - usi civici*, Torino, 1965, p. 652.

⁸ G. ROSSI, *Le radici storiche di demani civici e proprietà collettive: una riflessione tra passato e presente*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2004, 2, p. 80.

⁹ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

¹⁰ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere, l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, 1997.

¹¹ In questo senso «la proprietà collettiva vigente in tante zone dell'Italia rurale andava rimossa per il suo diretto ed evidente contrasto con i principi dell'unicità dell'ordinamento (statuale) e della conseguente necessaria uniformità della disciplina giuridica che da esso promana, specialmente in merito alla configurazione ed alla intransigente tutela di un istituto cardine quale quello della proprietà privata» (G. ROSSI, *Le radici storiche di demani civici e proprietà collettive: una riflessione tra passato e presente*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2004, 2, p. 83).

privata e individualista divenne strumento per disarticolare l'autonomia di sistemi socio-territoriali periferici e procedere poi ad una loro successiva reintegrazione nel contesto economico-politico centrale¹².

Tale processo avvenne sia in Italia, sia in Brasile, seppur in tempi e con modalità differenti. Analogo rimane comunque il ruolo svolto da una teoria moderna della proprietà nel legittimare interventi pubblici orientati all'evoluzione delle strutture socio-economiche periferiche. Nelle premesse assunte l'appropriazione collettiva e il diritto di proprietà individuale vengono concepiti come stadi di un'evoluzione lineare e progressiva degli istituti giuridici¹³. In tale prospettiva l'appropriazione collettiva è considerata un fatto consumatosi in una dimensione «pre-giuridica» e «pre-politica», o meglio una «non-proprietà»¹⁴ - quale «primitiva (cioè: originaria in quanto arcaica) comunione di beni»¹⁵ - precedente ad un meta-storico atto di separazione. L'assenza di una formalizzazione delle regole giuridiche ha certamente contribuito a rendere invisibili gli istituti di natura proprietaria pure presenti in esperienze «primitive». Solo assumendo una secolarizzata separazione tra mondo del diritto e mondo del sacro si possono pensare come non giuridiche, e non legate a forme istituzionalizzate di proprietà, le narrative che tramandano, persino in società «primitive», un ordinamento politico e una regolazione sia delle relazioni inter-soggettive, sia della capacità appropriativa individuale¹⁶. Anche la società più

¹² Cfr. S. N. EISENSTADT, *Modernização: protesto e mudança*, Rio de Janeiro, 1969.

¹³ Si veda L. FULCINITI, *I beni di suo civico*, Padova, 1990, pp. 5 e ss.

¹⁴ Si può parlare di non-proprietà solo assumendo uno specifico concetto culturale del diritto, che impedisce di riconoscere come assimilabili gli strumenti giuridici finalizzati a regolare l'appropriazione di beni in esperienze «primitive». Ma come afferma Sacco, pensare in generale la proprietà a partire dal suo concetto europeo contemporaneo è «sviante» (R. SACCO, *Antropologia giuridico - contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, p. 268).

¹⁵ L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1, p. 31.

¹⁶ A quali concetti, se non ad una «mancanza di legittimazione alla situazione giuridica» (tale formula, utilizzata per descrivere il contenuto del concetto di «riserva» ex art. 43, CI, è tratta da S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 55) bisogna fare riferimento nel comprendere una «primitiva» regolazione di comportamenti individuali che faccia divieto, per ragioni che attengono al sacro, di cacciare o di raccogliere determinate specie, se non in particolari periodi e con particolari ritualità? Tale affermazione risulta a maggior ragione veritiera laddove le medesime risorse siano oggetto di un conflitto tra gruppi, che non le attribuiscono la medesima qualificazione giuridica (una risorsa può essere considerata sacra, e quindi ordinariamente inappropriabile da parte di un gruppo A, che se ne appropria collettivamente per garantirne un non-uso rispetto ad un gruppo B). Per esemplificare tale tipo di conflitto si può citare un interessante caso che vede contrapporsi *garimpeiros* (gruppi organizzati su base familiare, dediti su base autonoma e itinerante all'estrazione il più della volta irregolare di minerali) e un gruppo *indígena* appartenente al popolo *Yanomami*. La qualificazione giuridica della risorsa avviene nel gruppo *indígena* per mezzo di un'articolata rappresentazione cosmologica. L'oro, in quanto sostanza racchiusa nel sottosuolo, è qualificato nella cosmologia *indígena* come non-alimento in contrapposizione a ciò che, nascendo sul suolo, è commestibile. I

elementare non disconosce un ordinamento giuridico che necessariamente regola il regime dei beni e le relazioni che su di essi gravitano.

In Italia, in virtù di una asserita progressività lineare tra appropriazione collettiva e appropriazione modernamente individualista¹⁷, si promosse la quasi generale «spoliazione»¹⁸ dei diritti acquisiti dalle comunità locali (o comunità di villaggio¹⁹), per assegnare poi il patrimonio collettivo a chi avrebbe potuto garantire una sua gestione economicamente razionale²⁰. Seppur animata da intenti redistributivi, l'introduzione nell'orbita del mercato delle terre collettive produsse una profonda disorganizzazione del tessuto sociale radicato sul territorio²¹, portando il più delle volte al rafforzamento di posizioni latifondiste²². L'egemonia del modello

concetti di alimento a non-alimento costituiscono categorie normativa ordinanti, in base alle quali operare una catalogazione tassonomica dei beni. Nella visione cosmologica *indígena* l'estrazione dell'oro e i processi chimici applicati per depurare il materiale grezzo estratto sprigionano entità spirituali che corrompono gli elementi naturali descritti genericamente come "commestibili", causando malattie. Le attività di *garimpagem* producono, infatti, un forte fattore di inquinamento a causa della dispersione nell'ambiente del mercurio utilizzato per raffinare il materiale grezzo estratto. Al divieto di praticare questa attività altamente impattante che opera nel gruppo rispetto ai suoi membri, si accompagna un'appropriazione collettiva per impedire che altri la praticino in danno delle risorse ambientali presenti nel loro territorio (sulla vicenda si veda B. ALBERT, *O ouro canibal e a queda do céu: uma crítica xamânica da economia política da natureza*, in *Série antropológica*, 1995, 174, pp. 1-33, disponibile alla pagina www.unb.br/ics/dan/Serie174empdf.pdf, accesso 15 dicembre 2009).

¹⁷ Richiamando un saggio di P. COGLIOLO, *La teoria dell'evoluzione darwinistica nel diritto privato*, Camerino, 1882, il Romagnoli riporta la tesi che concepisce, nei termini di una evoluzione «darwinistica», il passaggio dalla proprietà collettiva alla proprietà individuale (E. ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1980, pp. 605-606).

¹⁸ M. S. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, p. 463.

¹⁹ Questo è il soggetto collettivo individuato nel descrivere l'appropriazione originaria delle risorse territoriali in un ambito che abbraccia l'intera Europa. Cfr. G. C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990.

²⁰ Sulle giustificazioni economiche poste a base della proprietà privata e sul dibattito che ne è seguito si veda G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 162, pp. 1243-1248, E. OSTROM, T. DIETZ, N. DOLŠAK, P. C. STERN, S. STONICH, E. U. WEBER (eds.), *The drama of the commons*, Washington DC, 2003.

²¹ La liquidazione dei patrimoni collettivi fu uno dei fattori che causò, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, i processi migratori da cui dipese il forte spopolamento delle montagne. Cfr. A. CIASCHI, E. TOMASELLA, *La montagna e il diritto*, Bologna, 2007, p. 42. Sembra opportuno ricordare inoltre la progressiva introduzione di fattispecie che resero penalmente rilevante, nel corso dell'Ottocento, pratiche sociali ampiamente diffuse e legittime alla luce di una «consuetudine popolare» (D. BENSĀID, *Gli spossati, proprietà diritto dei poveri e beni comuni*, Verona, 2009, p. 30), come la raccolta di legna. Alla vicenda Marx dedicò un articolo intitolato pubblicato a più riprese sul *Rheinische Zeitung* tra il 25 ottobre e il 3 novembre del 1842.

²² Questa è la lezione che si può trarre dall'applicazione delle leggi post-unitarie emanate per la liquidazione dei diritti collettivi nel Tavoliere di Puglia (L. 26 febbraio 1865, n. 2168), nella Sila (L. 25 maggio 1876, n. 3124), in Basilicata (L. 31 marzo 1904, n. 140), in Toscana (L. 15 agosto 1867, n. 3910), in Sardegna (L. 23 aprile 1865, n. 2252), nelle province di Belluno Vicenza e Udine (L. 2 aprile 1882, n. 698, che abolì i diritti di erbatico), nelle Province dell'ex-Stato pontificio (L. 24 giugno 1888, n. 5489, come modificata dalla L. 4 agosto 1894, n. 397). Cfr. M. ZACCAGNINI, A. PALATIello, *Gli usi civici*, Napoli, 1984, pp. 91 e ss.

proprietario individualista venne solo parzialmente arginato dalla persistenza di alcune forme pubbliche di proprietà (quelle che non riproposero il medesimo modello, differente per il solo fatto di prevedere un'imputazione a soggetto pubblico²³) rispetto a specifiche categorie di beni²⁴ e dal mantenimento di quei diritti collettivi che vennero sottratti al progetto liquidatorio.

A differenza dell'Italia, dove si definirono procedure formali per la liquidazione di diritti riconosciuti²⁵, in Brasile la progressiva spoliazione del patrimonio collettivo avvenne con la violenta estinzione²⁶ di fatto delle precarie posizioni individuali e collettive delle comunità locali sulle risorse territoriali occupate²⁷. Solo in alcuni casi i conflitti innescati da tale processo non si consumarono nella assoluta invisibilità²⁸.

²³ Per una critica ad un concetto di bene pubblico individuato sulla base della titolarità a ente pubblico, si veda M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pp. 28 e ss., V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 10 e ss.

²⁴ Il riferimento è ai beni riservati, concetto desunto, con riferimento all'ordinamento italiano, ex art. 42, co. I, CI, e, nell'ordinamento brasiliano, ex art. 20, CRFB. Per riserva si intende «una statuizione normativa contenuta in un atto legislativo la quale incide non sulla titolarità di situazioni soggettive ma sulla legittimazione alla titolarità di situazioni soggettive. Laddove l'atto (amministrativo o legislativo) di espropriazione incide sulla titolarità di situazioni soggettive, e rompendo il principio dell'eguaglianza, comporta la necessità dell'indennizzo» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 16). L'autore differenzia tra riserva di beni (ex art. 42, CI) e riserva di beni produttivi (ex art. 43, CI). Sulla relazione tra l'istituto della riserva e la garanzia di un diritto di accesso ai beni sottratti all'appropriazione privata, si veda S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 52.

²⁵ La trasformazione di un atto appropriativo in diritto avvenne nel diritto feudale per mezzo della giuridicizzazione di un fatto. Coerentemente all'impostazione della scuola napoletana, trattasi di diritti generalmente riconosciuti in quanto contenuto di un diritto naturale a condizioni minime di esistenza. Cfr. L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 14.

²⁶ Cfr. J. DE S. MARTINS, *Expropriação e violência, a questão política no campo*, São Paulo, 1991.

²⁷ La precarietà non deve essere confusa con l'assenza di protezione giuridica, vista la tutela accordata dall'ordinamento brasiliano ad ogni possesso di fatto qualificato dalla residenza nel fondo e dall'esercitarvi direttamente attività agricola. Sui profili storici del regime fondiario in Brasile si veda P. PORRU, *Analisi storico giuridica della proprietà fondiaria in Brasile*, Milano, 1983. Sul concetto di possesso agrario si veda G. T. LIMA, *A posse agrária sobre bem imóvel*, São Paulo, 1992, p. 112 e ss.

²⁸ Tra i conflitti registrati dalla storiografia nazionale si deve menzionare la *Guerra do Contestado*, svoltosi tra il 1912 ed il 1916 nell'entroterra degli stati meridionali del Brasile. In questo periodo il Governo brasiliano commissionò alla compagnia Farkhuar la costruzione di una via ferrata, offrendo come corrispettivo la proprietà dei trenta chilometri di terra adiacente al tracciato. L'opera permise la progressiva incorporazione di un territorio allora periferico, successivamente colonizzato dagli immigranti di origine europea cui il Governo stesso concesse titoli fondiari. L'intervento dell'esercito fu necessario per superare la resistenza delle comunità locali destinate dal programma governativo a essere espulse dal proprio territorio. Sulla vicenda si veda M. AURAS, *Guerra do contestado: a organização da irmandade cabocla*, Florianópolis, 1984. Sulla parabola storica di uno specifico gruppo caboclo espulso in seguito alla *Guerra do Contestado* e oggi insediato nel Municipio José Boiteux (SC) si veda P. MARTINS, *Deslocamento e itinerários: uma caracterização da Comunidade Cafusa*, in P. MARTINS (org.), *Sertão do Azulà, a Comunidade Cafusa em perspectiva*, Florianópolis, pp. 19-37.

Non si comprenderebbe però la natura dei conflitti agrari generati dalla modernizzazione delle strutture fondiarie italiana e brasiliana se non si prendessero in considerazione le strategie poste in essere dalle collettività locali in risposta alla liquidazione e all'estinzione dei rispettivi diritti²⁹.

Proprio a partire dalle vicende vissute da quelle collettività capaci di sottrarsi, in Italia, al progetto liquidatorio o di resistere, in Brasile, all'espropriazione e all'espulsione conseguente all'avanzare della frontiera agricola, si può evidenziare una strategia posta in essere per difendere il controllo politico ed economico sia di risorse naturali, sia di territori³⁰. È a partire da tale conflitto che l'appropriazione collettiva, anche se la si consideri stadio prodromico ad una evoluzione lineare degli istituti giuridici proprietari, si trasforma in istituzione non più meta-storica, ma profondamente storicizzata. È in conseguenza di tale reattività che non si può negare come l'appropriazione collettiva - anche se pensata in termini naturalistici di non-proprietà - si proponga come legittimo modello alternativo alla proprietà individualista nell'arena politica deputata alla risoluzione del conflitto³¹.

Tre sono gli elementi che resero "visibili" modelli istituzionali alternativi alla proprietà individuale: la natura collettiva dell'appropriazione, l'essere questa il prodotto di una strategia collettiva a fronte di un conflitto e, infine, la natura identitaria che connota l'appropriazione di una «territorialità»³². In altre parole

²⁹ Sulla «difesa elastica» posta in essere dalle Regole a fronte del progetto liquidatorio nell'esperienza italiana, si veda E. ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1980, pp. 610 e ss.

³⁰ Con riferimento al contesto brasiliano, le istituzioni agrarie individuate come tradizionali da Alfredo Wagner «rappresentano il risultato di una molteplicità di soluzioni apprestate storicamente da parte di diverse categorie di contadini per assicurare l'accesso alla terra, in specifiche situazioni di conflitto aperto. Per queste ragioni furono costruite norme di carattere consensuale e relative credenze magiche e religiose, meccanismi rituali e reciprocità economiche» (A. W. B. DE ALMEIDA, *Terras de Preto, terras de santo, terras de índio - uso e conflito*, in E. M. R. de CASTRO, J. HEBETTE, *Na trilha dos grandes projetos*, Belém, 1989, p. 168).

Tra i gruppi tradizionali individuati dalle scienze antropologiche si possono menzionare *açorianos*, *babaçueiros*, *caboclos/ribeirinhos amazônicos*, *caíçaras*, *caipiras/sitiantes*, *campeiros*, *jungadeiros*, *pantaneiros*, *pescadores artesanais*, *praieiros*, *quilombolas*, *sertanejos/vaqueiros* e *varjeiros* (cfr. J. SANTILLI, *Socioambientalismo e novos direitos*, São Paulo, 2005, p. 132-133).

³¹ Cfr. E. ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Appendice Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1980, pp. 605-614.

³² Tale concetto sviluppato dalle scienze antropologiche è descritto da Little come lo «sforzo collettivo di un gruppo sociale per occupare, usare, controllare e identificarsi con una porzione specifica del suo ambiente biofisico, convertendolo in "territorio"» (P. LITTLE, *Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*, Brasília, 2002, pp. 3-4).

Non a caso Grossi si riferisce a territori nel descrivere le istituzioni appropriate collettive (si veda P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 19, pp. 507-508). Considerazioni analoghe sono svolte da G. ROSSI, *Le*

l'appropriazione, come fatto nel quale non solo si consuma, ma si sedimenta l'acquire, viene attuata non individualmente, ma da un gruppo³³ che pone in essere una specifica strategia appropriativa a fronte di un progressivo aumento della conflittualità per l'accesso e il controllo di specifiche risorse.

La dinamica appropriativa, se consumata in una dimensione collettiva, supera il semplice render proprio una risorsa, in quanto delimita territorialmente un confine³⁴. Il conflitto si articola anche per mezzo di affermazioni identitarie³⁵ ed è naturale che nel mutamento sociale si producano nuove identità legate

radici storiche di demani civici e proprietà collettive: una riflessione tra passato e presente, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2004, 2, p. 85.

Il medesimo concetto sembra trasparire dalle parole del filosofo e giurista Capograssi: «una comunità ha bisogno anch'essa di legarsi alla terra con l'atto di adesione con cui si lega il singolo, di sentire che la vita della terra è complementare con la propria vita, e che l'unione non è furioso strappare cose alla terra, come fa la capra che strappa col morso i germogli, ma è l'opposto, e cioè vivere questa unione e in questa unione». (G. CAPOGRASSI, *Opere*, V, Milano, 1959, pp. 305 e ss).

³³ Di «consorzio soprafamigliare» parla P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 19, p. 545. Il vincolo di sangue, cui fanno riferimento Guidetti e Stahl, deve allo stesso modo essere inteso come rappresentazione culturale di un'unità sociale che caratterizza il gesto appropriativo collettivo. Invocare una medesima origine comune è il prodotto di una re-interpretazione collettiva della storia del gruppo, del quale possono far parte individui non discendenti da un capostipite ma accettati dal gruppo come suoi membri, o che può essere costituito da differenti aggregati «che si associano per formare un solo insieme, a causa di guerra, o di un'epidemia, o di uno spostamento di popolazione, o della colonizzazione di una regione spopolata. Ma anche in questi casi si tratta di una origine comune, ugualmente i membri finiranno per invocare l'origine comune» (M. GUIDETTI, P. H. STAHL, *Introduzione*, in M. GUIDETTI, P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977, p. 16). La riarticolazione flessibile sia della storia comunitaria, sia dei confini identitari esterni ed interni al gruppo è una costante nell'analisi dell'evoluzione demografica dei popoli *indígenas*. Molti dei gruppi oggi esistenti costituiscono il frutto di una fusione tra differenti etnie, dislocatesi (a volte forzatamente) e riarticulatesi dinnanzi all'espansione della frontiera agricola nazionale. L'ascendenza etnica rimane criterio rilevante nell'organizzazione della collettività in sottogruppi, di natura familiare, rilevante anche sotto un profilo economico. Non è raro infatti che specifiche arti vengano esercitate sulla base di tecniche tradizionali tramandate all'interno del sottogruppo individuato su base etnica. Questo processo non contraddice né l'unità del gruppo *indígena*, né il suo riarticolarsi all'interno del movimento dei popoli *indígenas* - come concetto artificiale costruito genericamente per individuare chi non è parte della società colonizzatrice - dinnanzi alle autorità statali. Paradigmatica la vicenda della comunità Beijaflor, nel municipio di Manaus. Cfr. E. DE A. FARIAS JUNIOR, *Terras indígenas nas cidades - lei municipal de desapropriação n. 203 Aldeia Beija-flor, Rio Preto da Eva*, Manaus, 2009.

³⁴ Come afferma Grossi con riferimento alla proprietà collettiva «autentica»: «[il] proprio [...] serve essenzialmente come limite verso l'esterno, come elemento per circoscrivere la sfera giuridica di quel consorzio agnatico da sfere giuridiche limitrofe di altri consorzi, di privati e di enti pubblici» (P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 19, p. 542).

Proprio in virtù di un «legame affettivo e culturale» i diritti collettivi «permarranno nella coscienza sociale e quindi nell'ordinamento anche in presenza dell'ormai affermata concezione illuministica della proprietà» (F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Napoli, 2000, pp. 27-28).

³⁵ Cfr. I. M. WALLERSTEIN, *Geopolitica e geocultura*, Trieste, 1999, p. 161, il quale parla della cultura come di un «campo di battaglia ideologico del sistema-mondo moderno».

imprescindibilmente ad un territorio³⁶ come epicentro simbolico di una narrativa collettiva³⁷. Le variabili che hanno condizionato il successo nel conflitto sono molteplici. Certamente ha rivestito grande importanza la coesione del gruppo territoriale, rafforzata da ulteriori fattori di tipo etnico, linguistico, culturale. È risultata rilevante inoltre la marginalità geo-culturale che ne caratterizzò la posizione nel sistema politico-economico³⁸, come analogo peso rivestì la natura economica delle risorse territoriali, cui corrispose un minor o maggior interesse nell'integrare il locale al sistema economico-politico di riferimento.

Le considerazioni ora svolte trovano conferma nella letteratura prodotta, in Brasile, dalle scienze antropologiche in seguito all'analisi di forme di uso comune di terre possedute da alcune comunità rurali "tradizionali". Se in una prospettiva statica tali forme di uso indicano «situazioni in cui il controllo delle risorse basilari non è esercitato liberamente e individualmente [...] ma attraverso norme specifiche [...] stabilite tra vari gruppi familiari» riguardo un «uso comune delle risorse e

³⁶ Proprio il territorio è uno degli elementi costitutivi delle comunità di villaggio o familiari. Come viene affermato da Guidetti e Stahl, «il territorio appartiene al gruppo; la coscienza di tutti di possedere in comune un territorio è estremamente viva. Lo si difende contro gli estranei, si conoscono i suoi confini, gli si danno molti nomi legati alla vita del gruppo e alle sue attività». L'importanza di tramandare i confini del territorio comunitario è dimostrato dalla pratica, nota in Europa sia in Oriente che in Occidente, di «condurre i bambini piccoli sui punti essenziali del perimetro, e di batterli duramente una volta sul posto perché si ricordino di questo gesto e del luogo di confine» (M. GUIDETTI, P. H. STAHL, *Introduzione*, in M. GUIDETTI, P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977, p. 20).

Al confine del territorio comunitario si associano le frontiere interne, che separano i vari villaggi e, nel villaggio, i beni assegnati a ogni singola famiglia. Cfr. M. GUIDETTI, P. H. STAHL, *Introduzione*, in M. GUIDETTI, P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977, p. 21.

³⁷ Il basare l'alterità di un'appropriazione istituzionale collettiva su di un elemento identitario è preferibile rispetto ad una «fondazione antropologica» che può assumere toni oggettivisti. I diversi fondamenti antropologici cui fa riferimento Grossi nel tratteggiare i modelli di proprietà individuale e collettiva (P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 19, p. 543), seppur rendano conto della diversità nel concepire modi e funzioni dell'appropriazione, lasciano in secondo piano la prospettiva dinamica da cui tale diversità nacque, ossia quella tensione che sottende l'incorporazione del particolare nel generale, del territorio periferico nello spazio di un controllo politico centrale.

Sia in Italia che in Brasile non si potrebbe comprendere la appassionata difesa accademica di istituzioni di proprietà collettiva, se non si cogliesse l'impegno di promuovere la tutela di gruppi territorialmente e culturalmente marginalizzati nella costruzione delle rispettive identità nazionali. Con riferimento all'esperienza italiana, tale affermazione si desume dal valore che connota il riferimento fatto da Bolla, nel perorare la causa delle proprietà collettive, ai "montanari" e ad un principio di giustizia sociale (G. G. BOLLA, *Scritti di diritto agrario*, Milano, 1963, *apud* P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 19, pp. 516-517).

³⁸ G. ROSSI, *Le radici storiche di demani civici e proprietà collettive: una riflessione tra passato e presente*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2004, 2, p. 95.

l'appropriazione privata dei beni»³⁹, in una prospettiva dinamica sono il «risultato di ripetuti conflitti, durati per decenni e che, prima di reindirizzare la nostra analisi a formazioni pre-capitaliste, indicano la crisi [dello stesso] sviluppo capitalista»⁴⁰.

Le parole riportate sembrano cogliere appieno il significato moderno di un processo di storicizzazione dell'appropriazione collettiva, che non potrebbe essere negato neanche da chi la consideri fenomeno, se mai esistito, di natura «proto-storica»⁴¹.

Il passo riportato ci indica però un secondo elemento cui si deve prestare la debita attenzione. Se sul fronte esterno l'istituzionalizzazione di un'appropriazione collettiva si è consolidata in quanto risposta a dinamiche centripete, sul versante interno essa risponde a problemi non difforni da quelli che, nella teoria economica dell'appropriazione, diedero fondamento alla nascita della proprietà privata individuale, non ultimo un problema di regolazione pubblica degli usi dinnanzi ad un progressivo aumento della scarsità della risorsa⁴². I fattori che hanno facilitato l'affermazione di un'appropriazione collettiva di un territorio rispetto ad agenti esterni non sono dissimili da quelli che possono influire sulla concreta istituzionalizzazione di una strategia collettiva nell'affrontare, internamente al gruppo, una gestione delle risorse orientata a risolvere i problemi di scarsità e la regolazione delle relazioni inter-soggettive su cui essi si riflettono modificando dinamicamente l'equilibrio sociale. La coesione del gruppo, la natura e il grado del conflitto con soggetti esterni, il valore economico delle risorse e la loro natura sono alcune variabili rilevanti per esemplificare i processi che condussero alla collettivizzazione o all'individualizzazione di beni presenti nel territorio su cui il gruppo è insediato. Ma laddove la strada intrapresa condusse a una collettivizzazione delle risorse, essa fu preconditione per una loro gestione e una regolazione pubblica di gesti appropriativi privati.

³⁹ A. W. B. DE ALMEIDA, *Terras tradicionalmente ocupadas*, Manaus, 2006, p. 24.

⁴⁰ A. W. B. DE ALMEIDA, *Terras tradicionalmente ocupadas*, Manaus, 2006, p. 81.

⁴¹ U. PETRONIO, *Rileggendo la legge sugli usi civici*, in AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, pp. 91.

⁴² La scarsità di una bene, da cui discende la sua natura economica, è considerata nelle teorie economiche classiche la causa dell'introduzione dell'istituto della proprietà privata individuale. Cfr. C. Menger, *Princípios de economia política*, São Paulo, 1987, p. 284. Come viene evidenziato in dottrina, la progressiva scarsità delle risorse è stato inoltre uno dei fattori che ha portato alla funzionalizzazione sociale del diritto di proprietà (cfr. P. Rescigno, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, II, p. 863). Entrambi i fenomeni esprimono dinamiche complementari dinnanzi a medesimi problemi.

2. *L'istituzione appropriativa collettiva: una nozione descrittiva*

Prima di procedere ad una analisi delle vicende vissute dalle istituzioni appropriative collettive nel venire in contatto con l'ordinamento giuridico moderno è opportuno delineare una nozione che esemplifichi, in termini generali, il rapporto tra collettività, singoli e patrimonio collettivo.

Sotto un profilo soggettivo vi è un corpo sociale⁴³, composto da un insieme di individui legati da un vincolo di appartenenza di natura territoriale. Sotto un profilo oggettivo vi è un patrimonio collettivo, tale in quanto oggetto di un gesto appropriativo non individuale e non privato che precede logicamente e temporalmente l'esercizio dei diritti imputati ai singoli in quanto membri della collettività⁴⁴. Sul patrimonio quindi ricadono allo stesso tempo da un lato un diritto imputato alla collettività, dall'altro lato una serie indeterminata di diritti imputati ai singoli.

I beni che fanno parte del patrimonio collettivo sono destinati all'esercizio prioritario dei diritti di godimento imputati ad ogni singolo membro - seppur non siano da escludere forme di godimento collettivo. L'uso del patrimonio viene regolato "necessariamente" dall'istituzione collettiva⁴⁵, responsabile anche di una

⁴³ Trattasi di un'organizzazione sociale che unisce un gruppo in «comunità di vita», prima che «comunità di proprietà» (M. GUIDETTI Massimo, P. H. STAHL, *Introduzione*, in GUIDETTI Massimo, STAHL Paul H. (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977, p. 14). Nonostante ciò la declinazione collettiva dell'istituto proprietario che nel presente lavoro si vuole analizzare, rilevato negli ordinamenti presi in considerazione attraverso il concetto di diritto collettivo originario di natura dominicale, perderebbe in gran parte il senso della propria specificità, anche in termini giuridici, se non si prendesse in considerazione l'istituzionalizzazione di del rapporto tra una comunità locale, quale soggetto collettivo, e un territorio.

⁴⁴ Cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Napoli, 2000, p. 30. Analogamente V. CERULLI IRELLI, *Proprietà collettive e usi civici nel sistema vigente, tra diritto comune e disciplina speciale delle comunità dell'arco alpino (con particolare riferimento alla Comunità di Fiemme)*, in AA.VV., *La Magnifica Comunità di Fiemme dal Mille al Duemila*, Trento, 1991, p. 54.

⁴⁵ Trattasi di un funzione necessaria a fronte di una pluralità di posizioni su di un medesimo bene. Come afferma Palermo, «è evidente che quando concorrono più diritti della medesima natura sullo stesso oggetto, può determinarsi un conflitto di interessi tra i diversi contitolari ed è per questo motivo che, pur permanendo unico e sostanzialmente identico, il vincolo tra i soggetti può mutare, secondo i criteri di valutazione espressi dalla coscienza sociale variabili storicamente, la disciplina giuridica del rapporto interno tra i contitolari, le sfera di potenzialità dispositiva riconosciuta a ciascuno di essi rispetto all'interno, il limite di responsabilità che circonda l'azione del singolo contitolare» (A. PALERMO, *Enfiteusi - superfice - oneri reali - usi civici*, Torino, 1965, p. 662). In termini analoghi si esprime Cerulli Irelli, il quale definisce «indispensabili per la gestione di qualsiasi situazione giuridica collettiva» «quelle funzioni organizzative centralizzate» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 310) assunte dall'ente quale strumento della collettività.

certa pianificazione del territorio. Le facoltà regolative vengono esercitate per mezzo di atti deliberativi⁴⁶, amministrando una tradizione (come consuetudine capace di conformarsi elasticamente alle esigenze presenti⁴⁷) che rimane nella disponibilità del gruppo organizzato⁴⁸.

La nozione ora delineata, se può considerarsi esauriente nel descrivere in termini generali quale assetto abbia assunto storicamente l'istituzione appropriativa collettiva, non esaurisce invece le questioni che debbono essere risolte nel tradurre in termini giuridici le rispettive facoltà individuali e collettive. La trasposizione in

⁴⁶ Come afferma De Martin «la natura e il funzionamento delle comunità [...] si sono generalmente consolidati in base al principio di riserva dei poteri di disposizione e di fruizione di determinati beni vitali (per i singoli e per il gruppo) alle deliberazioni della comunità interessata» (G. C. DE MARTIN, *La riscoperta e la attuale rilevanza delle comunità di villaggio*, in ID., *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, p. 8-9). Analogamente, l'esistenza di regole tradizionali oggetto di continua rielaborazione da parte del gruppo territoriale è sottolineato da A. W. B. DE ALMEIDA, *Terras de Preto, terras de santo, terras de índio - uso e conflitto*, in E. M. R. de CASTRO, J. HEBETTE, *Na trilha dos grandes projetos*, Belém, 1989, p. 163.

⁴⁷ Sui contrapposti concetti di «tradizione (inventata)», che si caratterizza per una propria immutabilità, e «tradizione autentica» o «consuetudine», flessibile e capace di evoluzione, si veda E. J. HOBBSAWM, *Introduzione: come si inventa una tradizione*, in E. J. HOBBSAWM, T. RANGER (a cura di), *L'invenzione della tradizione*, Torino, 1987, pp. 4-5.

⁴⁸ Diciotti definisce la «comunità di proprietà collettiva» quella in cui tutti i beni sono collettivi, ossia nella quale «conformemente all'ordinamento giuridico, tutti gli individui sono liberi di farne uso (o, più precisamente, sono liberi di farne gli usi che in via generale non sono vietati o resi obbligatori dalle norme giuridiche necessarie per tutelare diritti a prestazioni: per capirci, una corda può essere liberamente usata da tutti, ma non per strangolare altri individui, se vi è una norma che vieta l'omicidio)» (E. DICIOTTI, *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale*, in *Ragion pratica*, 2003, 20, p. 133). Analogamente definisce «la comunità di proprietà pubblica» come una comunità nella quale «i cittadini possono congiuntamente disciplinare l'uso di essi[i], vietandone l'uso ad alcuni individui o conferendo la libertà di farne uso a individui diversi in momenti diversi». È pubblica quindi una comunità «in cui non sono posti limiti ai poteri dell'organo giuridico - costituito da tutti i membri della comunità o dai loro rappresentanti - competente a disciplinare l'uso di essi» (E. DICIOTTI, *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale*, in *Ragion pratica*, 2003, 20, p. 136). Tale distinzione sembra in parte errata. L'elemento discriminante pare risiedere nei limiti posti ad un potere di disciplina che compete all'organo pubblico nella comunità di proprietà collettiva. Ma se è vero che nella proprietà collettiva l'uso viene conformato secondo legge da poteri conformativi per garantire diritti pretensivi (che come definiti dall'autore sono obblighi di fare e non fare), l'inquadramento nella prima o nella seconda categoria di una data comunità non dipenderà dal regime giuridico istituito, ma da un lato dalla scarsità o dalla natura delle risorse, e dall'altro lato dai diritti pretensivi riconosciuti in una comunità. La garanzia nella comunità di proprietà collettiva di diritti pretensivi determinati per legge implica l'esistenza di una autorità politica deputata a regolare l'accesso ai beni collettivi. In una situazione di scarsità una comunità di proprietà collettiva tenderà a trasformarsi in comunità di proprietà pubblica. La distinzione si presenta dipendente da variabili accidentali che non indicano, a nostro avviso, una costitutiva differenza tra i due modelli. La distinzione si dimostra costitutivamente veritiera assumendo che nella comunità di proprietà collettiva, l'uso sia libero in quanto non limitabile dal riconoscimento di diritti pretensivi (non a caso l'autore propone un esempio in cui si prescrive un obbligo di non fare). Sembra che la premessa indichi come i beni, in verità, non siano collettivi, ma comuni, riproponendo quel fraintendimento che ha reso equivalente, erroneamente, un accesso regolato (proprietà collettiva) rispetto ad un uso illimitato (proprietà comune). Cfr. E. DICIOTTI, *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale*, in *Ragion pratica*, 2003, 20, pp. 130 e ss.

termini giuridici dei rapporti esistenti in un'istituzione appropriativa collettiva è operazione che si dimostra complessa per due motivi.

In primo luogo perché il concetto di proprietà collettiva, generalmente utilizzato per indicare l'insieme di rapporti che gravitano su di un bene appunto collettivo - oltre a non presentarsi univoco, prestandosi ad un utilizzo a-tecnico - non chiarisce la distinzione, a nostro avviso opportuna, tra facoltà regolatorie, attribuite alla collettività, e facoltà di godimento attribuite ai singoli. Esso si presenta definito negativamente come ciò che non è riconducibile a proprietà individuale.

In secondo luogo i concetti del diritto codificato mal si attagliano ai rapporti che si sono evidenziati. I contenuti della posizione individuale non sono paragonabili a un diritto d'uso, che nasce su cosa altrui per volontà del proprietario, per usucapione o per destinazione pubblica e estinguibile per non uso; non è diritto d'usufrutto, costituito su *res aliena* e limitato per propria natura nel tempo. Vi sono elementi che distinguono i diritti di cui ci si occupa dall'istituto della comunione della tradizione romanistica. È un qualcosa di altro e differente nel proprio fondamento.

Nella nozione descrittiva proposta due sono i fattori che determinano il concreto articolarsi delle relazioni tra individui, collettività e bene collettivo.

Sotto il primo profilo assumono particolare importanza i criteri che, determinando l'appartenenza, attribuiscono il diritto di accesso individuale. Sotto il secondo profilo si devono evidenziare i principi che orientano l'esercizio dei poteri regolativi collettivi, che possono essere conservativi, equitativi⁴⁹, re-distributivi⁵⁰.

⁴⁹ Giova ricordare come nelle comunità di villaggio, o familiari, le operazioni di ripartizione delle risorse in un'economia agricola complessa (in cui l'unità economica abbisognava di terre coltivabili, di zone adibite al pascolo, accesso alle risorse idriche, accesso a materie prime) era dominata da una evidente «preoccupazione egualitaria» (M. GUIDETTI, P. H. STAHL, *Introduzione*, in M. GUIDETTI, P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977, p. 21). Analoghe considerazioni sono svolte da Maine (H. S. MAINE, *The western village community*, in ID, *Village community in the East and West*, Londra, 1876, ripubblicato in M. GUIDETTI, P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977, p.336).

⁵⁰ Nella proprietà collettiva quindi si ricompongono quelle facoltà di godimento e di regolazione che nel concetto moderno di proprietà sono state scisse in una posizione individuale di natura economica in capo al soggetto, di una posizione collettiva di natura regolativa. Cfr. R. SACCO, *Antropologia giuridico - contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007, p. 268. Già in un'opera precedente l'autore aveva proposto il concetto di proprietà dissociata, che invero richiama direttamente l'attualità del dominio diviso come utile schema interpretativo della proprietà funzionalizzata. Cfr. R. SACCO, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968, p. 105. La dissociazione del

Entrambi i fattori vennero influenzati dall'interazione tra ordinamento locale (istituzioni appropriate collettive) e ordinamento centrale, che decretò, come si vedrà, il riconoscimento giuridico o l'esenzione dal progetto liquidatorio. Da un lato i criteri che presiedono all'appartenenza vennero determinati dall'ordinamento direttamente - come avviene nell'ordinamento italiano per i beni gravati da uso civico - o indirettamente, recependo le consuetudini o le tradizioni statuite nell'ambito di una autonomia istituzionale. Dall'altro lato sia i diritti di accesso individuali, sia i poteri collettivi esercitabili collettivamente non si sottrassero all'opera di conformazione che irrimediabilmente coglie ogni diritto riconosciuto in un ordinamento governato da un sistema di principi.

La caratterizzazione dei diritti imputati ai singoli membri dell'istituzione e alla collettività ci permette di svolgere alcune considerazioni.

In primo luogo l'istituzionalizzazione di una appropriazione collettiva, lungi dal collettivizzare l'esercizio di attività economica, garantì un'appropriazione individuale, seppur regolata per mezzo di deliberazioni pubbliche. Tali diritti appaiono nel contenuto simili a una proprietà conformata, come definita dalla trasformazione del paradigma proprietario seguito alla funzionalizzazione sociale dell'istituto. La contrapposizione tra appropriazione collettiva e appropriazione individuale, se paradigmatica nel periodo in cui si affermò l'egemonia del modello proprietario dominativo, deve essere oggi rivisitata dinnanzi all'introduzione, anche nel modello individualista, di quel momento relazionale che caratterizza costitutivamente il modello proprietario collettivo, riducendo quindi lo scarto esistente tra le rispettive configurazioni. La regolazione dei gesti appropriativi

dominio nella proprietà costituzionalmente funzionalizzata è affermata esplicitamente da Perlingieri, per il quale «oggi non c'è più l'unità del dominio, ma piuttosto vi è la consapevolezza precisa - non solo degli interpreti ma del legislatore stesso - che esiste una pluralità di domini (P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 59). Si interroga sull'utilità di un rinnovato utilizzo «della categoria del dominio eminente» per comprendere il fenomeno della funzionalizzazione sociale della proprietà Sandulli, che pur esprimendo un'opinione negativa, ritiene legittimità la domanda (A. SANDULLI, *Dominio eminente*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 1908-1910). Secondo Caputi Jamberghi l'accostamento tra il concetto di dominio eminente e un «potere di polizia ambientale», pur essendo approssimativo, certamente non è errato (V. CAPUTI JAMBERGHI, *Tutela dell'ambiente e beni pubblici*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, p. 340).

individuali esercitati in virtù di un'appartenenza pare simile alla conformazione delle facoltà proprietarie resa possibile in virtù della funzione sociale della proprietà⁵¹.

Una seconda considerazione deve inoltre essere svolta sull'utilità della nozione di istituzione appropriativa collettiva per comprendere le esperienze in cui i contenuti delle facoltà regolative collettive siano stati completamente assorbiti dalle funzioni degli enti pubblici territoriali, o predeterminate con disposizione legislativa. La medesima questione si presenta nelle situazioni in cui il patrimonio collettivamente appropriato sia attualmente oggetto di un titolo di proprietà privato⁵², rendendo estremamente ridotti i contenuti dei diritti collettivi discendenti dall'appartenenza all'istituzione collettiva.

Queste sono situazioni che si presentano nei casi in cui la resistenza locale all'incorporazione economico-politica - prodotta dal contatto delle istituzioni collettive con l'ordinamento giuridico moderno - non si rivelò sufficiente per mantenere il controllo sulle risorse territoriali. Nel primo caso le facoltà regolatorie vennero assorbite nell'accentramento delle funzioni normative da parte dello Stato. Nel secondo caso il patrimonio collettivo venne parzialmente attratto nell'orbita dell'escludente rapporto uomo-bene, come concepito nella proprietà moderna.

Sulla base di questa considerazione sembra corretto, nell'opinione di chi scrive, riaffermare l'originaria natura «genuinamente» istituzionale di una appropriazione collettiva che - nell'assenza di un ente che renda visibile l'organizzazione della collettività - si consumi in diritti di uso oggi estremamente ridotti⁵³, seppur di natura dominicale, esercitati individualmente. La trasformazione

⁵¹ Risulta di particolare interesse un passo scritto da Barcellona. Secondo l'autore, «dal contesto della disciplina costituzionale [...] si ricaverebbe che l'attribuzione dei poteri al proprietario non è più un'attribuzione incondizionata, cioè non è più un'attribuzione effettuata in favore del singolo in quanto tale, astrattamente considerato, bensì ha come punto di riferimento il soggetto privato in quanto socio, in quanto membro della comunità» (P. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche, sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 459). La funzione sociale evidenzia quel legame da cui discende una sorta di capacità di essere proprietario. L'affermazione, che appare suggestiva all'interno del presente lavoro, viene sviluppata solo marginalmente dall'autore.

⁵² Tale ipotesi nel caso italiano si presenta principalmente nel Sud Italia, dove le leggi abolitive della feudalità (L. 2 agosto 1806, cui seguì la L. 1 settembre 1806, il Regio Decreto 8 giugno 1807, poi confermata con le LL. 12 dicembre 1816 e 21 marzo 1817, si veda A. PALERMO, *Enfiteusi - superficie - oneri reali - usi civici*, Torino, 1965, pp. 587 e ss.) permisero la trasformazione dei titoli feudali in allodiali, pur mantenendo integri i diritti acquisiti dalle popolazioni locali. All'appropriazione originaria collettiva si sovrappose il titolo allodiale dell'ex-feudatario, costituendosi così due centri di imputazione sul medesimo bene (Cfr. L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, pp. 48 e ss).

⁵³ Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 19, pp. 507-508.

subita dalle istituzioni appropriative collettive rappresenta l'esito del conflitto che ognuna di esse ha sostenuto nel venire in contatto con l'ordinamento giuridico moderno. Dall'esito del conflitto non si può desumere, a nostro avviso, una specialità che distingua, sulla base di una costitutiva differenza, i diritti scaturiti dall'appropriazione collettiva. Ciò comporterebbe assumere come giuridicamente legittime le ragioni politiche che invece governarono il processo di liquidazione selettiva dei diritti collettivi.

Una terza considerazione deve essere svolta sull'importanza dell'autonomia collettiva nella regolazione dei diritti individuali, in parte oscurato da una concezione dell'istituzione appropriativa collettiva che la rende mero strumento rispetto ad uno "statuto normativo" del patrimonio. Nella dottrina storico-giuridica infatti si evidenzia come, sul versante interno, la regolazione dei diritti individuali venga subordinata alla norma riposta nella natura dei beni. Questo schema può facilmente essere interpretato alla luce di un concetto di «sostenibilità forte»⁵⁴, essendo il «primato della cosa sul soggetto»⁵⁵ garante di una gestione conservativa. In altri termini lo statuto del bene si riflette nei vincoli che la sue capacità rigenerative pongono al suo utilizzo⁵⁶. Tale affermazione, se rende storicamente conto dei motivi per cui alcune istituzioni riuscirono a garantire una propria efficienza economico-gestionale, non deve essere assunto come principio costitutivo di un "altro modo di possedere"⁵⁷.

⁵⁴ G. WINTER, *A fundament and two pillars, the concept of sustainable development 20 years after the Brundtland report*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, p. 31.

⁵⁵ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 19, p. 543.

⁵⁶ L'affermazione peraltro non tiene in debito conto del fatto che vi sono forme di godimento, come lo sfruttamento di cave, che consumano irrimediabilmente il territorio. Si dubita che l'allocatione della risorsa in mano a un'istituzione appropriativa collettiva precluda il loro sfruttamento, pur se altamente impattante. L'attività estrattiva, oltre a dissipare materialmente il territorio, compromette a medio-lungo termine ogni altro utilizzo del suolo, depauperando il patrimonio boschivo, compromettendo il valore ambientale-paesaggistico, producendo inquinamento acustico e atmosferico. Ciò non toglie che lo sfruttamento diretto o indiretto operato da un'istituzione appropriativa collettiva presenti delle differenze rispetto ad uno sfruttamento operato da mano privata. La redistribuzione indiretta delle utilità generate dall'esercizio di attività economica e una maggior attenzione all'internalizzazione delle esternalità negative prodotte sull'ambiente nella valutazione costi-benefici sono diretta conseguenza di una logica collettiva che sicuramente distingue, rispetto ad una appropriazione individualistica, l'amministrazione collettiva del patrimonio, seppur lesiva dello "statuto normativo del bene".

⁵⁷ Sulla letteratura economica espressasi sull'efficienza di un'appropriazione collettiva si veda R. MOLESTI, *La proprietà collettiva nella storia del pensiero economico*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2004, 2, pp. 1-17, specialmente pp. 8 e ss.

A nostro avviso se è vero che la natura della cosa si impone sul soggetto, come individuo, essa non si sottrae alla collettività e ai suoi poteri regolativi. In altre parole se una gestione conservativa del bene, spesso indicata per valorizzare le proprietà collettive, prevale sul singolo, non prevale rispetto alle generali necessità della collettività. È possibile che, a fronte di contingenze storiche di particolare difficoltà, vi sia una deliberazione che legittimi una dissipazione del patrimonio in detrimento del profilo conservativo che non benefici il singolo, ma la generalità composta da ogni singolo comunista. Questa è una soluzione estrema, seppur possibile e legittima, in quanto la natura della cosa è rispettata in ragione di una razionalità locale che si manifesta per corrispondere alle esigenze della collettività. Tale ipotesi, come estrema *ratio*, è residuale rispetto ad altri strumenti tra i quali la ridefinizione in via generale del contenuto dei diritti individuali di accesso o la manipolazione dei criteri che individuano chi possa materialmente esercitarli (introducendo il più delle volte, come dimostra la storia, discriminazioni di genere). Quello che è importante sottolineare è la preminenza del potere regolativo della collettività, come espressione della sua autonomia, tenendo presente che i meccanismi di partecipazione deliberativa costituiscono, di per sé, un forte strumento di controllo rispetto a scelte viziate per una loro intrinseca irrazionalità.

Ciò non toglie che un'appropriazione collettiva, a partire dal momento in cui venne riconosciuta in un determinato ordinamento giuridico, possa essere a sua volta conformata coerentemente ad un sistema costituzionale informato dal principio della funzione sociale della proprietà⁵⁸. Tale prospettiva non rende l'appropriazione meno sostenibile, in quanto questa qualificazione dipende, prima che da un contenuto tecnico, dalla partecipazione ad un processo dinamico che definisce l'equilibrio nel conflitto tra ordinamento statale legalista vs ordinamento locale statutario.

⁵⁸ La legittimità di una conformazione legislativa e amministrativa dei diritti di godimento attribuiti ai singoli è stata affermata dalla Corte costituzionale, con riferimento a beni civici ricompresi nel perimetro del Parco naturale regionale dei Monti Simburni, istituito con L. R. Lazio 29 gennaio 1983, n. 8. L'esercizio degli usi era stato subordinato ad autorizzazione della Giunta regionale. In questo frangente la Corte pronunciò un giudizio di non fondatezza circa i dubbi di costituzionalità sollevati rispetto ai parametri costituzionali dettati dagli artt. 42, 117 e 118, CI, in quanto reputò legittima «la legislazione regionale nella definizione dei modi di godimento e dei limiti del diritto di proprietà sui beni di interesse ecologico per assicurarne la funzione sociale (art. 42, secondo comma, Cost.), alla quale sono soggetti anche i demani civici» (Corte cost., 3 ottobre 1990, n. 430, in *Giur. costit.*, 1990, p. 2570). Si veda inoltre Corte cost., 11 luglio 1989, n. 391, in *Cons. Stato*, 1989, II, p. 989.

3. *Le vicende delle istituzioni appropriative collettive nell'ordinamento giuridico moderno: tra la liquidazione selettiva ed il riconoscimento casistico*

Le considerazioni svolte si possono riassumere nelle seguenti affermazioni. L'istituzionalizzazione di un'appropriazione collettiva fu il frutto di conflitti territoriali cresciuti esponenzialmente nell'attuazione del processo di modernizzazione degli istituti giuridici appropriativi. Essa costituisce non solo una condizione precedente all'appropriazione individuale, ma una strategia collettiva contestuale e reattiva rispetto al conflitto che, se non è sorto con la modernità⁵⁹, a partire dalla modernizzazione delle strutture giuridiche proprietarie si è modificato sia qualitativamente che quantitativamente. Ridurre l'appropriazione collettiva ad un primitivismo agrario pre-storico non rende conto dei processi legati all'istituzionalizzazione dell'appropriazione collettiva per come sono rilevati dalle discipline storico-antropologiche⁶⁰. Queste istituzioni, oltre a segnare il confine di una territorialità che definisce un'appartenenza identitaria, costituiscono uno strumento regolatore dell'appropriazione individuale, rispetto alle risorse collettive, rispondendo a problemi essenzialmente moderni. Poteri regolativi collettivi e facoltà di godimento individuale costituiscono i due elementi strutturali che vengono a essere trasposti in differenti posizioni giuridiche rispettivamente individuali e collettive, ricadenti sull'intero patrimonio.

Dall'articolazione delle relazioni tra collettività, individui e patrimonio si è descritto - in termini validi sia per l'esperienza italiana che per quella brasiliana - l'assetto che caratterizza le istituzioni appropriative collettive.

⁵⁹ Come osserva Palermo, «nell'età intermedia, e per evitare le inique reversioni al padrone e per conservare il patrimonio faticosamente conquistato, gli agricoltori (villani, famili, libellari) furono portati a raggrupparsi oltre che in comunioni domestiche, in più vasti raggruppamenti di famiglie rustiche (compagnie agricole). Queste più vaste associazioni agrarie erano anche esse sotto un capo che le amministrava, che stipulava gli acquisti e vendite di bestiame, le affittanze e le prestazioni nei confronti del padrone, sentito il parere dei consorti» (A. PALERMO, *Enfiteusi - superficie - oneri reali - usi civici*, Torino, 1965, p. 664).

⁶⁰ In questo senso «l'apprensione originaria della terra in determinate condizioni di vita si pone come precedente storico assoluto, difficilmente individuabile da un punto di vista temporale», ma «quando si parla di usi civici e di proprietà collettive soltanto in modo parziale si descrive il fenomeno primitivo prima illustrato. Il quale si attesta, piuttosto, quale fase prodromica e, comunque antecedente logico di ogni forma di godimento che quelle nozioni esprimono» (L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 12).

Se simili furono i tratti nei quali si configurarono storicamente le istituzioni appropriative collettive, differenti furono i processi per mezzo dei quali si attuò la progressiva incorporazione dei rispettivi territori nei sistemi politici ed economici delineatesi con l'avvento della modernità.

Nell'esperienza italiana l'appropriazione collettiva come fatto venne giuridicizzata a partire dall'età feudale. I diritti collettivi nacquero dal gesto originario con cui una «collettività di persone, [...] intesa come insieme organizzato nonché come somma di singoli (assunti dunque come *uti universi* nonché come *uti singuli*), [divenne] titolare di un diritto soggettivo di natura reale avente ad oggetto la cosa stessa e come contenuto l'esercizio del godimento e dell'uso»⁶¹. All'atto apprensivo originario, nel quale si consumò una generale ed astratta capacità appropriativa, seguì l'acquisizione di un diritto che storicamente si saldò al territorio occupato, destinato quest'ultimo all'esercizio di specifici diritti individuali.

Il soggetto ritenuto capace di una appropriazione collettiva fu la comunità locale, quale «ente di fatto, sorto per la necessità della difesa, per interessi comuni, per la comunanza stessa di vita in un luogo, non altrimenti del *vicus*, del *pagus*, della *marca* del diritto germanico»⁶². Il fattore aggregante di queste *universitas* era costituito «non da vincoli di natura privatistica, ma da un vincolo eminentemente pubblicistico, [...] politico, cioè dal vincolo di “incolato”: abitare, vivere nello stesso luogo»⁶³. Dalla coabitazione stabile discese l'acquisto di diritti all'uso di determinati beni già collettivamente appropriati. All'uso diretto si accompagnava un diritto di

⁶¹ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, pp. 166-167. Queste sono le circostanze che individuano, nell'opinione dell'autore, una categoria di beni chiamate «cose pubbliche». I concetti elaborati aiutano a superare un concetto positivo di bene pubblico che abbia come proprio elemento costitutivo la natura pubblica del soggetto titolare del diritto di proprietà.

⁶² G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui demani comunali - usi civici*, Milano, 1939, p. 21. Come evidenzia l'autore, essa è concetto che supera qualitativamente il borgo, il centro abitato, la frazione, ossia quei riferimenti che verranno adottati nella razionalizzazione territoriale promossa con le ripartizioni amministrative in cui si articolò lo Stato-nazione. Quello che rileva è l'esistenza di una comunanza di interessi territorialmente radicata, che prescinde dalla ripartizione amministrativa moderna dello Stato. In questo senso assume rilievo la frazione, da non intendere nei termini assunti dalla normazione comunale e provinciale (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 314), ma invece come collettività capace di porsi sostanzialmente come centro di imputazione di diritti collettivi di natura dominicale.

⁶³ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà collettive e usi civici nel sistema vigente, tra diritto comune e disciplina speciale delle comunità dell'arco alpino (con particolare riferimento alla Comunità di Fiemme)*, in AA.VV., *La Magnifica Comunità di Fiemme dal Mille al Duemila*, Trento, 1991, p. 54. Analoga la nozione nella giurisprudenza, la quale ha precisato come «gli usi civici sono un diritto proprio del cittadino della terra infeudata; essi conseguono dall'incolato, cioè dal rapporto che lega stabilmente l'individuo alla terra su cui abita» (Cass., 27 marzo 1936, n. 1058, in *Mass. giur. it.*, 1936, p. 318).

beneficiare indirettamente degli utili derivanti dal potenziale esercizio collettivo di attività economica per mezzo del patrimonio collettivo, nonché il diritto di partecipazione ai processi decisionali regolativi dei rispettivi diritti.

Il pregiudizio verso forme di uso collettivo che seguì l'avvento della modernità portò alla predisposizione di strumenti legali per liquidare i diritti collettivi acquisiti e per normalizzare la loro eccezionalità nell'ambito degli istituti di diritto codificato⁶⁴. Gli interventi di riorganizzazione fondiaria di volta in volta attuati, vennero promossi per perseguire al contempo un razionale sfruttamento del suolo⁶⁵ e una ripartizione del patrimonio collettivo orientata a principi redistributivi. Trattavasi di un intervento quindi originariamente pensato come transitorio e attuato per attrarre al diritto comune, ossia alla proprietà individuale, ciò che invece era prima sottratto alla logica proprietaria.

Nei ripetuti interventi legislativi emanati nel corso della pendente attuazione del progetto liquidatorio - peraltro mai portato a termine - si introdussero, sulla base di criteri non sempre univoci, delle disposizioni derogatorie favorevoli alla conservazione di alcune delle esperienze appropriative collettive. Nell'individuare i criteri sulla base dei quali operare una liquidazione selettiva si prestò attenzione agli assetti nelle quali si consolidarono.

Dalle vicende storiche che interessarono le istituzioni appropriative collettive si può rilevare come alla comunità locale si sostituì, in alcuni casi, un gruppo più

⁶⁴ Facendo riferimento alla legislazione post-unitaria, si possono menzionare la legge per la liquidazione dei diritti collettivi nel Tavoliere di Puglia (L. 26 febbraio 1865, n. 2168), nella Sila (L. 25 maggio 1876, n. 3124), in Basilicata (L. 31 marzo 1904, n. 140), in Toscana (L. 15 agosto 1867, n. 3910), in Sardegna (L. 23 aprile 1865, n. 2252), nelle province di Belluno, Vicenza e Udine (L. 2 aprile 1882, n. 698, che abolì i diritti di erbatico), nelle Province dell'ex-Stato pontificio (L. 24 giugno 1888, n. 5489 come modificata dalla L. 4 agosto 1894, n. 397). Nel 1927 venne promulgata, infine la L. 16 giugno 1927, n. 1766, *Conversione in legge del Regio Decreto 22 maggio 1924, n. 751 riguardante il riordinamento degli usi civici del Regno*, provvedimento ancora in vigore.

⁶⁵ Sulla relazione tra l'intervento pubblico orientato a promuovere l'aumento della produzione nazionale e la trasformazione del concetto di proprietà in epoca fascista si veda A. JANNARELLI Antonio, *Il dibattito sulla proprietà privata negli anni Trenta del Novecento*, in *Agricoltura - Istituzioni - Mercati*, 2007, 1, pp. 34 e ss. Specificamente «l'ideologia produttivistica nonché l'accoglimento, per molti versi acritico, della centralità da riconoscere ai processi produttivi in funzione della tutela dell'interesse nazionale, quale interesse sovraordinato rispetto a quelli individuali» indussero «un ambizioso progetto di rivisitazione della codificazione di diritto privato allora vigente [...] organica e totalitaria».

ristretto, individuato in base a criteri che restrinsero l'accesso alle risorse controllate, producendo una «rottura dell'antico assetto originario»⁶⁶.

Il criterio della residenza venne in alcune circostanze combinato a ulteriori qualificazioni soggettive, subordinandosi, quindi, l'appartenenza alla collettività o l'esercizio dei diritti individuali sul bene collettivo al possesso di uno specifico profilo professionale, conseguente a volte all'iscrizione ad una corporazione. Il consolidamento di un'imputazione dei diritti di godimento ad un gruppo più ristretto rispetto alla generalità dei soggetti legati da vincolo di incolato ebbe la propria origine storica in una progressiva funzionalizzazione del patrimonio collettivo all'esercizio associato di attività agricola, producendo una trasformazione di fatto dell'istituzione⁶⁷.

La restrizione dell'accesso al patrimonio collettivo venne promosso estemporaneamente anche dal legislatore per promuovere una modernizzazione della sua gestione che fosse alternativa alla liquidazione dei diritti collettivi. Nell'ambito del progetto politico orientato tendenzialmente alla liquidazione dei diritti collettivi, la L. 24 giugno 1888, n. 5489 istituì infatti uno specifico procedimento per «abolire le servitù⁶⁸ di pascolo, di seminare o di legnatico, di vender erbe, di fidare, di imporre tasse a titolo di pascolo nelle Province dell'ex-Stato pontificio». Qualora i diritti collettivi, ritenuti di natura dominicale, ricadessero su beni privati - oggetto quindi di una condominialità⁶⁹ - tale liquidazione sarebbe avvenuta tramite la corresponsione di una indennità, o in canone o in terreno, equivalente ad una quantificazione del valore dei diritti collettivi. I fondi corrisposti in compensazione della liquidazione si sarebbero dovuti trasferire al Comune per essere ripartiti e assegnati in privato ed esclusivo godimento. Tale procedimento venne in parte

⁶⁶ G. C. DE MARTIN, *La riscoperta e la attuale rilevanza delle comunità di villaggio*, in ID., *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, p. 9.

⁶⁷ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà collettive e usi civici nel sistema vigente, tra diritto comune e disciplina speciale delle comunità dell'arco alpino (con particolare riferimento alla Comunità di Fiemme)*, in AA.VV., *La Magnifica Comunità di Fiemme dal Mille al Duemila*, Trento, 1991, p. 56.

⁶⁸ Tale era l'istituto che, nel Centro Italia, veniva utilizzato per individuare i diritti collettivi. Cfr. L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 25.

⁶⁹ La «partecipazione al dominio (frazionario, per quote, secondo lo schema del condominio a mani riunite di diritto germanico)» è rilevata, sulla base della tradizione napoletana cui si ispira il testo legislativo del 1927, sia in dottrina (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 227; L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 48-49), sia in giurisprudenza (si veda App. Roma, 28 aprile 1964, in *Riv. Giur. Umbro-abruzzese*, 1964, p. 243; Commiss. usi civici Roma, 17-02-1983; Commiss. usi civici Roma, 24 maggio 1982, in *Riv. dir. agr.*, 1984, II, p. 47, con nota di L. RAMELLI DI CELLE, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze*).

modificato con L. 4 agosto 1894, n. 397, la quale, invertendo parzialmente la rotta, innovò in due elementi. In primo luogo impose la titolazione delle terre corrisposte come indennità equivalente ai diritti collettivi liquidati non più ai Comuni, bensì alle collettività organizzate, secondo lo schema della personalità giuridica⁷⁰, in università agrarie, comunanze, partecipanze, e alle associazioni istituite a profitto della generalità degli abitanti di un Comune, di una frazione, di una classe di cittadini⁷¹. Qualora poi, nell'esercizio di una discrezionalità amministrativa, si fosse ritenuto indispensabile per la popolazione il mantenimento dell'uso collettivo, la liberazione della condominialità tra titolo di proprietà privato e diritti di uso collettivo si sarebbe attuata non a favore del soggetto privato, ma della collettività organizzata⁷².

Il tentativo di trasformare il patrimonio collettivo in bene strumentale all'esercizio associato di attività economica qualificata ebbe vita breve. In primo luogo perché le associazioni che avrebbero dovuto amministrare il patrimonio vennero sottoposte a un regime di tipo pubblicistico⁷³, rendendo di fatto impossibile una gestione orientata all'imprenditorialità⁷⁴. In secondo luogo perché il successivo intervento legislativo - L. 16 giugno 1927, n. 1766, che tuttora costituisce la principale norma in materia a livello statale - pur ammettendo in prospettiva derogatoria il mantenimento delle realtà associative, impose, contemporaneamente, l'apertura del patrimonio collettivo al godimento dell'intera comunità dei residenti⁷⁵.

⁷⁰ Cfr. M. ZACCAGNINI, A. PALATIELLO, *Gli usi civici*, Napoli, 1984, pp. 94-95.

⁷¹ Trattasi appunto di residenti capaci di garantire una utilizzazione razionale e economica dei beni collettivi. Non essendo stato possibile reperire nelle banche giuridiche il testo delle LL. 24 aprile 1888, n. 5489 e 4 agosto 1894, n. 397, non è chiaro se si attuò una vera «chiusura» dell'istituzione, o se si introdusse, invece, una condizione cui era subordinato il solo esercizio del diritto. Dall'opera del Raffaglio sembra corretta la prima ipotesi, disponendo la legge «che i beni dati in corrispettivo all'affrancazione fossero beni amministrati e goduti esclusivamente da coloro che prima esercitavano gli usi» (G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui demani comunali - usi civici*, Milano, 1939, p. 121).

⁷² Cfr. G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui demani comunali - usi civici*, Milano, 1939 p. 121.

⁷³ Trattasi infatti di enti sottoposti «ai rigidi schemi della legge comunale e provinciale» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 324). In giurisprudenza si veda Cass., 9 novembre 1985, n. 5474, nella quale si qualificarono le associazioni agrarie nelle Provincie ex-pontificie «enti pubblici non economici svolgendo attività rivolte alla cura di interessi generali senza connotati imprenditoriali con stretto collegamento con le strutture municipali». Analogamente i terreni in loro gestione costituiscono un demanio civico o collettivo (cfr. Cass., ss. uu., 13 giugno 1996, n. 5441, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 1997, p. 321; Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 1996, n. 1617, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1971; Tribunale di Roma, 21 aprile 1992 e 13 aprile 1993).

⁷⁴ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà collettive e usi civici nel sistema vigente, tra diritto comune e disciplina speciale delle comunità dell'arco alpino (con particolare riferimento alla Comunità di Fiemme)*, in AA.VV., *La Magnifica Comunità di Fiemme dal Mille al Duemila*, Trento, 1991, p. 56.

⁷⁵ Art. 12, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

L'apertura alla generalità degli abitanti dei domini collettivi venne criticata in dottrina, in quanto espedito che «avrebbe condotto il disinteresse della collettività originaria verso le proprie terre e,

Le vicende ora esposte offrono un esempio di come la riarticolazione delle istituzioni appropriative collettive si consolidò in assetti di volta in volta individuati quali punti di un equilibrio dinamico tra ordinamenti istituzionali locali e ordinamento centrali. Inoltre la dinamica ora esposta indica chiaramente come il contatto tra le istituzioni collettive e l'ordinamento giuridico moderno abbia indotto una progressiva soggettivizzazione della collettività, fenomeno che si manifestò anche in quelle esperienze in cui la discendenza da determinate famiglie divenne col tempo l'unico criterio rilevante nel determinare l'inclusione al gruppo. In tali istituzioni la comunità di abitanti, a vocazione universalmente inclusiva, si chiuse. La residenza, da originario criterio di inclusione, mantenne una propria rilevanza nei soli casi in cui venne posta come condizione per esercitare il diritto individuale, altrimenti temporaneamente sospeso ma non estinto. Queste esperienze - chiamate in dottrina proprietà collettive speciali⁷⁶ o proprietà comunitarie⁷⁷ e nelle quali si debbono annoverare, a titolo esemplificativo, le comunioni familiari montane, le regole dell'arco alpino, le comunità di antichi originari della Lombardia, le consorzierie della Valle d'Aosta, le vicinie - furono quelle che, in ragione del proprio profilo organizzativo istituzionale, resero «configurabile [...] la corrispondenza dell'*unus dominus* all'*una res*»⁷⁸. I conflitti vissuti dalle istituzioni collettive per sottrarsi al progetto liquidatorio, rivendicando una propria specialità, portarono in alcuni casi ad un regime giuridico differenziato, dal quale desumere in un primo momento la tendenziale propensione del legislatore alla attribuzione della personalità di diritto pubblico⁷⁹, successivamente modificatasi con l'applicazione in via generale

quindi, all'amministrazione di esse da parte dell'ente comune» (A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, 1999, p. 536).

⁷⁶ L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 120.

⁷⁷ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 47. Il discriminante tra proprietà collettiva demaniale e proprietà comunitaria risiede, nell'opinione dell'autore, nel fatto che il gruppo sia o meno chiuso. Sotto il profilo della qualificazione delle beni, essi vengono distinti per mezzo del concetto di terre collettive (A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, 1999, p. 542).

⁷⁸ E. ROMAGNOLI, *Le comunioni familiari montane: natura privata e interesse pubblico*, in G. C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, pp. 144.

⁷⁹ Il T.a.r. Veneto classificò in genere come «enti pubblici associativi» le regole venete (T.a.r. Veneto, Sez. II, 27 gennaio 1988, n. 10, in *Foro amm.*, 1989, p. 1092), da cui desumere la competenza del giudice amministrativo circa controversie aventi ad oggetto l'annullamento di delibere regoliere. Analogamente venne attribuita una «natura prevalentemente pubblicistica» alle consorzierie valdostane (Commissariati usi civici Piemonte, Liguria, Val d'Aosta, 2 marzo 1998, in *Giur. it.*, 1998, p. 1958) in

di un regime di natura privatistica agli enti via via riconosciuti⁸⁰. A tale orientamento ha aderito solo in parte la giurisprudenza, che ha espresso peraltro opinioni contrastanti⁸¹.

conformità all'art. 1, L.R. Valle d'Aosta 5 aprile 1973, n. 14, *Norme riguardanti le consorterie della Valle d'Aosta*.

Discorso a parte merita la legislazione della Provincia autonoma di Bolzano, la quale esercita in virtù dell'art. 11, n. 7, L.C. 26 febbraio 1948, n. 5, *Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*, una competenza primaria. L'art. 1, Legge Provinciale (L.P.) Bolzano 7 gennaio 1959, n. 2, dichiara le «interessenze, vicinie e le altre comunità e associazioni agrarie, comunque denominate e costituite, sia per la proprietà, sia per l'esercizio di altri diritti reali sulle terre esistenti nell'ambito della provincia soggette all'esercizio di usi civici ai sensi dell'articolo 1 della L. 16 giugno 1927, n. 1776» comunioni private di interesse pubblico, formula che richiama una tesi esposta in dottrina da U. POTOTSCHNIG, *Le regole della magnifica comunità cadorina*, Milano, 1953. Sulla costituzionalità della disciplina si veda Corte cost., 8 giugno 1963, n. 87.

⁸⁰ Come viene rilevato in dottrina, e giustamente, la natura pubblica o privata dell'ente incide marginalmente sul regime giuridico di natura pubblicistica cui i beni collettivi sono sottoposti. La variabile qualificazione giuridica degli enti per mezzo dei quali la collettività esercita le proprie facoltà, a fronte della costanza del regime giuridico, dimostra come l'asserita natura pubblica o privata corrisponda più ad esigenze classificatorie contingenti ed estemporanee, che non ad una modificazione o evoluzione della natura circa il fondamento e la funzione dei diritti conseguenti ad un'appropriazione originaria.

⁸¹ Esempificativa la vicenda delle partecipanze emiliane. Assoggettate inizialmente alla legge sulle associazioni e università agrarie, L. 4 agosto 1894, n. 397, esse vennero sottratte al progetto liquidatorio dall'art. 65 del R.D. 26 febbraio 1928, n. 332, *Approvazione del regolamento per la esecuzione della L. 16 giugno 1927, n. 1766*. La disposizione infatti escludeva dall'applicazione dell'intervento statale di sistemazione fondiaria le «associazioni agrarie, composte di determinate famiglie, che, possedendo esclusivamente terre atte a coltura agraria, vi abbiano apportato sostanziali e permanenti migliorie».

Le partecipanze sono state comprese nella giurisprudenza sia come enti privati, che pubblici. La prima tesi è stata sostenuta in quanto è impossibile ricondurle «nello schema tipico degli enti a disciplina pubblicistica» (Cass., 14 maggio 1987, n. 4443). In termini simili il Consiglio di Stato, che ha riconosciuto la Partecipanza di Cento «ente di natura privata e non pubblica» (Cons. Stato, Sez. VI, 15 novembre 1982, n. 567, in *Foro amm.*, 1982, I, p. 1944), seppur abbia rilevato successivamente la natura pubblica del rapporto di impiego instaurato con la Partecipanza di Nonantola (Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1912, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2003, p. 1388). La tesi che attribuisce una natura pubblica alle partecipanze venne sostenuta dalla stessa Cassazione (Cass., 22 luglio 1982, n. 4286, in *Foro it.*, 1983, I, c. 731) e dai dispositivi regionali emanati per definire il controllo amministrativo degli atti posti in essere da enti regionali (L.R. Emilia Romagna 24 marzo 2004, n. 6, la quale dispone, negli artt. 48 e 49, il controllo amministrativo sulle partecipanze).

La sentenza pronunciata dal Consiglio di Stato nel 1982 è criticata da Cerulli Irelli, il quale evidenzia come dalla natura privata si desuma, erroneamente, l'estraneità delle partecipanze emiliane rispetto alla materia degli usi civici (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 335, nota 195). Come rileva giustamente l'autore - che ripropone le medesime considerazioni con riferimento alla sentenza Cons. Stato, Sez. II, 14 aprile 1964, n. 525, che ha dichiarato i beni della Magnifica Comunità Cadorina estranei alla disciplina degli usi civici (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 342, nota 222) - dalla mancata applicazione di alcuni principi della legge alle suddette esperienze non si può dedurre la loro estraneità alla materia. E soprattutto non si può pensare che essi non costituiscano beni civici.

In dottrina propende per la natura privata Raffaglio (G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui, demani comunali ed usi civici*, Milano, 1939, p. 218). Opposta la tesi di Galgano, il quale qualifica le partecipanze come enti pubblici non economici (F. GALGANO, *Sulla natura giuridica delle partecipanze agrarie emiliane*, in *Riv. dir. agr.*, 1993, I, pp. 179 e ss.). A metà strada tra la tesi pubblicistica e privatistica l'opinione di F. PIRONTI, *Aspetti privatistici e pubblicistici nelle*

Al D. Lgs. 3 maggio 1948, n. 1104, che riconobbe la personalità giuridica di diritto pubblico alle sole Regole cadorine⁸², e alla L. 25 luglio 1952, n. 991⁸³, seguì la L. 30 dicembre 1971, n. 1102, contenente le nuove norme per lo sviluppo della montagna⁸⁴. L'art. 10 esclude le comunioni familiari montane (tra cui le Regole ampezzane, quelle del Comelico, le società di antichi originari della Lombardia e le servitù della Val Canale) dall'applicazione della legge sul riordinamento degli usi civici, allontanando quindi definitivamente l'ipotesi che i patrimoni collettivi potessero essere, nell'esercizio di una discrezionalità amministrativa, avviati alle procedure liquidatorie⁸⁵. Alla perpetuità dei diritti collettivi⁸⁶, si associò il riconoscimento di un'autonomia⁸⁷ ordinamentale delle istituzioni⁸⁸, «disciplinate dai

partecipanze agrarie emiliane, in *Giust. civ.*, 2005, II, pp. 151 e ss. Si veda inoltre E. CORTESE, *Domini collettivi*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 921 e ss.

⁸² Art. 1, D. Lgs. 1104, 3 maggio 1948. Il riconoscimento era finalizzato alla «conservazione e del miglioramento dei beni silvo-pastorali pertinenti alle medesime, della gestione e godimento delle pertinenze dei beni stessi e dell'amministrazione dei proventi che ne derivano». I beni patrimoniali vennero assoggettati ad un regime di inalienabilità, indivisibilità e vincolo perpetuo di destinazione (art. 2), e le rendite derivanti dal loro sfruttamento, per quanto sopravanzava all'esercizio dei diritti spettanti alle famiglie regoliere, sarebbe stato devoluto al Comune, o all'erogazione diretta di servizi rivolti all'intera generalità. Le istituzioni vennero sottoposte ad un controllo amministrativo, esercitato dalla Giunta provinciale amministrativa per mezzo di un controllo sullo Statuto, da elaborare in conformità all'ordinamento forestale, e sul bilancio annuale.

Proprio con riferimento alle Regole Cadorine si propose in dottrina il concetto di «ente privato di interesse pubblico», ente «che persegue fini privati [ma] dalla cui attività scaturisce però mediamente - data la moderna interdipendenza dei singoli - un'utilità pubblica sociale, di cui lo Stato non si disinteressa» (U. POTOTSCHNIG, *Le regole della magnifica comunità cadorina*, Milano, 1953, p. 32). Sulle vicende storiche dell'istituzione si veda anche E. ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Appendice Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1980, pp. 608 e ss.

Il concetto di ente privato di interesse pubblico venne ripreso dall'art. 1, n. 1, L.P. Bolzano 7 gennaio 1959, n. 2, la quale definisce le «interessenze, vicinie e le altre comunità e associazioni agrarie [...] comunioni private di interesse pubblico».

⁸³ Con l'art. 34 della legge, contenente provvedimenti a favore dei territori montani, si dichiarò che le «comunioni familiari montane» avrebbero continuato a «godere e ad amministrare i loro beni in conformità dei rispettivi statuti e consuetudini riconosciuti dal diritto anteriore».

⁸⁴ Sulle vicende si veda E. ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1980, pp. 606 e ss.

⁸⁵ Art. 25, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

⁸⁶ Il «patrimonio antico» (determinandosi la libera contrattabilità dei beni acquisiti a partire dal 1952), venne sottoposto, come già avvenuto con riferimento alle Regole Cadorine, ad un regime di inalienabilità, indivisibilità, e subordinato ad un vincolo di destinazione all'esercizio di attività agro-silvo-pastorali (Art. 11, L. 30 dicembre 1971, n. 1102). Una qualche flessibilità al regime di destinazione perpetua venne introdotta solo qualora i beni fossero destinati, previa autorizzazione regionale, ad attività turistica, ma con l'obbligo di procedere alla reintegrazione dell'originaria consistenza del patrimonio.

⁸⁷ L'autonomia statutaria era già stata riconosciuta dall'art. 30 del D.P.R. 16 novembre 1952, n. 1979, con cui si approvò il regolamento per l'esecuzione della L. 25 luglio 1952, n. 991. Tali dispositivi risultarono comunque di scarsa incisività (Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 210).

⁸⁸ L'autonomia istituzionale accordata alle comunioni familiari è valutata con una certa nota critica da De Martin, risolvendosi in un «rinvio ad un diritto anteriore financo troppo ampio e acritico», seppur

rispettivi statuti e consuetudini»⁸⁹, fatta salva una competenza regionale circa la determinazione delle forme di pubblicità dello statuto e del bilancio, e delle norme per la nomina dei rappresentanti legali dell'ente. Il percorso di soggettivizzazione, tracciato dall'evoluzione normativa specificamente dedicata alle istituzioni ora casisticamente menzionate, si conclude con la L. 31 gennaio 1994, n. 97, che introdusse nuove disposizioni per le zone montane. Nell'indicare i principi generali ai quali la legislazione regionale si sarebbero dovute attenere per valorizzare le potenzialità dei «beni agro-silvo-pastorali in proprietà collettiva indivisibile ed inusucapibile»⁹⁰, si riconobbe alle «organizzazioni montane per la gestione di beni agro-silvo-pastorali» - concetto non generale in quanto applicabile anche a tutte le associazioni delle Province dell'ex Stato pontificio - la personalità di diritto privato⁹¹.

I dispositivi legislativi menzionati ci indicano come la chiusura della collettività sia stata ritenuta giuridicamente rilevante per ritenere utile e meritevole il mantenimento delle istituzioni proprietarie collettive, disciplina poi ritenuta applicabile a quelle esperienze genericamente riconducibili alle cosiddette associazioni agrarie, nome che indica istituzioni appropriate collettive sorte nel Centro Italia. Sembra però che il discriminante assunto sia ben lontano dall'indicare un principio giuridico ragionevole, in quanto, nell'opinione di chi scrive, più che distinguere sulla base di una differenza sostanziale, giuridizza vicende locali o regionali, non da ultimo influenzate da un fattore culturale ed ambientale, da cui scaturì, in concreto, l'assetto organizzativo di ogni singola istituzione⁹².

Non a caso la chiusura in proprietà comunitaria si manifestò con maggior frequenza in territori montani, e ciò non solo per una maggior diffidenza rispetto ai

venga riconosciuta come strumento di «valorizzazione dell'autogoverno locale e [di] sviluppo auto-propulsivo» (G. C. DE MARTIN, *La riscoperta e la attuale rilevanza delle comunità di villaggio*, in ID., *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, pp. 15-16). Di tenore analogo l'opinione che sembra attribuibile al Palermo, il quale, avendo riguardo per «la regola giusta del sistema», rileva l'esistenza di «frammenti sparsi di un diritto che non si sa bene se antico o moderno in notevole disordine fra loro» (G. PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, p. 50).

⁸⁹ Art. 10, L. 30 dicembre 1971, n. 1102.

⁹⁰ Art. 3, L. 31 gennaio 1994, n. 97.

⁹¹ Art. 3, a), L. 31 gennaio 1994, n. 97.

⁹² Tale fenomeno nacque funzionalmente ad una naturale regolazione degli accessi orientata, come si è detto, ad un controllo della pressione antropica sulle risorse collettive. Cfr. E. ROMAGNOLI, *Le comunioni familiari montane: natura privata e interesse pubblico*, in G. C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, pp. 142-143.

«foresti»⁹³ ma anche per la maggior fragilità del territorio all'aumento della pressione demografica. In altre parole la chiusura dell'istituzione costituì un espediente per regolare il rapporto tra uso e risorse, alla luce di considerazioni di natura conservativa, non negando una modificazione sostanziale della natura dell'istituzione e una vocazione inclusiva dell'originario assetto sotteso alla comunità di abitanti, quale soggetto capace di un'appropriazione collettiva. È certo che in alcuni casi un provvedimento regolativo di natura restrittiva si consolidò in *status*, attuando una sorta di privatizzazione del patrimonio collettivo⁹⁴, oggi difendibile solo alla luce di una «tradizione inventata»⁹⁵.

La «aristocratizzazione»⁹⁶ dell'istituzione, se è processo che ha segnato costitutivamente la storia di molte collettività, è fenomeno che a nostro parere non smentisce una medesima qualità giuridica comune ad ogni situazione in cui vi sia una pluralità di posizioni di natura dominicale su di un bene, acquisiti originariamente da una collettività⁹⁷. Allo stesso modo pare arbitraria la distinzione che il legislatore ha recepito sulla base di una costitutiva differenza, operata in dottrina, tra «terre

⁹³ E. ROMAGNOLI, *Le comunioni familiari montane: natura privata e interesse pubblico*, in G. C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, pp. 142.

⁹⁴ La questione viene posta in tutte quelle esperienze in cui ad una collettività di abitanti legati da un vincolo di natura pubblica si sostituì una comunione privata (si veda A. PALERMO, *Enfiteusi - superficie - oneri reali - usi civici*, Torino, 1965, pp. 670 e ss.). La Cassazione al riguardo ha precisato come il discriminante risieda non nella natura degli enti, ma nella natura dei diritti collettivi. Se furono usi civici, ossia se essi vennero esercitati dalla generalità degli abitanti del luogo, il consolidamento di posizioni singolari (come sono quelle di un segmento della comunità) non muta la *qualitas soli*, come non estingue i medesimi diritti (cfr. Cassazione, 5 gennaio 1935, n. 9, in *Sett. Cass.*, 1935, 194).

Se da un lato la apertura generalizzata del patrimonio collettivo può comportare un ostacolo alla sua valorizzazione, dall'altro lato non si può pensare che un mero fatto possa estinguere diritti che, come si vedrà, sono imprescrittibili. La giusta soluzione deve, a nostro avviso, essere trovata nella distinzione tra la titolarità dei diritti e le condizioni poste all'esercizio dei diritti di godimento (si veda al riguardo l'art. 2, n. 2, L.P. Trento 14 giugno 2005, n. 6, che distingue tra titolarità e esercizio dei diritti). Questi ultimi, aventi ad oggetto determinate utilità del patrimonio collettivo, possono essere ridotti ad un loro contenuto minimo, o finanche sospesi, seppur per un periodo temporalmente determinato, in favore dell'esercizio particolare di attività economica. Tale sospensione deve comunque essere bilanciata con la partecipazione diretta o indiretta agli utili conseguenti all'esercizio di attività economica attuata per mezzo del patrimonio collettivo.

⁹⁵ Come osserva Hobsbawm, «la comparsa di movimenti che si propongono la tutela o la rinascita delle tradizioni, “tradizionalisti” o meno che siano, costituisce un indice della rottura» rispetto all'elasticità che contraddistingue la tradizione “autentica”. «Movimenti di questa fatta [...], divengono inevitabilmente “tradizione inventata”» (E. J. HOBSBAWM, *Introduzione: come si inventa una tradizione*, in E. J. HOBSBAWM, T. RANGER (a cura di), *L'invenzione della tradizione*, Torino, 1987, p. 10).

⁹⁶ E. ROMAGNOLI, *Le comunioni familiari montane: natura privata e interesse pubblico*, in G. C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia*, Padova, 1990, p. 142.

⁹⁷ Questa l'opinione del Cerulli Irelli, il quale ritiene pacifico che «detti beni siano beni civici» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 299).

civiche» e «terre collettive»⁹⁸. Queste ultime sarebbero «quelle godute, in comune e per tutte le loro *utilitates*, dai soli discendenti dei gruppi familiari che in tempi remotissimi avevano occupato un determinato territorio, la cui apprensione era stata successivamente confermata, di regola con atto di forma concessoria, dal feudatario della regione»⁹⁹.

La distinzione avanzata in dottrina, assumendo come giuridicamente rilevanti le peculiarità storiche delle istituzioni appropriative collettive, è stata utile per criticare il progetto predisposto dal legislatore per la liquidazione tendenzialmente generalizzata dei diritti collettivi. Se tale distinzione ha contribuito al dibattito dal quale è emerso il nuovo orientamento legislativo che ha escluso dall'applicazione della legge liquidatoria alcuni patrimoni collettivi, essa al contempo risulta fuorviante qualora neghi la medesima natura giuridica dei diritti collettivi e individuali, cui il regime dei beni collettivi sono imprescindibilmente legati.

La medesima distinzione non sembra inoltre corretta se avanzata per sottrarre ad un giudizio di conformità rispetto ai principi primi dell'ordinamento, l'ampia autonomia riconosciuta alle istituzioni collettive. Tale autonomia collettiva infatti, se coerente e conforme alla tutela di cui godono le formazioni sociali *ex art. 2, CI*, rispetto ad una eteronoma regolazione per mezzo di strumenti autoritativi, non implica il riconoscimento di spazi *extra ordinem* che possano smentire i principi costituzionali¹⁰⁰.

⁹⁸ Cfr. A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, 1999, pp. 535-561.

⁹⁹ A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, 1999, p. 553.

¹⁰⁰ La natura privatistica viene asserita da Germanò, secondo il quale - peraltro dopo aver riconosciuto la funzione di natura pubblica che queste «istituzioni locali *ante litteram*», poi trasformatesi in gruppi chiusi, svolsero nell'auto-governo del proprio territorio (A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, 1999, p. 546) - «le terre collettive sono state possedute secondo principi e regole di carattere essenzialmente privatistico, espressi in statuti formati secondo consuetudini risalenti nel tempo» (A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, 1999, p. 554). Per questa ragione «la collettività può deliberare norme più restrittive o più ampie in ordine ai modi di acquisto dello status di membro, senza che gli estranei - forestieri o donne - possano lamentarsi di essere stati esclusi» (A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, 1999, p. 555). Rimane dubbio che non possano valutarsi alla luce di un principio di ragionevolezza, informato dall'ordinamento costituzionale, i criteri introdotti per definire l'inclusione o l'esclusione dal gruppo titolare di beni civici, a maggior ragione qualora tali criteri traggano la propria forza dal solo riferimento ad una tradizione formalizzata e positivizzata.

Contrario alla tesi che sostiene la natura privata delle terre collettive Cerulli Irelli, il quale, seppur ammetta il profilo privatistico delle associazioni menzionate, definisce «proprietà pubblica, e perciò patrimonio dell'intera collettività» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, pp. 300-301) i beni originariamente appropriati.

Tale distinzione quindi è solo parzialmente utile e condivisibile, in quanto medesima è la natura del fatto appropriativo collettivo da cui emersero i diritti individuali esercitati avendo come titolo l'appartenenza. Che la collettività abbia mantenuto nel corso delle vicende storiche le vesti della comunità locale, o si sia trasformata in associazione o in comunione familiare montana, può essere accidentalità storica che non implica di per sé la rilevanza giuridica. Potrebbe esserlo nel momento in cui si appurasse l'illegittimità della chiusura del patrimonio collettivo, pur se giustificata sulla base di una tradizione secolare, che non potrebbe comunque sottrarsi ad una valutazione di conformità rispetto ai principi costituzionali.

La prospettiva unitaria che si assume nel presente lavoro per comprendere l'insieme delle istituzioni appropriative collettive - il cui baricentro riposa nella natura dell'atto appropriativo originario - è confermata da un «minimo comune denominatore» costituito dall'immutabilità della destinazione che caratterizza «le varie forme di godimento collettivo delle terre, varie per la loro origine, struttura organizzazione e ricchezza di particolari specifici»¹⁰¹. Essendo il regime giuridico il riflesso dell'esistenza dei diritti collettivi, ad un minimo comune denominatore del regime cui i beni sono sottoposti deve corrispondere una comune natura dei diritti.

Le differenze che innegabilmente connotano le diverse realtà, dovrebbero divenire giuridicamente rilevanti nell'ambito di una autonomia statutaria - da esercitarsi nei limiti dei principi costituzionali da ogni istituzione - che non smentisca il principio sotteso all'appropriazione collettiva: garantire diritti individuali in funzione di un'appartenenza ad un gruppo che, in quanto soggetto di un atto appropriativo originario, sia istituzione deputata alla sintesi dei molteplici interessi gravitanti sul patrimonio collettivo.

Le istituzioni appropriative collettive nell'esperienza brasiliana, differentemente da quelle italiane che impattarono la modernità in qualità di titolari di diritti acquisiti, vennero in contatto con l'ordinamento giuridico moderno con titoli il più delle volte precari, se non insussistenti. Trattasi di un fenomeno

¹⁰¹ A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 536.

tendenzialmente recente¹⁰² e attuale, che segue l'espansione della frontiera agricola nazionale.

Se nel caso italiano, quindi, l'affermazione della modernità giuridica indusse la liquidazione selettiva delle istituzioni appropriative collettive, nel caso brasiliano l'impatto tra ordinamento centrale e ordinamenti periferici pone la problematica questione di selezionare quali istituzioni riconoscere.

Il riconoscimento di una generale capacità acquisitiva imputata dall'ordinamento feudale ad ogni comunità locale non trova corrispondenza nell'ordinamento brasiliano, che ha adottato un criterio casistico fondato sulla diversità etnico-culturale di alcuni segmenti demografici: i popoli indigeni e le comunità *remanescentes* di *quilombo*. Il conflitto tra le istituzioni appropriative collettive e l'ordinamento giuridico moderno si articola nella rivendicazione di uno *status* alla luce delle definizioni per mezzo delle quali la diversità viene giuridicamente rilevata. Dall'accertamento della diversità sembra discendere il riconoscimento di una capacità appropriativa che ha permesso l'acquisizione collettiva del diritto alle terre tradizionalmente occupate.

La *Lei Federal* 19 dicembre 1973, n. 6001, *Estatuto do Índio* (EI), definisce *índio* «ogni individuo di origine e ascendenza pre-colombiana che si identifica ed è identificato come appartenente ad un gruppo etnico le cui caratteristiche si distinguono dalla società nazionale»¹⁰³. Analogamente si definisce comunità *indígena* o gruppo tribale, «un congiunto di famiglie [...], sia che vivano in stato di completo isolamento, sia che siano in contatto permanente o sporadico rispetto ad altri settori della comunità nazionale, senza con ciò integrarsi»¹⁰⁴. I criteri individuati sono due: la discendenza pre-colombiana e l'identificarsi e l'essere identificato come appartenente a un gruppo culturalmente differenziato e non integrato alla comunità nazionale¹⁰⁵. Dall'analisi della definizione legale si può

¹⁰² Tale fenomeno è recente anche se si prendessero in considerazione i conflitti sorti rispetto alle istituzioni che occuparono "originariamente" il suolo brasiliano, ossia le comunità *indígenas*. L'appropriazione collettiva di un territorio implica una territorializzazione del gruppo, che il più delle volte avvenne in seguito alla loro sedentarizzazione.

¹⁰³ Art. 3, I, *Lei Federal* 19 dicembre 1973, n. 6001, *Estatuto do Índio* (EI).

¹⁰⁴ Art. 3, II, EI.

¹⁰⁵ Simile la posizione dell'antropologo Ribeiro, per il quale «*índio* è ogni individuo riconosciuto come membro da una comunità di origine precolombiana che si identifica come etnicamente differente dalla comunità nazionale, e che è considerata *indígena* dalla popolazione brasiliana con la quale è in contatto» (D. RIBEIRO, *Os índios e a civilização*, Rio de Janeiro, 1970, p. 254-255). Tale

desumere che un individuo discendente da *índios*, ma non riconosciuto come appartenente ad un gruppo *indígena*, perda i benefici connessi allo statuto giuridico soggettivo introdotto con lo EI, per venir considerato semplicemente un cittadino brasiliano. Allo stesso modo un gruppo, per essere considerato *indígena*, non deve essere integrato alla comunità nazionale. Non é *indígena* inoltre chi, pur essendo di ascendenza non-*índia*, viene accettato dal gruppo come proprio membro.

Questo fa sì che la condizione di cittadinanza universale e quella *indígena* siano alternative e complementari, escludendosi reciprocamente. Il punto di passaggio tra queste due condizioni è rappresentato dall'avvenuta integrazione alla comunità nazionale, escludendosi quindi che cittadinanza universale e condizione *indígena* siano sostanzialmente sovrapponibili.

La «transitorietà» della condizione *indígena* si desume dalla stessa tipizzazione, prevista dallo EI, dello *status* giuridico, in base alla quale dichiarare gli *índios* isolati - che «vivono in gruppi sconosciuti» non venuti ancora in contatto con la comunità nazionale¹⁰⁶ - in via di integrazione - che mantengono in parte «le condizioni della [loro] vita nativa» pur essendo già venuti in contatto con la comunità nazionale¹⁰⁷ - e integrati, ossia pienamente «incorporati» alla comunità nazionale¹⁰⁸. Tale distinzione è di per sé esemplifica della prospettiva assimilazionista che contraddistinse la politica *indigenista* brasiliana, almeno fino alla Costituzione del 1988. La condizione giuridica di *índio* si sarebbe dovuta risolvere nel riconoscimento della cittadinanza universale piena nel momento in cui tale processo di «acculturazione spontanea»¹⁰⁹ si fosse storicamente compiuto. Ad una generale politica di “*aldeamento*”, per mezzo della quale trasformare i popoli *indígena* da nomadi in agricoltori sedentari¹¹⁰, si associò una complementare e residuale politica

posizione deve essere considerata oggi recessiva, essendovi ampio consenso nelle discipline antropologiche sulla prevalenza di un criterio auto-percettivo.

¹⁰⁶ Art. 4, I, EI

¹⁰⁷ Art. 4, II, EI

¹⁰⁸ Art. 4, III, EI

¹⁰⁹ A. C. DE S. LIMA, *A identificação como categoria histórica*, in A. C. DE S. LIMA, H. T. BARRETTO FILHO (orgs.), *Antropologia e identificação*, Rio de Janeiro, 2005, p. 37.

¹¹⁰ La prima istituzione federale specificamente dedicata ad una politica *indigenista* venne chiamata *Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais*. Cfr. C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 89; A. C. DE S. LIMA, *A identificação como categoria histórica*, in A. C. DE S. LIMA, H. T. BARRETTO FILHO (orgs.), *Antropologia e identificação*, Rio de Janeiro, 2005, p. 32.

di “musealizzazione” di alcuni gruppi nel momento in cui una questione *indígena* cominciò a destare interesse nelle sedi della politica internazionale¹¹¹.

La rigidità delle definizioni contenute nello EI rende questo strumento inadatto per discernere, inoltre, quelle situazioni di forte *miscigenação* che contraddistinsero l'evolversi della composizione demografica nazionale¹¹². La stessa rigidità era strumentale ad una applicazione solo residuale degli strumenti legali differenziati, utilizzati nella misura in cui non minacciassero il concetto di cittadinanza universale e di *democracia racial*¹¹³ promosso dalla dittatura militare.

Allo stesso modo l'introduzione di un criterio etero-percettivo, seppur articolato complementariamente ad un criterio auto-percettivo, rimanda in definitiva l'applicazione dello EI, e quindi il riconoscimento di diritti originari su territori appropriati collettivamente da popoli *indígena*, a una valutazione discrezionale e politica. Il parametro che materialmente si presenta come decisivo è, in definitiva, il «consenso storico»¹¹⁴ sull'autenticità etnico-culturale sia del gruppo, sia del territorio

¹¹¹ A partire dagli anni Cinquanta si ebbe una modificazione nel pensare la politica *indigenista* nazionale. In tale mutamento si sviluppò il progetto di istituire un parco *indígena* di vaste dimensioni, differentemente dai ridotti territori prima riservati ai popoli *índios* utili più per l'insediamento di colonie agricole che non per garantire le attività estrattive tradizionali. A conclusione del dibattito politico venne istituito il Parco *indígena* dello Xingu, che peraltro non ricomprendeva terra tradizionalmente *indígena*, e nel quale furono dislocati diversi gruppi prelevati dal proprio territorio tradizionale. Sulla vicenda si veda A. C. DE S. LIMA, *A identificação como categoria histórica*, in A. C. DE S. LIMA, H. T. BARRETTO FILHO (orgs.), *Antropologia e identificação*, Rio de Janeiro, 2005, p. 46, il quale considera l'istituzione del parco una «vetrina della politica *indigenista* nazionale [...] un *mostruário* vivo capace di mantenere statica una cultura ancestrale».

¹¹² Basterà ricordare le categorie che individuano la discendenza di una persona e di una comunità per mezzo delle possibili combinazioni tra le tre prevalenti variabili etniche: accanto a *índios*, *negros* e *brancos*, vi sono i *mamelucos* e i *caboclos* (figli di *brancos* e *índios*), i *cafusos* (figli di *índios* e *negros*), *mulatos* e *mestiços* (figli di *brancos* e *negros*), *pardos* (figli di *mamelucos* e *negros*). Cfr. D. RIBEIRO, *O Povo brasileiro - a formação e o sentido do Brasil*, São Paulo, 1995.

¹¹³ Per mezzo di tale formula si voleva descrivere una specifica modalità che contraddistinse il configurarsi delle relazioni inter-etniche nella Nazione brasiliana, orientata ad una mite risoluzione paternalistica del conflitto sorto tra le varie componenti etniche da cui è disceso il tessuto sociale nazionale: *indígena*, *negra*, *branca*. Sul concetto di democrazia razziale, tradizionalmente attribuito al sociologo e storico Gilberto Freyre (cfr. G. FREYRE, *Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*, Rio de Janeiro, 1933), si veda A. S. A. GUIMARÃES, *Democracia racial*, in *Cadernos PENESB*, 2002, 4, pp. 33-60.

¹¹⁴ Proprio in riferimento alla autenticità del territorio e della comunità *indígenas* diviene centrale nella pratica amministrativa la loro identificazione svolta da un antropologo. Tali perizie, a partire dagli anni Ottanta, assumono le vesti di certificare un possesso originario connotato dall'immemorialità, nonostante la territorializzazione *indígena* attualmente rilevabile debba essere considerata a sua volta frutto dell'interazione tra popoli indigeni e colonizzatori. Cfr. A. C. DE S. LIMA, *Os relatórios antropológicos de identificação das terras indígenas da Fundação Nacional do Índio: notas para estudo da relação entre antropologia e indigenismo no Brasil, 1965-1985*, in A. C. DE S. LIMA, H. T. BARRETTO FILHO (orgs.), *Antropologia e identificação*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 75-117.

indígena. Tale dinamica fa sì che il processo di individuazione del gruppo *indígena* sia fortemente manipolabile in funzione delle contingenti esigenze politiche, rendendo eterei i limiti che dovrebbero arginare l'esercizio di una discrezionalità politica applicativa di un principio giuridico.

L'oggettività che si pensava caratterizzasse l'identificazione dei gruppi indigeni ha selezionato *ab origine* la legittimità, nell'arena politica, di una rivendicazione allo *status* di *índio* da parte di gruppi che, nel corso di secoli di permanente contatto con la società nazionale, o persero i tratti originari della propria cultura, o per mimetismo occultarono la propria origine al fine di prevenire forme di discriminazioni. Le modalità operative con cui si è applicato il riconoscimento dello *status* soggettivo *indígena* e, quindi, della capacità apprensiva originaria da cui scaturirono i diritti collettivi di cui ci si occupa, ha fortemente depotenziato, in passato, il fattore etnico-culturale nella regolazione del conflitto sociale sorto per l'accesso alle risorse territoriali locali¹¹⁵.

La ri-etnicizzazione del conflitto sociale finalizzato a rivendicare, nell'arena politica, l'accesso a risorse territoriali è fenomeno riemerso nel processo di democratizzazione delle istituzioni politiche avviato a partire dagli anni Ottanta. Tale processo è particolarmente evidente negli Stati del Nord e Nord-est del Brasile, in cui l'acculturazione delle popolazioni *indígenas* non ha fatto cessare le discriminazioni come non ha prodotto una vera integrazione sociale ed economica. La condizione di marginalizzazione sociale ed economica in cui versa tale segmento di "cittadini" brasiliani ha indotto gruppi locali (chiamate *índios insurgentes* o *ressurgentes*) a riarticolare, riscattando un'appartenenza etnico-culturale, strategie collettive finalizzate alla rivendicazione di diritti presso le autorità pubbliche. La legittimità di tale rivendicazione deve essere valutata alla luce del nuovo ordine costituzionale, potendosi trarre dal riconoscimento giuridico di specifici diritti in capo ai gruppi *remanescentes* di *quilombo* alcuni criteri utili nell'attualizzazione delle disposizioni dedicate ai popoli *indígenas*.

¹¹⁵ Cfr. L. GERSEM DOS SANTOS, *O Índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje*, Brasília, 2006, pp. 40 e ss. In questa vicenda è possibile rilevare un utilizzo contro-egemonico degli strumenti legali oggi esistenti, che se furono pensati come strumenti di dominazione inter-etnica, possono veicolare, in una interpretazione costituzionalmente conforme, il riconoscimento di un'autonomia collettiva potenzialmente anti-sistemica.

L'art. 68, ADCT¹¹⁶, riconosce infatti il diritto di proprietà definitivo sulle terre occupate da *remanescentes*¹¹⁷ di comunità *quilombola*.

Nella tradizione storica¹¹⁸ *quilombo* era il nome con cui si designarono le comunità costituite da schiavi liberatisi illegalmente dalla propria condizione prima che la *Lex áurea* abolisse, nel 1888, l'istituto giuridico della schiavitù¹¹⁹. Le prime testimonianze di una rilevanza giuridica del *quilombo* debbono infatti essere rintracciate nella legislazione penale predisposta per far fronte alla pericolosità di un fenomeno che minacciava alla radice l'intero sistema politico-economico brasiliano. Prendendo in considerazione gli atti normativi più significativi, si possono individuare diverse tipizzazioni del *quilombo* quale fattispecie penale, definito ora come «qualsiasi villaggio costituito da cinque o più *negros* fuggiti in un territorio disabitato, anche se non vi venga esercitata un'attività agricola»¹²⁰, ora come la «riunione nella foresta o in luogo occulto di tre o più schiavi»¹²¹.

La definizione legale d'epoca imperiale contribuì a tratteggiare una rappresentazione culturale del *quilombo*, individuato come una comunità resistente

¹¹⁶ Secondo il parere della Commissione di sistematizzazione della Costituente, «nel presente titolo [disposizioni transitorie] debbono essere contenuti i dispositivi necessari alla protezione di diritti acquisiti e alla disciplina di provvedimenti di rilevante interesse pubblico limitati nel tempo», *apud* D. S. DA SILVA, *Apontamento para compreender a origem e propostas de regulamentação do artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias de 1988*, in D. S. DA SILVA (org.), *Boletim Informativo do NUER n. 1 - Regulamentação de terras de Negros no Brasil*, Florianópolis, 1997, p. 16. Lo stesso autore ricostruisce la dinamica che ha segnato l'approvazione dell'articolo in sede costituente. La collocazione nelle disposizioni transitorie fu una conseguenza delle modifiche apportate, nel corso del dibattito assembleare, al *Regimento Interno* della Costituente che ne disciplinava i lavori. In base a tale modifica non si sarebbero più potute discutere le materie già oggetto di approvazione. Essendo già stato approvato il capitolo dedicato alla cultura, la norma contenente il riconoscimento del titolo di proprietà ai *remanescentes das comunidades dos quilombos*, pur essendo stata concepita come sua parte integrante, non poté più esservi inclusa. Questa è la ragione per la quale l'articolo in questione, estrapolato dal proprio contesto, non poté che trovare una collocazione residuale nelle disposizioni transitorie.

¹¹⁷ L'uso del termine *remanescente* è di particolare interesse. Essa venne utilizzato, nella legislazione *indigenista* precedente allo EI, come categoria concettuale per rilevare una *status* particolare degli *índios* in stato di avanzata acculturazione. Come viene rilevato in dottrina, «la formula *remanescente* funziona come soluzione classificatoria per mezzo della quale si ammette la permanenza della condizione *indígena* in quei gruppi, riconoscendo in essi una rottura rispetto al modello originario: i *remanescentes* sono una specie di *índio* caduta dal cielo della mitologia nazionale e accademica» (J. M. ARRUTI, *Mocambo, antropologia e história do processo de formação quilombola*, Bauru (SP), 2006, p. 80-81). Medesima la funzione che assume il termine nella vicenda *quilombola*.

¹¹⁸ Cfr. E. CARNEIRO, *O Quilombo dos Palmares*, Rio de Janeiro, 1988.

¹¹⁹ Sul processo di abolizione della schiavitù, si veda G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, pp. 23 e ss.

¹²⁰ Atto del 2 dicembre 1740, *apud* L. ANDRADE, G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, in R. LARANJEIRA (coord.), *Direito agrário brasileiro*, São Paulo, 2000, p. 599.

¹²¹ *Lei Provincial*, Rio Grande do Sul, 9 agosto 1848, n. 157 *apud* L. ANDRADE, G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, in R. LARANJEIRA (coord.), *Direito agrário brasileiro*, São Paulo, 2000, p. 599.

all'ordine legale schiavista, radicatasi in territori marginali ed impermeabili al processo di acculturazione e di integrazione nazionale¹²². In questo senso sul *quilombo*, come luogo occulto ed isolato, convergono rappresentazioni geografiche e culturali che, seppur radicate in un passato non recente, possono dirsi ancora attuali, trovando nella stessa tradizione storiografica molti punti di contatto¹²³.

In seguito all'approvazione dell'art. 68, ADCT, sia la *Fundação Cultural Palmares* (FCP)¹²⁴, sia l'*Associação Brasileira de Antropologia* (ABA) promossero, in collaborazione con diversi centri di ricerca¹²⁵, l'individuazione di criteri utili nell'identificare le comunità *remanescente* di *quilombos*, concetto sconosciuto alle scienze sociali.

Il dibattito si polarizzò su due posizioni, la prima elaborata delle discipline storico-antropologiche, la seconda proposta a partire da concetti sviluppati in ambito antropologico.

Nel 1990 venne divulgata dalla FCP una definizione di *quilombo*, in base alla quale si delimitava l'ambito applicativo dell'art. 68, ADCT, ai «siti storici occupati da *negros*, comprese le aree occupate ancora oggi dai loro discendenti, nei quali vi siano reperti archeologici, di rilevanza etnografica e culturale, che testimonino la loro permanenza»¹²⁶.

¹²² In questo senso, negli anni Quaranta e Cinquanta del secolo scorso si sono sottolineati quei caratteri riconoscibili, dal senso comune, come appartenenti a una tradizione ancestrale di origine africana, facendone un *locus* di resistenza culturale. In questa prospettiva il *quilombo* veniva studiato dall'antropologia e dall'etnologia come fenomeno contro-acculturativo, in opposizione ai processi di assimilazione da cui scaturì la cultura nazionale brasiliana. Cfr. E. CARNEIRO, *O Quilombo dos Palmares*, Rio de Janeiro, 1988, p. 14.

¹²³ Per una riproposizione del concetto coloniale di *quilombo*, quale parametro per applicare l'art. 68, ADCT, si vedano le recenti ed isolate tesi di J. A. DRUMMOND, J. L. DE A. FRANCO, *Terras de Quilombolas e Unidades de Conservação: uma discussão conceitual e política, com ênfase nos prejuízos para a conservação da natureza*, in GRUPO IGUAÇU, *Terras de Quilombolas e Unidades de Conservação: uma discussão conceitual e política, com ênfase nos prejuízos para a conservação da natureza*, 2009, p. 11, disponibile alla pagina <http://www.grupoiguacu.net>, accesso 16 ottobre 2009.

¹²⁴ Istituzione pubblica legata al Ministero della Cultura, creata con la *Lei federal* 22 agosto 1988, n. 7668, per promuovere la conservazione e valorizzazione dei tratti culturali, sociali, ed economici afro-brasiliani.

¹²⁵ Tra i molti progetti avviati si possono citare quello promosso dal *Centro de Cultura Luiz Freire*, (*“Documentação das Comunidades Negras Remanescentes de Quilombos em Pernambuco”*); e quello sviluppato dal *Núcleo de Estudo sobre Identidade e Relações Interétnicas* (NUER), Universidade Federal de Santa Catarina (*“Mapeamento dos territórios negros no sul do Brasil”*).

¹²⁶ Rivista *Isto é*, 20 giugno 1990, p. 34, *apud* J. M. ARRUTI, *Mocambo, antropologia e história do processo de formação quilombola*, Bauru (SP), 2006, p. 83. Si veda inoltre K. MUNANGA, *Origem e histórico do quilombo na África*, in *Revista USP*, 1995, 28, pp. 56-64.

Nella giurisprudenza tale tesi è stata sporadicamente assunta conducendo a interpretazioni particolarmente restrittive, che peraltro non sono sostenute né dal dato normativo, né dalla letteratura

Una seconda definizione venne elaborata in seguito ad un'indagine condotta in seno alla *Associação Brasileira de Antropologia* (ABA), per la quale i *remanescentes das comunidades dos quilombos* «costituiscono gruppi etnici concettualmente definiti dall'antropologia come un tipo istituzionale che conferisce un'appartenenza attraverso norme e criteri utili per indicare inclusione o esclusione»¹²⁷. Sotto la supervisione dell'antropologa Eliane Cantarino O'Dwyer, venne divulgata, nel 1998, una ulteriore definizione, fondata sui seguenti criteri: «a) processo di produzione autonomo (accesso libero alla terra, libera scelta su cosa piantare ed una commercializzazione indipendente da qualsiasi controllo esterno); b) capacità di auto-organizzazione politico-amministrativa; c) criterio ecologico di preservazione delle risorse; d) auto-definizione dei soggetti della collettività; e) grado di conflitto e di antagonismo; f) forme di uso comune, complementarità di proprietà privata (famigliare, domestica) e pubblica»¹²⁸.

Il processo di «*ressemantização*»¹²⁹ del concetto di *remanescente* - ossia la ridefinizione del concetto storico-antropologico finalizzato ad un superamento della «definizione giuridica imperiale»¹³⁰ che renda conto della contemporaneità delle

scientifico elaborata dalle discipline storico-antropologiche. Come si può leggere in una sentenza del *Tribunal Regional Federal da Segunda Região* (TRF2), «anche si ammettesse che all'area oggetto della presente azione si possa applicare l'art. 68, ADCT, non esiste prova negli atti che l'attore sia discendente di uno schiavo fuggito in quella epoca». La fattispecie è esemplificativa. Il fondo di cui si rivendicava il possesso in qualità di *remanescente* di *quilombo* era situato in un'isola utilizzata storicamente come base nel commercio di schiavi. Da tale fatto si esclude la possibilità teorica che vi si potesse costituire un *quilombo*, in ragione della vicinanza alla società dominante. Nella sentenza si conclude «il concetto giuridico di *remanescente* delle comunità di *quilombo* non può allontanarsi dalla nozione storica di *quilombo*. Dovuto al fatto che l'isola di Marambaia, nei tempi passati, servisse come stazione del traffico degli schiavi, non si potrebbe considerare possibile che nello stesso arcipelago vi fossero comunità composte da schiavi fuggiti» (TRF2, AC 1998.51.01.009932-4, *Rel. Guilherme Calmon Nogueira Da Gama*, 8 agosto 2006).

¹²⁷ Apud L. ANDRADE, G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, in R. LARANJEIRA (coord.), *Direito agrário brasileiro*, São Paulo, 2000, p. 597. Sul concetto di gruppo etnico, e sulla rilevanza di un criterio auto-percettivo, si veda F. BARTH, *Los grupos étnicos e sus fronteras: la organización de las diferencias culturales*, Cidade do México, 1976.

¹²⁸ E. C. O'DWYER, *Projecto quilombo*, in *Boletim ABA*, 1998, 30, p. 47.

Nella vasta letteratura elaborata dalle scienze antropologiche sui *remanescentes quilombola* si veda E. C. O'DWYER, *Remanescentes de Quilombos na fronteira Amazonica: a etnicidade como instrumento de luta pela terra*, in E. C. O'DWYER (org.), *Terra de Quilombos*, Rio de Janeiro, 1995; I. B. LEITE, 2000, *Os Quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas*, in *Etnográfica*, 2000, IV, II, pp. 333-354; A. W. B. DE ALMEIDA, *Terras tradicionalmente ocupadas*, Manaus, 2006; J. M. ARRUTI, *Mocambo, antropologia e história do processo de formação quilombola*, Bauru (SP), 2006; S. LEITÃO (org.), *Direitos territoriais das Comunidades Negras Rurais: documento ISA n. 5*, São Paulo, 1999.

¹²⁹ J. M. ARRUTI, *Mocambo, antropologia e história do processo de formação quilombola*, Bauru (SP), 2006, p. 86.

¹³⁰ A. W. B. DE ALMEIDA, *Os quilombos e as novas etnias*, in S. LEITÃO (org.), *Direitos territoriais das Comunidades Negras Rurais: documento ISA n. 5*, São Paulo, 1999, pp. 15-16.

comunità *quilombola* come gruppi inseriti nel moderno sistema fondiario brasiliano¹³¹ - ha ampliato l'ambito applicativo dell'art. 68, ADCT, alle istituzioni comunitarie rurali sorte non solo in opposizione al regime schiavista, ma anche in risposta al collasso del sistema latifondista brasiliano¹³².

Una rapida comparazione tra le definizioni riportate, pone in luce alcune importanti differenze. Se nella prima, elaborata dalla FCP, è prevalente un approccio "archeologico", in cui è centrale il riferimento ai luoghi che recano traccia di una storia radicata nella resistenza al regime schiavista, nei criteri elaborati in seno all'ABA si evidenzia un profilo istituzionale di natura pubblica, per mezzo del quale si attua un autonomo governo locale dei processi socio-economici nel territorio di riferimento¹³³. Le due operazioni appaiono invertite, per cui se nella definizione della FCP una qualità oggettiva del territorio è preconditione per la determinazione di una comunità potenzialmente proprietaria *ex art. 68, ADCT*, nella definizione dell'ABA è il profilo soggettivo della collettività ad imprimere una *qualitas soli* riconosciuta attraverso l'emissione di un titolo.

Queste sono le differenti posizioni assunte nei due dispositivi legali che, nel periodo intercorso tra il 2001 ed il 2003, individuarono sia la definizione legale di

¹³¹ Cfr. C. A. BALDI, *Territorialidade étnica e proteção jurídica: as comunidades quilombolas e a desapropriação*, in E. FERNANDES, B. ALFONSIN (orgs.), *Revisitando o instituto da desapropriação em áreas urbanas*, Belo Horizonte, 2009, ora disponibile alla pagina <http://www.cpisp.org.br/aco/es/upload/arquivos/Cesar%20Baldi.pdf>, p. 10, accesso 15 dicembre 2009.

¹³² La perdita di ampie quote del mercato internazionale della canna da zucchero e del caffè nel corso del XIX secolo, dovuta alla forte competitività delle Colonie francesi, comportò la disorganizzazione delle strutture economico-sociali fondate sui grandi patrimoni fondiari votati all'esportazione di materie prime. Queste stesse terre, divenute marginali e periferiche, si trasformarono in territori nei quali si radicarono istituzioni auto-organizzate, rivolte a una produzione agricoltura destinata prevalentemente alla sussistenza, seppur parzialmente integrata al mercato locale (cfr. A. W. B. DE ALMEIDA, *Terras de Preto, terras de santo, terras de índio - uso e conflito*, in E. M. R. de CASTRO, J. HEBETTE, *Na trilha dos grandes projetos*, Belém, 1989, p. 171). Alla percezione della comunità come gruppo isolato e impermeabile alla realtà circostante, si deve sostituire una prospettiva caratterizzata da relazioni dinamiche e conflittuali tra istituzioni autonome e complementari (cfr. G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, p. 59).

La recessione che colpì i grandi patrimoni familiari portò in alcuni casi gli ex-proprietari a nominare come propri eredi i propri antichi schiavi, già formalmente liberati, seppur sotto la condizione di prestare loro servizio fino all'esecuzione delle proprie disposizioni testamentarie. Si veda il *relatório* antropologico realizzato sulla Comunità di Invernada dos Negros dalla antropologa Raquel Mombelli e pubblicato in R. MOMBELLI, J. BENTO, *Invernada dos Negros*, in I. B. LEITE, R. C. FERNANDES, R. MOMBELLI (orgs.), *Boletim informativo do NUER n. 3 - Quilombos no sul do Brasil*, Florianópolis, 2006, pp. 19-130.

¹³³ In questo senso perde rilevanza l'origine etnica, la permanenza di tratti culturali appartenenti a tradizioni di presunta origine africana e l'isolamento geografico che invece contraddistinguono in concetto storico di *quilombo*. Cfr. A. W. B. DE ALMEIDA, *Os quilombos e as novas étnias*, in S. LEITÃO (org.), *Direitos territoriais das Comunidades Negras Rurais, documento ISA n. 5*, São Paulo, 1999, pp. 11-18.

remanescente di una comunità *quilombola*, sia i criteri per la identificazione delle terre oggetto di titolazione *ex art.* 68, ADCT.

Con il *Decreto Presidencial* (DP) 10 settembre 2001, n. 3912, il Presidente della Repubblica, nell'esercizio delle proprie autonome competenze normative *ex art.* 84, IV, CF, disciplinò l'art. 2, III, della *Lei federal* 22 agosto 1988, n. 7668, che, nella redazione data dalla *Medida Provisória*, 31 agosto 2001, n. 2216, attribuì alla FCP la competenza nell'individuare e riconoscere sia i *remanescentes* delle comunità *quilombolas*, sia le terre da loro occupate. Nell'esercizio di tale competenza la FCP avrebbe dovuto individuare i *remanescentes* per mezzo di un parere conforme a una relazione tecnica contenente gli «aspetti etnici, storici, culturali e socio-economici del gruppo»¹³⁴. Il DP subordinò la propria applicazione a delle condizioni precise, per le quali sarebbero state titolabili quelle terre sulle quali fosse stato esercitato dalla comunità *quilombola* un possesso iniziato almeno nel 1888, anno in cui la schiavitù venne abolita¹³⁵, e protrattosi, per mano di chi ne fu *remanescente*, fino alla promulgazione della CRFB, il 5 ottobre 1988¹³⁶.

Differente la definizione invece contenuta nel DP 20 novembre 2003, n. 4887, abrogativo del precedente, in base al quale si considerarono *remanescentes* delle comunità *quilombola* «i gruppi etnico razziali, secondo criteri auto-attributivi, caratterizzati da una propria parabola storica e da relazioni territoriali specifiche, da una presunta *ancestralidade negra* riferita ad una resistenza all'oppressione storica subita»¹³⁷. L'assunzione di un criterio auto-percettivo viene riaffermato nel paragrafo che chiude l'articolo¹³⁸.

¹³⁴ Art. 3, § 1, I, DP 10 settembre 2001, n. 3912.

¹³⁵ Art. 1, *par. unico*, DP 10 settembre 2001, n. 3912.

¹³⁶ Il decreto venne fortemente criticato sia per le modalità “autoritative” attraverso le quali si sarebbero individuati i *remanescentes*, sia per i criteri adottati per definire le terre titolabili. Si veda W. C. ROTHENBURG, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, p. 455; G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, p. 58; C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades Quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002, pp. 71 e ss.

¹³⁷ Art. 2, DP 20 novembre 2003, n. 4887.

¹³⁸ La conformità costituzionale di un criterio auto-percettivo è stato contestato dal *Partido da Frente Liberal* presso il STF (cfr. STF, ADI 3239, *Petição Inicial*, 26/06/2004 disponibile alla pagina <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>, accesso 15 dicembre 2009), in quanto, permettendo la titolazione a persone «che effettivamente non hanno nessuna relazione con abitanti delle comunità formate da schiavi fuggiti», è irragionevole rispetto ai fini perseguiti dalla norma.

Se nel DP del 2001 la definizione legale di *remanescente* è orientata a criteri prevalentemente storici e strettamente legati ad un'indagine archeologica che possa trarre dal territorio le prove di una permanenza ultracentenaria nel territorio occupato in opposizione al regime schiavista, la seconda definizione legale assume, quale discriminante utile nell'applicazione dell'art. 68, ADCT, la territorializzazione istituzionale di un gruppo in reazione a fenomeni di oppressione precedenti e successivi al regime schiavista. In definitiva appare decisiva l'esistenza di una istituzione che testimoni una peculiare autonomia rispetto ai processi d'integrazione e di marginalizzazione territoriale.

Proprio la tutela di una autonomia istituzionale dei gruppi giuridicamente riconosciuti prefigura una possibile strategia argomentativa alternativa rispetto ad una transitoria politica compensatoria che tragga fondamento dal debito storico che la Nazione ha rispetto ai discendenti di chi subì il regime schiavista. Tale autonomia si articola oggi nella definizione dei confini identitari segnati dall'appartenenza al gruppo non in base ad un criterio di discendenza, o in applicazione di un criterio etero-percettivo che rilevi i tratti culturali esotici resistenti al processo di acculturazione nazionale. L'assunzione del criterio auto-percettivo¹³⁹ nell'individuazione delle comunità *remanescentes* di *quilombo* si propone di superare quelle relazioni di dominazione che ogni definizione legale positivamente posta impone, essendo ogni descrizione implicitamente prescrizione.

Il riconoscimento di un criterio auto-attributivo assume a maggior ragione un valore paradigmatico se collocato nell'ambito di una tutela costituzionale di gruppi minoritari. Dall'espresso riferimento fatto dall'art. 215, CRFB, alle culture *indígenas* e afro-brasiliane, quali espressione di «gruppi partecipanti al processo civilizzatore nazionale» si è desunto un implicito riconoscimento del pluralismo etnico-culturale

¹³⁹ Il criterio auto-percettivo venne inoltre assunto quale criterio fondamentale nell'individuare l'ambito applicativo della Convenzione 169 sulle Popolazioni Indigene e Tribali, adottata in seno all'Organizzazione Internazionale del Lavoro (*International Labour Organization* - ILO) il 27 giugno 1989 (entrata in vigore il 5 settembre 1991). Tale strumento è stato approvato dal *Congresso Nacional* con *Decreto Legislativo* 20 giugno 2002, n. 143, entrato in vigore nell'ordinamento brasiliano il 27 luglio 2003, e reso esecutivo con DP 19 aprile 2004, n. 5051. Sull'applicazione della Convenzione in Brasile si veda J. SHIRAISHI NETO, *A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais face às declarações internacionais*, in J. SHIRAISHI NETO (org.), *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil*, Manaus, 2007, pp. 25-52.

quale principio fondante l'ordinamento costituzionale¹⁴⁰. Con il DP 20 novembre 2003, n. 4886, che istituì la Politica nazionale per la promozione dell'uguaglianza razziale, tale principio è stato ulteriormente approfondito. Tra gli obiettivi specifici di tale politica figurano la «difesa dei diritti, [la] affermazione del carattere pluri-etnico della società brasiliana; [la] rivalutazione del ruolo occupato dalla cultura *indígena* ed afro-brasiliana, [quali] elementi integranti la nazionalità ed il processo civilizzatore nazionale»¹⁴¹. La conformità costituzionale di una politica differenziata rispetto a minoranze etnico-culturali è stata affermata dal STF, il quale - in una sentenza avente ad oggetto, non a caso, il riconoscimento di diritti territoriali *indígenas* - ne ha individuato il fondamento in «un nuovo tipo di uguaglianza: l'uguaglianza civile e morale delle minoranze, avendo come meta-valore l'integrazione comunitaria»¹⁴².

Il generale consenso espresso sulla necessità di riformulare gli strumenti normativi di una politica *indigenista* nazionale alla luce del nuovo ordine costituzionale non ha tuttora permesso superare gli ostacoli frapposti all'approvazione del *Projecto de Lei 2057/1991, Estatuto das Sociedades Indígenas*, bloccato da diciotto anni. Nelle more del Congresso il STF ha già avuto modo di fissare alcuni punti, che peraltro attendono di essere maggiormente approfonditi. Se infatti il STF ha riaffermato - come non avrebbe potuto non fare - che «ai fini della tutela costituzionale un *índio* permane tale anche se in processo di acculturazione»¹⁴³ - non concedendosi tutela quindi ai soli «*silvícolas* ancora in uno stadio di abitanti delle foreste»¹⁴⁴ - rimane da stabilire quale sia il destino di chi, pur avendo subito tale processo, compia un percorso individuale e collettivo di riscatto di pratiche e vincoli comunitari. Rimane da accertare, infine, in che misura l'ordinamento consideri possibile la reversibilità del processo di acculturazione, sulla base di un auto-riconoscimento individuale e collettivo. Nel dibattito che condusse alla sentenza citata, venne posta particolare enfasi su di un concetto di cittadinanza che, essendo

¹⁴⁰ J. SHIRAIISHI NETO, *A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais face às declarações internacionais*, in J. SHIRAIISHI NETO Joaquim (org.), *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil*, Manaus, 2007, pp. 25-52.

¹⁴¹ *Anexo*, DP 20 novembre 2003, n. 4886.

¹⁴² STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009.

¹⁴³ In questo senso il processo di «acculturamento menzionata dalla Costituzione non è perdita di identità etnica, ma somma di *mundividências*» (STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009)

¹⁴⁴ STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009.

compatibile con l'identità etnica personale e collettiva¹⁴⁵, «va al di là del valore dell'inclusione sociale per raggiungere il superiore stadio dell'integrazione comunitaria di tutto il popolo brasiliano»¹⁴⁶. Se da un lato ciò permette di considerare costituzionali le discriminazioni positive, orientate a principi «nitidamente fraterni o solidali»¹⁴⁷, dall'altro lato esse si presentano di natura «compensatoria degli svantaggi storicamente accumulati»¹⁴⁸, indicando implicitamente una transitorietà delle misure al contempo sottoposte a quell'ampia discrezionalità politica che mal si concilia con l'idea stessa di diritti.

Entrambe le definizioni legali presenti nell'ordinamento brasiliano per individuare i gruppi titolari di territori collettivi indicano come la natura casistica del riconoscimento giuridico trovi la propria giustificazione prevalente in un fatto storico, seppur di per sé insufficiente a comprendere in termini generali la dimensione giuridica del riconoscimento. Al fatto storico si associa l'esigenza politica di garantire misure compensatorie capaci di riparare una *divida histórica* assunta dalla Nazione brasiliana verso segmenti non solo marginalizzati, ma sottoposti a regimi oppressivi nel corso della storia nazionale¹⁴⁹. Tale argomentazione, se è di indubbia rilevanza nel render conto del contesto che creò le

¹⁴⁵ Riportando le parole del giudice Britto, «gli *índio* conservano la propria identità etnica e personale anche convivendo con i non-*índio*, in quanto la acculturazione non è un processo necessario» (in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 130).

¹⁴⁶ Voto del giudice Britto, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 127.

¹⁴⁷ Voto del giudice Britto, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 127.

¹⁴⁸ STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009.

¹⁴⁹ Con riferimento alla vicenda *quilombola* tale argomentazione è rilevabile sia in dottrina, sia in giurisprudenza. Menzionata nell'ambito di una ampia articolazione argomentativa da Treccani (G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, p. 79), la natura riparatoria delle titolazioni *ex art.* 68, ADCT, è relazionata ad una specifica discriminazione positiva da Rothemburg (W. C. ROTHENBURG, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, p. 451). Si veda analogamente la *Petição* 29519/2005 - Estado/PA, pp. 17 e ss. Trattasi di una memoria presentata dallo Stato del Pará in qualità di *amicus curiae* nella ADI 3239, attualmente pendente presso il STF (cfr. STF, ADI 3239, *Petição* (29519/2005), *Estado/PA, requerimento ingresso "amicus curiae"*, disponibile alla pagina <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>, accesso 15/12/2009). Nella giurisprudenza di veda la sentenza TRF3, AI 2006.03.00.029172-9, *Primeira Turma*, *Rel.* Johnson di Salvo, 28 luglio 2009, in DJF3 CJ1, del 14 ottobre 2009, p. 65.

Con riferimento alla questione *indígena*, si veda il voto del giudice Britto in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 130.

condizioni per il riconoscimento di diritti territoriali collettivi¹⁵⁰, perde di importanza in una analisi che cerchi nell'ordinamento giuridico, e nella sua auto-sufficienza sistematica, argomentazioni che superino la casistica elargizione di politiche indennizzatorie, peraltro per propria natura connotate dalla transitorietà¹⁵¹.

La protezione dei diritti *indígena* e *quilombola* esige che le argomentazioni giuridiche poste a fondamento del loro riconoscimento siano rese autonome rispetto alla gestione politicamente umorale di una questione minoritaria. Solo depurando gli strumenti giuridici dalla retorica politica si può procedere ad una sistematizzazione dei diritti collettivi riconosciuti ai popoli *indígenas* e comunità *quilombola*, superando la logica casistica che ha selezionato, tra i conflitti territoriali in cui il fattore etnico è stato elemento aggregante, i soli capaci di superare la soglia della visibilità politica. L'assunzione di tale prospettiva, oltre a divenire rilevante nella tematizzazione giuridica della specialità delle comunità *indígenas*, apre una possibile interpretazione estensiva della *ratio* sottesa al riconoscimento di diritti territoriali a ulteriori istituzioni appropriative collettive "tradizionali"¹⁵², seppur tuttora invisibili al mondo del diritto.

4. La disomogeneità storico-giuridica delle istituzioni di proprietà collettiva e le ragioni di una sua sintesi

Pur condividendo «tratti ed elementi che [...] rivelano una matrice sostanzialmente comune, spesso basata su un diritto consuetudinario vivente, nella configurazione di un caratteristico equilibrio tra comunità e ambiente»¹⁵³, le

¹⁵⁰ Sulle rivendicazioni del *Movimento Negro Unificado* nel dibattito costituente da cui nacque l'art. 68, ADCT, si veda D. S. D. S. DA SILVA, *Apontamento para compreender a origem e propostas de regulamentação do artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias de 1988*, in D. S. DA SILVA (org.), *Boletim Informativo do NUER n. 1 - Regulamentação de terras de Negros no Brasil*, Florianópolis, 1997, pp. 12 e ss.

¹⁵¹ Alla luce di questa affermazione assume un particolare significato politico la collocazione sistematica dei diritti dei *remanescentes quilombolas* nell'atto delle disposizioni costituzionali transitorie.

¹⁵² Cfr. J. SHIRAIISHI NETO, *Reflexão do direito das "comunidades tradicionais" a partir das declarações e convenções internacionais*, in *Hilea revista de direito ambiental da Amazonia*, 2004, 3, p. 190.

¹⁵³ G. C. DE MARTIN, *La riscoperta e la attuale rilevanza delle comunità di villaggio*, in ID., *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia*, Padova, 1990, p. 5-6. Queste parole, scritte con

istituzioni appropriative collettive che sono state riconosciute o non liquidate negli ordinamenti italiano e brasiliano compongono un universo ricco e complesso, in cui si esprimono specifiche territorialità e dinamiche geo-culturali estremamente localizzate. La loro tipizzazione - operata riducendo sia le variabili storiche e antropologiche che naturalmente le connotano, sia le differenze che riflettono gli interventi normativi emanati per regolarne l'assetto istituzionale il regime dei beni collettivi, l'esercizio dei diritti imputati rispettivamente a individui e collettività -, è già di per sé operazione complessa all'interno di ogni singolo ordinamento. Le difficoltà aumentano ulteriormente qualora ci si proponga di individuare un principio giuridico, valido per entrambi gli ordinamenti, che permetta di rivalutare la funzione di un modello proprietario collettivo nei rispettivi ordinamenti costituzionali.

Gli elementi da considerare per giustificare unitariamente i diritti collettivi regolati nel riconoscimento di istituzioni appropriative collettive nei due ordinamenti sono essenzialmente tre.

In primo luogo, da un punto di vista antropologico, l'appropriazione collettiva di un territorio esprime un vincolo di natura identitaria. Sotto un profilo storico sono state individuate alcune costanti che legano l'appropriazione collettiva a conflitti, che, se non sono sorti nella modernità, si sono amplificati sia quantitativamente, sia qualitativamente a partire dall'implementazione del progetto moderno. Per mezzo della nozione di istituzione appropriativa collettiva sono state rilevate le costanti che caratterizzano l'assetto istituzionale in cui l'appropriazione collettiva si consolidò. Per queste ragioni i fenomeni sociali considerati possono essere considerati, in linea generale, assimilabili.

In secondo luogo, come si vedrà in dettaglio analizzando i diritti collettivi riconosciuti nei diversi ordinamenti, vi sono delle costanti anche nella regolazione giuridica delle istituzioni appropriative collettive. Nell'esperienza italiana i diritti collettivi vennero "riconosciuti" come inalienabili e come imprescrittibili dal diritto feudale¹⁵⁴, qualificazione che venne recepita anche nell'ordinamento moderno, per le

riferimento al contesto europeo, si presentano veritiere anche per le esperienze socio-territoriali nel paese latino-americano.

¹⁵⁴ In Italia tali diritti, riconosciuti a partire dal diritto feudale, attraversarono i secoli per giungere in qualità di diritti acquisiti, fino alle legislazioni preunitarie e unitarie liquidatorie. Esse sono riconosciute non da ultimo *ex art. 42, CI*, (cfr. A. MORRONE, *Diritti collettivi, proprietà collettiva e costituzione*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2008, 1, p. 33). Nell'ordinamento brasiliano, come si è visto,

istituzioni non liquidate. Tale è il regime dei diritti esercitabili in virtù dell'appartenenza a una istituzione appropriativa collettiva "riconosciuta" nell'ordinamento brasiliano. Delle convergenze sono inoltre rilevabili nel regime dei beni.

In terzo luogo il principio giuridico che ha permesso di giustificare il riconoscimento dei diritti sorti in virtù di una appropriazione istituzionale collettiva si presenta analogo. Secondo tale principio «ciascuna comunità d'abitanti [o alcune comunità di abitanti] possiede [o per lo meno possedette] una potenzialità ad acquisire diritti reali di godimento e di uso sul territorio nel quale è insediata»¹⁵⁵. Se tale principio legittima la genesi del riconoscimento giuridico, poco dice sulle ragioni che legittimano il persistere, nell'ordinamento moderno, di diritti collettivi, al di là della ordinaria garanzia posta a tutela di posizioni acquisite.

Il censimento delle istituzioni appropriative collettive riconosciute, o non liquidate, indica, nell'opinione di chi scrive, l'esito casistico di molteplici conflitti locali, più che non l'applicazione di un principio giuridico. Proprio alla luce di una irragionevole discrezionalità rilevata nel processo politico deve essere considerata legittima un'analisi critica delle variabili storiche ritenute rilevanti per legittimare, derogatoriamente, l'esistenza e la persistenza di istituzioni collettive appropriative. Tale operazione può essere considerata utile, oltre che legittima, nel momento in cui, raffrontando differenti esperienze giuridiche si possano contestualizzare le premesse assunte per pre-comprendere i diritti collettivi nei rispettivi sistemi costituzionali¹⁵⁶.

La natura culturalmente paradigmatica del «problema posto dalla proprietà collettiva»¹⁵⁷ ci induce a ritenere che i circostanziati e marginali spazi riservati ad un modello proprietario collettivo nell'ordinamento giuridico siano funzionali a ri-legittimare la portata generale, se non universale, del principio proprietario individualista. In questo senso un riconoscimento giuridico che casisticamente e

il riconoscimento è esplicito *ex art. 231, CRFB, (popoli indigenas) ex art. 68, ADCT, (remanescente di comunità di quilombo).*

¹⁵⁵ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 209.

¹⁵⁶ Proprio alla luce della funzionalizzazione sociale del diritto di proprietà e alla rottura della sua concezione monolitica si rende possibili una ri-articolazione pluralista del fenomeno appropriativo in relazione ai principi costituzionale. Cfr. G. D. DE MARTIN, *La riscoperta e la attuale rilevanza delle comunità di villaggio*, in ID., *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia*, Padova, 1990, p. 12.

¹⁵⁷ Cfr. P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1990, 19, p. 508.

residualmente tollerati istituti atipici, pur rendendo flessibile in alcuni punti l'ordinamento, ne irrigidisce, in definitiva, la struttura portante, non risolvendo in verità la questione che un modello appropriativo collettivo - alternativo alla proprietà individualista e al modello antropologico che vi soggiace - pone all'attenzione del giurista, del sociologo, del politico¹⁵⁸.

Tale questione non si esaurisce, a nostro avviso, interrogandosi sull'origine storica dei diritti collettivi¹⁵⁹, alternativamente ricercata, dalla dottrina italiana, in istituti del diritto romano¹⁶⁰ o in nel diritto alto-medioevale¹⁶¹, nella tradizione comunitaria del singolo gruppo che ne viene riconosciuto titolare. Né si esaurisce nell'enumerare e sottoporre a critica i criteri che, nella giurisprudenza o nella dottrina, si assumono per desumere, dalle specifiche vicende storiche, la persistenza su di uno specifico fondo di diritti collettivi originari, siano essi "usi civici", "proprietà collettiva", "diritto al possesso permanente", "proprietà definitiva". Se tale operazione è necessaria per accertare e tutelare il prodotto di un processo appropriativo collettivo, essa nulla ci dice sul fondamento logico e giuridico di tale capacità appropriativa. L'accertamento dei diritti collettivi acquisiti, se necessario per difendere il patrimonio collettivo dall'assedio al quale è tuttora sottoposto, non risolve la questione paradigmatica posta da un modello proprietario collettivo e da quella capacità appropriativa collettiva che ne è il *prius* logico. Se alle discipline storico-giuridiche si deve il merito di aver sostenuto la legittima rivendicazione di esperienze appropriative collettive per mezzo di un minuzioso lavoro gius-filologico, rimane incompiuta una reinterpretazione capace di superare un fondamento storico che attualmente pone in secondo piano la funzione che il modello proprietario collettivo può svolgere all'interno di un sistema costituzionale della proprietà¹⁶².

¹⁵⁸ Ad «un modello antropologico alternativo» sotteso alle terre collettive fa riferimento F. CARLETTI, *Attualità del regime demaniale e prospettive di riforma*, in F. CARLETTI (a cura di), *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, 1993, p. 59.

¹⁵⁹ Per una rassegna sulle tesi romanista e medievalista proposte in dottrina, si veda C. FEDERICO, A. J. M. GONZÁLEZ, *Profili storico-giuridici della proprietà collettiva in Italia ed in Spagna*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2008, 1, pp. 201 e ss.

¹⁶⁰ Cfr. M. ZACCAGNINI, A. PALATIello, *Gli usi civici*, Napoli, 1984, pp. 5 e ss.

¹⁶¹ Cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Napoli, 2000, p. 27.

¹⁶² Non sempre, infatti, l'attenzione posta al fenomeno proprietario collettivo ha colto ed approfondito «con specifica attenzione anche il possibile valore attuale o potenziale di questi antichi istituti nell'ambito degli assetti socio-economici e giuridici contemporanei» (G. D. DE MARTIN, *La riscoperta e la attuale rilevanza delle comunità di villaggio*, in ID., *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia*, Padova, 1990, p. 3).

Nell'esperienza italiana tale operazione deve essere compiuta muovendo i passi da una critica a una legge precedente alla Costituzione e tutt'ora vigente¹⁶³, e ponendosi la domanda se sia corretto, rispetto ai principi giuridici dell'ordinamento costituzionale, pensare come irrimediabilmente esaurita quella capacità appropriativa collettiva da cui sorsero i diritti di cui ci si occupa.

Analogamente nell'esperienza brasiliana, il riconoscimento di diritti territoriali in capo a specifiche minoranze etnico-culturali - sulla base di un approccio casistico orientato a giustificazioni politiche di ordine compensatorio - nasconde un principio giuridico che dovrebbe invece essere rilevato e applicato dinnanzi ad istituzioni simili, salvo incorrere in un arbitrario ed illegittimo uso della discrezionalità politico-amministrativa di cui la pubblica autorità sembra oggi disporre liberamente.

Seppur rischiosa, vista la capacità che le argomentazioni di natura storico-antropologiche hanno dimostrato nell'evitare, almeno in parte, la liquidazione o l'invisibilità dei diritti collettivi - tale operazione non deve essere letta come indebita: a volte è molto più semplice arrendersi all'apparente diversità piuttosto che approfondire le ragioni per cui essa venga poi riconosciuta, giuridicamente, su presupposti presuntivamente oggettivi, ma in realtà apodittici. Proprio per questa ragione non bisogna ritenersi soddisfatti da una ricostruzione che si esaurisca nell'assecondare acriticamente il fatto giuridico per come si è storicamente

¹⁶³ L'incostituzionalità della prospettiva liquidatoria è sostenuta da G. PALERMO, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, pp. 50-51.

In dottrina peraltro si solleva anche la possibile incompatibilità rispetto alle norme costituzionali di diritti proprietari che non siano inquadrabili all'interno dell'art. 42, co. I, CI. La questione è posta da Minniti, il quale si interroga se «in funzione del sopravvenire, rispetto alla legge del 1927, tanto del codice del 1942 quanto, e soprattutto, della Costituzione, nella quale, come noto, alla proprietà pubblica e a quella privata (ed a queste soltanto) si fa espresso riferimento (art. 42)» sia ammissibile un «terzo statuto» della proprietà. (G. MINNITI, *La circolazione giuridica dei beni gravati da uso civico*, in AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, p. 41-42). La questione, già sollevata in giudizio, è stata dichiarata infondata, in quanto «l'art. 42 cost. non esclude la possibilità della sussistenza di forme di proprietà collettiva e, comunque il termine collettivo o proprietà collettiva non si pone in antitesi con il termine pubblico o proprietà pubblica» (Commiss. usi civici Roma, 27 gennaio 1981, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 1102, con nota di L. RAMELLI DI CELLE, *Legittima e reintegra di terre civiche e competenze di commissari e regioni dopo il d.P.R. n. 616 del 1977*).

Minniti peraltro confonde il regime pubblico o privato della proprietà con il profilo soggettivo che è pertinente al concetto di proprietà collettiva. Analogamente non menziona la seconda parte dell'art. 42, co. I, CI, il quale, sotto il profilo soggettivo, menziona lo Stato, i soggetti ed una terza categoria costituita da enti. Non menziona inoltre l'art. 43, CI, nel quale lo stesso costituente pensò ad una proprietà originariamente riservata a comunità, ossia gruppi di persone, siano essi lavoratori o utenti, prescindendo, secondo la dottrina, da una sua soggettivizzazione in persona giuridica (cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 224).

manifestato. Se la storia genera il diritto, e in un ordinamento positivo, gli equilibri che ne trasformano la sostanza in forma giuridicamente prescrittiva, la posizione del giurista deve essere caratterizzata da un approccio critico, capace di innescare quel virtuoso procedimento di rinnovamento e vivificazione del dispositivo affinché lo scontro tra il mondo dei fatti e l'ordinamento legale si risolva alla luce di principi di diritto.

Proprio alla luce dei principi costituzionali si interpreteranno gli istituti appropriativi collettivi a cui è inscindibilmente legata la vicenda di un modello proprietario collettivo nelle rispettive esperienze giuridiche. La sua integrazione nel sistema costituzionale rappresenta una sfida, da raccogliere consapevoli che, al riemergere di una vecchia questione proprietaria, si debba rispondere non con anacronistiche logiche individualistiche ma con soluzioni ad esse alternative¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Cfr. S. RODOTÀ, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981, p. 56.

CAPITOLO TERZO

GLI ISTITUTI DELL'APPROPRIAZIONE COLLETTIVA ORIGINARIA E LA LORO FUNZIONE

1. Il diritto collettivo originario di natura dominicale: gli elementi costitutivi di un concetto giuridico

Le considerazioni svolte hanno permesso di evidenziare i tratti che rendono assimilabili, nelle esperienze italiana e brasiliana, le istituzioni appropriative collettive, anticipando alcune delle costanti che accomunano gli istituti predisposti, nei rispettivi ordinamenti, a regolare i diritti e il patrimonio collettivo.

L'elemento più appariscente che caratterizza le istituzioni appropriative collettive è rappresentato dalla coesistenza di una posizione collettiva, che trae il proprio fondamento da un atto appropriativo originario, e di una serie di posizioni individuali, che discendono dall'appartenenza all'istituzione.

La trasposizione in termini giuridici della coesistenza di una pluralità di posizioni, ricadenti sul bene collettivo, è un'operazione complessa. Non esistono concetti codificati che riescano a cogliere nella sostanza i vincoli sussistenti tra individui, collettività, beni, per come essi si configurano nelle istituzioni appropriative collettive.

L'imputazione di un bene ad una pluralità di soggetti è fattispecie contemplata nei codici civili italiano e brasiliano rispettivamente dalla comunione (artt. 1100 e ss., c.c. italiano)¹ e dal condominio (artt. 1314 e ss., c.c. brasiliano). Entrambe le figure, essendo di derivazione romanistica, ricostruiscono idealmente il rapporto autonomo tra soggetto e bene², frazionando quest'ultimo in tante quote³

¹ Si ha comunione «quando la proprietà o altro diritto reale spetta in comune a più persone» (art. 1100, c.c. italiano)

² Per una critica della tesi "atomistica", che riconduce la pluralità di posizioni soggettive su di un medesimo bene come somma di diritti autonomi e indipendenti gli uni dagli altri, si veda L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pp. 107 e ss.

ideali o reali quanti sono i “comunisti”⁴. La comunione inoltre è di natura tendenzialmente temporanea⁵, ne può essere chiesto in linea generale lo scioglimento⁶ con la conseguente divisione del bene comune.

Tale istituto non riesce quindi a cogliere, nella sostanza e nella forma, la natura del rapporto che viene a crearsi nelle istituzioni appropriative collettive tra “comunista”, collettività e bene⁷. Nella comunione o nel condominio non si rileva infatti una posizione collettiva autonoma rispetto alle posizioni dei singoli. Nelle istituzioni appropriative collettive i “comunisti” sono titolari di un diritto avente ad oggetto il bene, che non è divisibile, nella sua interezza. Inoltre se nella comunione e nel condominio, come definiti dai rispettivi codici, il *prius logico* del potere sulla cosa discende da titolo tendenzialmente privato, nelle istituzioni appropriative collettive il *prius* delle posizioni individuali sul bene collettivo consiste nell’essere compartecipi di un gruppo sulla base di un titolo intrasferibile e non acquisibile privatamente⁸. Differente è la natura dell’aggregato collettivo inoltre,

³ Per quota deve intendersi «la porzione (intesa in senso quantitativo) di bene che spetterà al soggetto al momento della divisione o, trattandosi di comunione non suscettibile di essere divisa, con il grado di partecipazione che spetta ad ogni comunista nell’amministrazione del bene comune» (O. T. SCOZZAFAVA, *Comunione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 6).

⁴ Alle quote fa riferimento l’art. 1101, c.c. italiano, mentre si menzionano «parti ideali» nel *parágrafo único* dell’art. 1315, c.c. brasiliano. Il concepire la comunione o il condominio come somma di posizioni individuali autonome rispetto a una quota dimostra, in definitiva, come il diritto di proprietà individualista abbia assorbito le possibili espressioni dell’appropriazione. In questo senso il «diritto di proprietà è assurdo ad unica forma di appropriazione dei beni, [...] talchè non ha lasciato margini a situazioni soggettive, che non fossero di carattere individuale ed, in quanto tali, connotate dai tratti dell’esclusività» (O. T. SCOZZAFAVA, *Comunione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 5).

⁵ Nell’ordinamento italiano l’art. 1111, co. 2, c.c., limita a dieci anni il tempo massimo in cui può essere pattuita la durata della comunione. Nell’ordinamento brasiliano - *ex art.* 1320, § 1, c.c. - la comunione può essere pattuita per un periodo massimo di 5 anni, anche se suscettibile di proroga.

⁶ Art. 1111, c.c. italiano. Accidentale è l’impedimento costituito dall’art. 1112, c.c., per il quale «lo scioglimento della comunione non può essere chiesto quando si tratta di cose che, se divise, cesserebbero di servire all’uso a cui sono destinate». L’articolo deve essere interpretato restrittivamente nel senso che «l’indivisibilità della cosa va riferita ad una sua particolare relazione restrittiva rispetto ad altre cose» (A. PALAZZO, *Comunione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, III, Torino, 1988, pp. 180), come si presenta la comunione del muro divisorio (art. 880, c.c.) o le parti comuni di edifici (art. 1119, c.c.). Irrilevante l’indivisibilità intrinseca della cosa, che può essere alienata per poi attuarsi una ripartizione, sulla base delle quote, di quanto ricavato dalla vendita.

Nell’ordinamento brasiliano la divisibilità è contemplata dall’art. 1320, c.c.

⁷ Cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Napoli, 2000, p. 29.

⁸ Questa la distinzione rilevata da Perlingieri, secondo il quale «la proprietà collettiva si distingue da una contitolarità in senso tecnico per il fatto che il *prius*, cioè la ragione stessa della partecipazione alla proprietà collettiva, è la qualificazione di partecipante a quella comunità» (P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 53).

tendenzialmente volontario e temporaneo negli istituti codificati, perpetuo e frutto di una «socialità necessaria»⁹ nelle istituzioni appropriative collettive¹⁰.

L'incapacità di cogliere le relazioni tra bene collettivo, collettività e «comunisti» dimostrata dagli istituti codificati viene sopperita dal concetto di proprietà collettiva, seppur non ne esista una chiara e definita «nozione specifica»¹¹. Il concetto può prestarsi, infatti, ad un uso sia generico, che tendenzialmente tecnico.

⁹ Questa la formula che, seppur usata da Palermo con riferimento alle sole associazioni e comunità agrarie, sembra riassumere e giustificare la perpetuità dei diritti collettivi in genere. Cfr. A. PALERMO, *Enfiteusi - superficie - oneri reali - usi civici*, Torino, 1965, pp. 668-669.

¹⁰ Nell'ordinamento italiano la presenza di istituti che configurano delle comunioni anomale rispetto al modello della tradizione romanistica - definite «comunioni senza quote», tra le quali Palazzo menziona «le comunioni di uso civico, la comunione di pascolo, per alcuni il fondo comune delle associazioni non riconosciute, il fondo patrimoniale» (A. PALAZZO, *Comunione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, III, Torino, 1988, p. 166) - ha indotto la dottrina ad avanzare una teoria della comunione alternativa a quella tramandata dalla tradizione civile. Due sono le tesi proposte. La prima - rubricata con il nome di «proprietà plurima integrale» (O. T. SCOZZAFAVA, *Comunione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 10) - configura la sussistenza di una pluralità di diritti di proprietà, che hanno ad oggetto la cosa nella sua interezza e che si limitano reciprocamente (cfr. L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pp. 137 e ss.) L'autore ora menzionato definisce la comproprietà come «una somma di proprietà limitate sulla cosa comune. Ciascun partecipante come comproprietario è titolare di un diritto di proprietà estensivamente (quanto all'oggetto) comprendente tutta la cosa comune, intensivamente (quanto al suo contenuto) limitato» (L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, p. 147). La seconda che invece imputa un diritto di proprietà in capo al gruppo dei «comunisti» (S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 166). In questo senso secondo Pugliatti «nel condominio si ha proprietà unica spettante alla collettività». Seppur in dottrina quindi si ammettano forme di comunione che non possono essere ridotte a una somma di diritti di proprietà rispetto a quote, le posizioni giuridiche soggettive rilevabili nelle istituzioni appropriative collettive non possono essere assorbite nei concetti di comproprietà e di proprietà collettiva ora riportati. Assumendo che nelle istituzioni appropriative collettive sussistano sul bene sia una posizione collettiva, sia una serie di posizioni individuali, la teoria della comproprietà, rilevando esclusivamente le seconde, è incapace di evidenziare le prime; problema nella sostanza analogo quello che rende inadeguato il concetto di proprietà collettiva menzionato dal Pugliatti, il quale, rilevando unicamente la posizione collettiva, pone in secondo piano le posizioni individuali.

In dottrina inoltre si evidenzia giustamente come l'istituto della comunione - intesa come condominialità per quote, come comproprietà o come proprietà collettiva - si presti a essere ricondotto al modello della proprietà individuale (cfr. O. T. SCOZZAFAVA, *Comunione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 2).

A fronte della inadeguatezza della comunione della tradizione romanistica, il modello al quale la speculazione dottrinale si è ispirata, nello specifico, per comprendere i diritti collettivi *in re propria* è il condominio germanico (in dottrina di veda L. BARASSI, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, pp. 173 e ss.), ossia quello che meglio rappresenta le autentiche proprietà collettive rilevabili prevalentemente nell'arco alpino. Dinnanzi ai diritti originari di uso su terre in proprietà privata, diffuse nell'Italia Centro-meridionale, la dottrina ha fatto ricorso alla figura della proprietà divisa, nella quale la collettività e il proprietario sono rispettivamente titolari di differenti *utilitates* offerte dal bene. Ma il medesimo modello condominiale a mani riunite della tradizione germanica si presenta comunque utile nel comprendere il tipo di rapporto dominicale che relaziona collettività, come titolare di un diritto originario collettivo di natura dominicale, i singoli, titolari di un diritto originario di uso, e le singole *utilitates* collettivamente appropriate.

¹¹ Cfr. E. ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Appendice Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1980, p. 606.

In senso generico esso indica ogni situazione dominicale contrapposta alla proprietà individuale¹² nella misura in cui si presenti inadeguato e inapplicabile il concetto di comunione per quote¹³.

In senso tecnico il termine proprietà collettiva - ossia "l'autentica proprietà collettiva" - rimanda alle specifiche istituzioni appropriative che sono state in grado di conservare o di acquisire, in seguito all'impatto con la modernità, la piena proprietà (seppur non individuale) del proprio patrimonio, amministrato per mezzo di un ente che esteriorizza l'assetto organizzativo dell'istituzione¹⁴.

Nel presente lavoro si è deciso di non utilizzare il termine proprietà collettiva, facendo ricorso alla locuzione "modello proprietario collettivo" per indicare, in termini generici, l'insieme delle figure giuridiche che differiscono dalla proprietà individualista. La scelta di non utilizzare il termine proprietà collettiva nella propria accezione tecnica dipende da due fattori.

In primo luogo perché il termine proprietà collettiva non è capace di raccogliere tutte quelle figure giuridiche che invece si ritengono funzionalmente simili. Ad esempio nel caso italiano non possono essere definite proprietà collettive, in senso tecnico, i diritti di uso imputati ad una collettività su beni al contempo di proprietà privata. Così come, nel caso brasiliano, non si potrebbe definire proprietà collettiva il possesso *indígena* su terra pubblica. Ma in entrambi i casi il diritto individuale esercitato in dipendenza di un'appartenenza al gruppo, sia esso proprietario o meno, è di natura dominicale. Nell'ordinamento italiano unitario è il concetto assunto dal legislatore e recepito dalla giurisprudenza di uso civico, che si presenta tale anche qualora esercitato su beni in piena proprietà del gruppo¹⁵.

¹² Come afferma Grossi, proprietà collettiva è «una espressione il cui significato generico ed elementare è quello di proprietà di un gruppo abbastanza lato (che non si identifichi cioè con un ristretto gruppo unifamiliare) [...] *oppositum* storico e logico della proprietà del singolo, con tutto l'insieme dei valori alternativi che vi emergono» (P. GROSSI, *Un altro modo di possedere, l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, 1997, pp. 38-39).

¹³ In questo senso deve essere compreso l'uso del termine da parte di Pugliatti (S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 166).

¹⁴ Storicamente furono soprattutto le istituzioni chiusesi nel corso delle proprie vicende a uscire vittoriose dal conflitto per il riconoscimento di una specialità che le sottrasse dal progetto liquidatorio. Le stesse istituzioni sono quelle che oggi più facilmente vengono individuate utilizzando, in senso tecnico, il termine proprietà collettiva.

¹⁵ Possono essere soggetti agli usi civici «i fondi comunali o anche privati» (Cass. civ., ss.uu, 4 febbraio 1928, in L. ACROSSO, G. RIZZI (a cura di), *Codice degli usi civici*, Roma, 1956, p. 16) e le terre in possesso delle associazioni agrarie (art. 1, L. 16 giugno 1927, n. 1766, si veda anche Cass. civ., 5 gennaio 1935, n. 9, in *Foro amm.*, 1935, II, p. 52). Con specifico riferimento alle terre in

Medesimo pare il diritto di uso che spetta ai membri di una comunità *quilombola* o *indígena*, seppur differenti siano i titoli di cui la collettività gode. In ogni caso non si fuoriesce, comunque, da una logica dominicale. La dominicalità contraddistingue i diritti di uso, siano esercitati su beni in proprietà di terzi o su beni in proprietà della stessa collettività. Dominicale è certamente il diritto della comunità *quilombola*, di natura dominicale pare il diritto al possesso *indígena*, in quanto perpetuo, imprescrittibile, capace di riassumere tutti i contenuti della proprietà. Queste brevi considerazioni si ritengono per il momento sufficienti per poter affermare come il concetto di proprietà collettiva, se raccoglie la differenza fenomenologica in cui un modello proprietario collettivo si è espresso storicamente, non può essere assunto come costitutivamente differente rispetto ad ulteriori diritti collettivi. La medesima distinzione, se corrisponde all'esigenza pienamente condivisibile di definire in termini appropriati l'esistente, non pare legittima qualora sia introdotta per affermare una specialità, a sua volta assunta per legittimare statuti giuridici irragionevolmente differenti. Se medesimo è nei propri tratti fondanti il fenomeno storico-sociale regolato, ragionevolmente simile deve essere il trattamento giuridico alla luce dell'unitarietà della materia.

In secondo luogo il termine proprietà collettiva, come già evidenziato, riassume in maniera non chiara le differenti posizioni che sussistono sul bene, e che traggono il proprio fondamento da posizioni di differente natura.

A partire dall'esperienza italiana, nella quale i tratti dei diritti collettivi sono stati maggiormente regolati dal legislatore, discussi e dibattuti in una giurisprudenza ricca e approfondita, si possono svolgere alcune considerazioni che si reputano utili per comprendere anche l'esperienza brasiliana.

La natura collettiva dei diritti indica qualcosa di differente rispetto a una somma di posizioni individuali di natura dominicale su di un bene, acquisite originariamente in virtù dell'appartenenza ad una collettività. Vi è una posizione dominicale imputata alla collettività - che ha come fondamento il gesto appropriativo

proprietà di associazioni, sono soggette a usi civici «sia quelle di originario godimento comune, sia acquistati in nome dell'associazione con mezzi propri» (come desumibile dall'art. 58, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332), pur se «alcune categorie di persone siano riuscite a tenerne lungamente il possesso con esclusione degli altri abitanti» (Cass. civ., 5 agosto 1940, n. 2865 in L. ACROSSO, G. RIZZI (a cura di), *Codice degli usi civici*, Roma, 1956, p. 17) a meno che «nel corso dei secoli non si sia trasformata in comunione privata» (Cass., 5 gennaio 1935, n. 9, in *Foro amm.*, 1935, II, p. 52) con relativo onere di provare l'atto costitutivo del nuovo titolo.

originariamente compiuto su un bene divenuto collettivo - dalla quale discendono i poteri regolamentativi di cui essa è titolare¹⁶.

Si potrebbe obiettare che le facoltà regolative esprimano poteri dei “compropriari” - o meglio “comunisti” - ed esercitati nell’ambito di un’autonomia di natura privatistico-associativa. Ma non si spiegherebbe allora da quale fattore possano dipendere i limiti posti all’esercizio di una autonomia privata di natura associativa, tra i quali spicca in primo luogo l’indivisibilità del patrimonio. Si potrebbe obiettare che l’indivisibilità discenda dalla conformazione dei poteri proprietari, ma l’unità del patrimonio collettivo è stata riconosciuta come tratto costitutivo dell’appropriazione collettiva ben prima che si potesse concepire una conformazione autoritativa dei poteri privati.

In considerazione del fatto che, come verrà approfondito, i poteri regolativi degli usi possono essere tuttora esercitati, e che tali poteri sono stati conservati nel momento in cui si è attribuita loro la personalità di diritto privato, si dovrebbe ammettere l’esistenza, nell’ordinamento, di enti privati capaci di regolamentare e conformare, sulla base di norme statutarie e in assenza di parametri su cui valutarne la legittimità, diritti soggettivi perfetti e tutelati *ex art. 42, CI*¹⁷. Le facoltà regolatorie attribuite agli enti che rappresentano la collettività dipendono invece da una posizione dominicale autonoma e differente rispetto ai diritti individuali che discendono dall’appartenenza all’ente, rimarcando come tale autonoma posizione debba essere imputata non all’ente, ma alla collettività di cui l’ente è strumento organizzativo.

Sempre dall’esperienza italiana si possono trarre ulteriori considerazioni. I medesimi poteri regolativi sono imputati non solo alle collettività titolari di un diritto

¹⁶ La distinzione non è raccolta neanche dalla miglior dottrina occupatasi della materia, che utilizzando il concetto di diritti collettivi, li definisce come quei «diritti soggettivi che spettano al singolo in quanto membro di una certa collettività. Il singolo gode in proprio di questi diritti ma solo in quanto membro della collettività. È la collettività nel suo complesso ad essere titolare del diritto ma essa ne gode attraverso i suoi membri, attraverso ciascun singolo membro» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 254). La collettività figura come titolare del diritto collettivo, senza che da tale titolarità discendano specifici poteri di natura dominicale.

Analogamente il Giannini, per il quale «il tratto giuridico saliente» della proprietà collettiva «è costituito da godimento di utilità della cosa che spetta a tutti gli appartenenti ad una collettività; ciò che varia è il contenuto del godimento, la specie dell’utilità, la situazione soggettiva degli appartenenti alla collettività in ordine alla cosa, il carattere aperto o chiuso o altro della collettività, l’organizzazione della collettività» (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 13).

¹⁷ Cfr. A. MORRONE, *Diritti collettivi, proprietà collettiva e costituzione*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2008, 1, p. 21.

proprietario pieno, ma anche in capo alle collettività organizzate in Amministrazioni separate, qualora costituite, o dai Comuni che regolano gli usi su beni in proprietà di terzi. Si potrebbe obiettare, per altra via, che le facoltà regolative costituiscano espressione di una funzione pubblica di *imperium*, originariamente esercitata dalle istituzioni collettive nelle proprie vesti di enti pubblici territoriali pre-moderni e oggi di competenza degli enti statali. Ma ritenendo corretto pensare le Amministrazioni separate come enti di diritto privato¹⁸ emergono i medesimi profili evidenziati rispetto ad una conformazione di natura pubblica di diritti soggettivi perfetti, tutelati ex art. 42, CI, come debbono essere considerati gli usi civici. Altri sono invece i poteri conformativi di cui sono titolari enti pubblici territoriali, la cui legittimità deve essere valutata alla luce delle garanzie poste a tutela della proprietà e dei diritti che partecipano alla sua natura.

Dall'esistenza quindi di autonomi poteri di regolazione degli usi si può desumere l'esistenza di una posizione collettiva dominicale sia nei casi in cui l'istituzione appropriativa collettiva si sia storicamente soggettivizzata, mantenendo la piena proprietà del patrimonio collettivo, sia nel caso in cui la comunità locale non sia stata in grado di conservare, o di acquisire, diritti proprietari pieni ma soltanto diritti di uso, seppur di natura dominicale. Il termine di proprietà collettiva non evidenzia quindi i due momenti nei quali si articola l'istituzione appropriativa collettiva, rendendo impreciso il concetto sia quando lo si utilizzi propriamente in senso tecnico, sia quando, invece, lo si usi in senso generico.

Le medesime considerazioni possono essere valide per l'esperienza brasiliana, anche se l'eccezionale specialità normalmente riconosciuta al possesso *indígena* e alla proprietà dei *remanescentes*, tendenzialmente ha indotto la dottrina a rinunciare ad una ricostruzione concettuale delle relazioni giuridiche tra individuo e comunità, celate sotto un velo di mistico comunitarismo che, per rispetto o per disinteresse, non viene sollevato.

A differenza dell'Italia - dove o con intervento legislativo, o con un rinvio a statuti consolidatisi nell'arco di svariati secoli i contenuti del diritto individuale di uso sono ben definiti - il rapporto tra individuo e comunità nelle istituzioni appropriative riconosciute nell'ordinamento brasiliano si presenta non ben delineato.

¹⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 316.

L'ampio rinvio da parte del legislatore all'autonomia statutaria delle associazioni di *remanescentes* e alle tradizioni consuetudinarie *indígenas* ha attribuito rilevanza giuridica più a processi politici che non a regole consolidate. Ciò permette una sorta di degradazione a mero interesse dei diritti originari di uso, da cui dipende la non sempre semplice definizione, in termini chiari e predeterminabili, della posizione individuale in seno all'istituzione. Ma il riconoscimento dei diritti in questione a *indíos* e *remanescentes*, ci indica chiaramente come la posizione individuale permanga nei termini di diritti individuali soggettivi, anche a fronte della titolazione collettiva dei poteri regolativi.

In definitiva non si coglierebbe il senso delle istituzioni appropriative collettive se le si traducesse, in termini giuridici, in un mero fatto di co-imputazione del titolo ad una pluralità di persone. È invece dall'interazione di differenti posizioni dominicali, inscindibilmente legate in dinamiche interattive, che si pensa di poterne individuare il tratto caratterizzante.

Considerando il fatto che il presente lavoro ha come oggetto la trattazione unitaria dell'insieme degli istituti ascrivibili ad un modello proprietario collettivo negli ordinamenti italiano e brasiliano, che l'uso del termine proprietà collettiva avrebbe potuto dar adito a fraintendimenti e che in dottrina non si sono definiti terminologicamente le differenti posizioni ricadenti sul patrimonio collettivo, si è ritenuto opportuno individuare due concetti di natura analitico-descrittiva. Il primo rileva la posizione collettiva, ossia il "diritto collettivo originario di natura dominicale", il secondo raccoglie le posizioni individuali, che chiameremo "diritto originario di uso di natura dominicale" (nel prosieguo del lavoro sintetizzerò il primo in "diritto collettivo originario", il secondo in "diritto originario di uso" sottintendendo la dominicalità che invece deve essere in questa sede rimarcata, come è stata sottolineata nel titolo scelto per il presente lavoro).

Attraverso la dominicalità e l'originarietà si vogliono evidenziare due tratti costitutivi e condivisi da entrambe le posizioni.

Sia il diritto originario di uso che il diritto collettivo originario sono in primo luogo "riconosciuti", in quanto "originariamente acquisiti" rispetto ad atto

amministrativo o a potere privato¹⁹. L'acquisizione trae fondamento da fattori tra loro indipendenti: il diritto collettivo originario consegue a un fatto appropriativo *sui generis*²⁰ che non trova fondamento in un titolo privato²¹. Come si avrà modo di esemplificare nell'analisi degli specifici istituti, l'originarietà può essere interpretata sia in termini temporali, che logico-sistematici, con evidenti ricadute sulla qualificazione giuridica da attribuire agli istituti nel sistema costituzionale. Per il momento è sufficiente anticipare come un diritto collettivo originario possa essere acquisito anche su beni già in proprietà, a titolo individuale, da coloro che diverranno successivamente "comunisti", trasformando il titolo in base al quale essi esercitano un diritto rimasto, a volte, nei propri contenuti sostanzialmente identico.

Analogamente il diritto originario di uso si acquisisce in quanto «membro della collettività»²², essendo esercitato sulla base di titolo trasferibile e non acquisibile privatisticamente (da cui desumere una natura prevalentemente pubblicistica). Non è quindi un diritto reale di uso contemplato dal codice²³, come

¹⁹ Nell'esperienza giuridica brasiliana tale qualità viene descritta con il termine di appropriazione *primária*. Come spiega Benatti, «sotto l'aspetto giuridico, possiamo comprendere la proprietà collettiva come essendo originata da un ordinamento primario [...] l'appropriarsi [da parte di una comunità] è *primário* perché il gruppo occupa l'area con l'intuito di essere il proprietario, il signore di quel territorio, senza autorizzazione di terzi» (J. H. BENATTI, *Manejo florestal e o uso alternativo do solo na Amazônia*, in A. LIMA (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002, p. 239).

²⁰ *Contra* Fulciniti, che pare negare la sussistenza di posizioni collettive di natura dominicale distinte rispetto alle posizioni singole. Nelle «proprietà collettive di uso civico», quelle autenticamente collettive, gli unici condomini proprietari sono gli utenti (L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 111). Non si specifica, però, se i singoli siano proprietari nella propria veste di soggetti (*uti singuli*) o come parte della collettività (*uti universi*). Nel primo caso la collettività non sarà titolare di una posizione dominicale sulla risorsa collettiva, contrariamente a quanto avviene nel secondo caso. Tale distinzione deve essere operata sulla base di una premessa. Dire che la collettività sia titolare di una posizione dominicale distinta rispetto ai singoli non equivale ad affermare che l'ente - per mezzo della quale la collettività si organizza al fine di esercitare le facoltà di cui è titolare, abbia esso personalità giuridica o meno - sia in virtù di ciò comproprietario.

²¹ «I beni derivano da un fatto di apprensione originaria da parte della comunità di abitanti. [...] E quindi - ciò che è fondamentale, sul punto - acquisizione del bene non attraverso fatti o atti di diritto comune, compravendita, usucapione» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà collettive e usi civici nel sistema vigente, tra diritto comune e disciplina speciale delle comunità dell'arco alpino (con particolare riferimento alla Comunità di Fiemme)*, in AA.VV., *La Magnifica Comunità di Fiemme dal Mille al Duemila*, Trento, 1991, p. 54.

²² Per l'ordinamento italiano di veda Cass. civ., 2 febbraio 1962, n. 210, in *Foro amm.*, 1962, II, p. 394.

²³ Nell'opinione di Petronio questo è lo schema che risolve la specialità dell'istituto degli usi civici contemplato dall'ordinamento italiano. In questo senso l'autore nega sia l'esistenza di un istituto di proprietà collettiva, sia l'utilità di tale concetto nella comprensione della materia. Cfr. U. PETRONIO, *Rileggendo la legge sugli usi civici*, in AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, pp. 79-147. I limiti di un'analisi storico-giuridica sono evidenti nel momento in cui, rileggendo la legge del 1927 settant'anni dopo la sua promulgazione, si desume una sua interpretazione storicamente autentica, che

non integra la fattispecie di diritti di uso pubblico²⁴; non possono nemmeno essere considerati diritti di godimento derivati da atto di volontà privata. Nelle ipotesi descritte il diritto di uso si presenterebbe come derivato e quindi non acquisito, come invece è in virtù di un fattore di appartenenza, «originariamente»²⁵. Originario in quanto dichiarato nei procedimenti amministrativi deputati al suo riconoscimento, sia o meno premessa per procedere alla sua successiva liquidazione.

Sia il diritto collettivo originario che il diritto originario di uso partecipano alla natura dominicale²⁶: sono perpetui, riarticolandosi reciprocamente e rispetto a diritti di terzi in virtù di una elasticità che contraddistingue la posizione proprietaria nel permanere identica pur a fronte della compressione dei poteri materialmente esercitabili, sia essa dovuta alla sussistenza di diritti reali terzi sul bene in proprietà o alla conformazione amministrativa²⁷. Per

però prende in considerazione solo marginalmente - in quanto giustamente non pertinente al campo di indagine - i termini di una sua attualizzazione nella cornice costituzionale.

²⁴ Anche distinguendo tra i diritti di uso pubblico su beni pubblici e diritti di uso pubblico su bene privato - costituiti per mezzo di atto amministrativo i primi, per prescrizione acquisitiva i secondi (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 176) - i diritti di uso non partecipano della dominicalità che invece contraddistingue i diritti originari di uso di cui ci si occupa (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 253).

²⁵ Cfr. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Napoli, 2000, p. 32. Analogamente Germanò, per il quale «non si succede nella proprietà collettiva, la si acquista invece a titolo originario o con la residenza (nell'ipotesi di terre civiche) o con la nascita (nell'ipotesi di terre collettive) mentre la capacità, a dir così, di agire si raggiunge con la maggiore età e talvolta, per le terre collettive, con la costituzione di un nuovo fuoco diverso da quello originario» (A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 555).

²⁶ Tale qualità non deve essere intesa come sintesi delle facoltà dispositive attribuite solisticamente al soggetto e nelle quali si concentra il concetto dominativo di proprietà (tale sembra essere la prospettiva tradizionale accolta anche da M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 8). L'assunzione della dominicalità come sintesi dei poteri dispositivi - a loro volta considerati essenza della facoltà di «realizzare dal bene in valore di scambio» (P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 67) - ha messo in dubbio l'esistenza stessa di un possibile concetto di proprietà pubblica (cfr. L. MOCCIA, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1, pp. 21-60). Ma il vincolo di destinazione cui sono sottoposti i beni in proprietà pubblica solo apparentemente può risultare incompatibili con il concetto di proprietà socialmente funzionalizzata.

²⁷ Proprio la «dominicalità» dei diritti collettivi «consente alla soluzione collettiva di godimento e d'uso di modificarsi seguendo le trasformazioni della cosa e anche l'evolversi dei bisogni della popolazione» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 233). Tale affermazione è desumibile dalla giurisprudenza (si veda Cass. civ., Sez. II, 27 febbraio 1946, n. 192, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, I, p. 354 e in *Foro it.*, 1944-46, I, c. 724; Cass. civ., Sez. II, 30 marzo 1951, n. 698, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, I, p. 650; Cass. civ., Sez. II, 10 gennaio 1961, n. 27, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 203), per la quale «la generica espressione «usi civici» indica una serie aperta di possibilità di utilizzazione collettiva; pertanto l'uso civico riservato ad una comunità può modificarsi nel tempo qualora le condizioni di vita, nella loro mutazione, rendano attuali esigenze nuove e diverse, di natura ecologica, idrologica, biologica ed anche turistica» (Commiss. usi civici Veneto, 30 novembre 1991, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1993, I, p. 1088, con nota di G. BEVILACQUA, *Usi civici e Turismo (Marmolada)*).

questo i diritti originari di uso sono differenti rispetto ai diritti di uso acquisiti da una collettività su cosa privata per prescrizione acquisitiva, che non partecipano dell'elasticità che caratterizza, invece, i diritti originari di uso in virtù della dominicalità.

Le accidentali vicende storiche che possono aver compresso i contenuti dei diritti originari di uso non ne modificano la sostanza. Essi possono riemergere carsicamente nella loro pienezza pur in seguito ad un parziale o totale non uso²⁸, per quanto prolungato nel tempo, tanto da renderne in qualche modo invisibile l'esistenza.

I concetti di diritto collettivo originario e di diritto originario di uso sono stati formulati per descrivere gli elementi costitutivi delle figure giuridiche che, negli ordinamenti italiano e brasiliano, sono state positivizzate o recepite per regolare i diritti, le facoltà, i beni scaturiti dal riconoscimento delle istituzioni appropriate collettive. Sulla base degli stessi elementi si pensa possibile procedere ad una loro generalizzazione concettuale.

Gli istituti giuridici sono, nell'ordinamento italiano, quelli che a partire dalla legge liquidatoria del 1927 sono stati tradizionalmente rubricati sotto il nome di usi civici o diritti di uso promiscuo. Prendendo come riferimento il diritto originario di uso - ossia l'elemento che, a fronte della complessa struttura dei diritti collettivi, si palesa con maggior evidenza nel mondo dei fatti - il legislatore ha operato un'unificazione della materia fortemente criticata in dottrina. La principale obiezione venne sollevata rispetto all'equiparazione tra le "autentiche proprietà collettive", ossia i diritti di uso originari esercitati su bene in proprietà della collettività, e i diritti originari di uso esercitati su bene in proprietà di terzi.

Se appaiono corrette le critiche rivolte sia al *nomen juris* utilizzato per rubricare onnicomprensivamente i suddetti diritti²⁹, sia al progetto liquidatorio che con l'intervento legislativo si volle attuare, non si condivide l'esigenza di distinguerli, sulla base di una presunta costitutiva differenza, assumendo come rilevante l'imputazione del bene alla collettività o al privato. In altre parole se è sicuramente errato ridurre nel concetto di usi civici quelle che si presentano come

²⁸ Sull'imprescrittibilità degli usi civici si veda, per tutte, Cass. civ., 19 ottobre 1967, n. 2553.

²⁹ Cfr. L. RAMELLI DI CELLE, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze* (nota a sentenza del Commiss. usi civici Roma, 24 maggio 1982, n. 3), in *Riv. dir. agr.*, 1984, II, p. 55.

“autentiche proprietà collettive”, pare invece corretta l’operazione che ascrive entrambi a concetti più generali, quali sono quelli di diritto originario di uso e di diritto collettivo originario. Corretta è l’unitarietà della materia, scorretta è la scelta operata nel rubricare gli istituti considerati.

Nell’ordinamento brasiliano, invece, i diritti collettivi originari ed i diritti originari di uso, quali trasposizione dei rapporti rilevati per mezzo della nozione di istituzione appropriativa collettiva, sono il diritto alla “proprietà definitiva” dei *remanescentes* delle comunità *quimbola* delle terre occupate e il diritto al “possesso permanente” dei popoli *indígenas* sulle terre tradizionalmente occupate. In entrambi i casi vi è un gruppo etnico-culturale, che è collettivamente titolare se non di un diritto di proprietà, di un diritto di natura dominicale. Come si evidenzierà, il diritto collettivo originario *indígena*, oltre ad essere perpetuo, può essere considerato di natura dominicale in quanto capace di assorbire tutti i possibili contenuti del diritto di proprietà, come conformata dall’ordinamento. Al possesso permanente sulla terra si associa infatti l’usufrutto perpetuo sulle risorse naturali ivi presenti³⁰.

Al fine di trarre gli elementi necessari per rilevare gli interessi pubblici sottesi alla conservazione o alla liquidazione dei diritti collettivi originari, si prenderanno in considerazione i rispettivi istituti giuridici.

³⁰ Come afferma Perlingieri, «sarà necessario verificare quando una concreta situazione soggettiva è dal legislatore considerata “reale”; verificare se l’usufrutto, l’enfiteusi sono, per caso, forme di proprietà» (P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della «proprietà»*, Napoli, 1970, p. 3). In questo caso la perpetuità dell’usufrutto, associato al possesso di terre costituzionalmente vincolate, rendono senza dubbio dominicali i diritti *indígenas*.

2. La proprietà definitiva dei *remanescentes* delle comunità *quilombolas*³¹

2.1. L'articolo 68, ADCT: i termini di un'applicazione problematica

L'art. 68, ADCT, riconosce ai «*remanescentes* delle comunità *quilombolas* che stiano occupando le loro terre [...] la proprietà definitiva, dovendo lo Stato³² procedere all'emissione dei rispettivi titoli».

Il dispositivo, che si presenta in una forma di apparente semplicità, risulta generare non pochi problemi in virtù dell'introduzione di concetti legali non definiti e aperti a molteplici interpretazioni.

³¹ Si è deciso di affrontare per primo l'istituto della proprietà dei *remanescentes quilombola* per due ragioni, che seguono a una premessa. Nell'opinione di chi scrive si pensa corretta la tesi che considera necessario riarticolare la comprensione giuridica della specialità *indígena* al fine di desumerne principi applicabili analogicamente ed estensivamente a tutte le istituzioni appropriative collettive, sia quelle già riconosciute, sia quelle che tuttora permangono invisibili all'ordinamento. Ma la irriducibile specialità della diversità *indígena* rispetto agli ulteriori segmenti sociali che accedono al «processo civilizzatore nazionale», rende tale operazione difficile nell'esperienza giuridica nazionale. Una ricostruzione dei diritti collettivi *quilombola* sulla base di un'applicazione analogica di principi della legislazione *indigenista* finirebbe per renderne particolarmente fragile il fondamento. Analizzando in prima battuta i diritti dei *remanescentes quilombola* si è voluta evitare una loro univoca pre-comprensione alla luce dei diritti *indígenas*, che se è a nostro avviso interpretazione legittima, non è né l'unica possibile, né quella che raccoglie i maggiori consensi.

In secondo luogo tale sequenza rispecchia la natura decrescente dei contenuti dei diritti collettivi che si andranno ad analizzare. Ai diritti *quilombolas*, veri e propri diritti di proprietà, seguono i diritti *indígenas*, che consistono in un diritto di possedere terra pubblica.

³² In dottrina si sottolinea come per Stato debba intendersi l'insieme degli organi federale e statali. Cfr. L. DE S. GODOY, *Os pressupostos jurídicos para regularização das áreas remanescentes de quilombos*, in T. ANDRADE (org.), *Quilombos em São Paulo, tradições, direitos, lutas*, São Paulo, 1997, p. 64.

Specifiche disposizioni riferite ai *remanescentes* di comunità di *quilombos* sono contenute nelle stesse Costituzioni statali. Tra queste la Costituzione dello Stato di Bahia, il cui art. 51, ADCT, prescrive, nell'arco di un anno dalla propria promulgazione, l'identificazione, l'accertamento della *qualitas soli* e la titolazione delle terre occupate dai *remanescentes*. Rispetto al dispositivo della CRFB non si fa riferimento esplicito ad un possesso attuale, non si definisce quale diritto venga titolato, non comparando nell'articolo il termine proprietà. Ripropongono il dispositivo della CRFB l'art. 16, ADCT, della Costituzione dello Stato del Goiás, e l'art. 322 della Costituzione del Pará, introducendo quest'ultimo però l'obbligo di procedere alla titolazione nell'arco di un anno. L'art. 229 della Costituzione dello Stato del Maranhão impone il riconoscimento e la regolarizzazione delle terre occupate da *remanescentes*, demandando ad una legge di implementazione la definizione dei termini in cui concretamente tale regolarizzazione debba aver luogo. Se si riconosce il diritto alla regolarizzazione, non si riconosce esplicitamente il diritto di proprietà (né il diritto alla proprietà), che non viene menzionato quale esito del procedimento previsto. Esclude esplicitamente la necessità di una legge di implementazione l'art. 33, ADCT, della Costituzione del Mato Grosso - quindi auto-applicabile per diretta disposizione costituzionale - che obbliga lo Stato all'emissione dei titoli per le terre occupate da almeno 50 anni (da cui si deduce implicitamente che il possesso debba essere attuale), imponendo che tale procedimento avvenga nell'arco di un anno. Sulle specifiche disposizioni emanate a livello statale in applicazione delle rispettive Costituzioni, si veda G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, pp. 123 e ss.

Sotto un primo profilo si è già evidenziata la problematicità del concetto di *remanescente* di *quilombo*, sconosciuto alle scienze sociali, e sospeso tra l'attualità di istituzioni locali territorialmente radicate e la reminiscenza di esperienze storiche esauritesi con l'abolizione della schiavitù. Sotto un secondo profilo oggettivo si introduce, inoltre, un concetto, quello di «proprietà definitiva», dai contenuti imprecisati.

L'entità degli interessi coinvolti dall'applicazione dell'art. 68, ADCT, ha bloccato i vari progetti di legge che vennero proposti per regolamentarne l'applicazione³³. Per questa ragione nel periodo intercorso tra la promulgazione della Costituzione e l'emanazione della prima norma d'implementazione³⁴, si è discusso in dottrina sulla auto-applicabilità dell'articolo. Se l'efficacia piena venne sostenuta dalla dottrina rivelatasi maggioritaria³⁵, permangono posizioni che subordinano l'applicazione dell'art. 68, ADCT, all'introduzione, per mezzo di intervento implementativo, di una definizione legale di *remanescente*³⁶. L'auto-applicabilità dell'articolo trova sostegno nella giurisprudenza che, oltre a ritenere l'articolo perfetto nei suoi contenuti³⁷, ha qualificato il diritto alla terra dei *remanescentes*

³³ Nel 1995 vennero presentate due proposte di legge (*Projecto de Lei* - PL - 13 giugno 1995, n. 627, promosso dal deputato Alcide Modesto e PL 27 novembre 1995, n. 129, promosso dalla senatrice Benedita da Silva), che aprirono un dibattito lungo e travagliato. Il PL del deputato Modesto venne proposto con l'obiettivo di «stabilire norme per la protezione [...] degli stili di vita tradizionali dei *remanescentes* di *quilombo*», essendo «le terre occupate [...] beni afferenti all'identità, all'azione e alla memoria di questi gruppi» (citato in D. S. DA SILVA, *Apontamento para compreender a origem e propostas de regulamentação do artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias de 1988*, in D. S. DA SILVA (org.), *Regulamentação de terras de Negros no Brasil - Boletim Informativo do NUER n. 1*, Florianópolis, 1997, pp. 39-40).

A queste due prime iniziative, entrambe orientate a un'interpretazione sistematica dell'art. 68, ADCT, per mezzo degli artt. 215 e 216, CRFB, seguirono ulteriori progetti, tra i quali una proposta di revisione della Costituzione finalizzata ad equiparare le terre occupate dai *remanescentes* alle terre tradizionalmente occupate da popoli *indígenas* (*Proposta de Emenda Constitucional* - PEM - 38/1997, presentata dal senatore Abdias Nascimento; PEM 6/1999 proposta dal Senatore Lúcio Alcântara). Da segnalare inoltre l'approvazione nel 2002 di un PL, poi bloccato con veto presidenziale. Sulla vicenda si veda G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, pp. 96 e ss.

³⁴ Trattasi del DP 10 settembre 2001, n. 3912.

³⁵ *Sub-chefia para Assuntos Jurídicos* (SAJ), *Casa Civil da Presidência da Republica, Parecer* 1490/2001, cit. in C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002, p. 35; W. C. ROTHENBURG, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, p. 461.

³⁶ Cfr. C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002, il quale nega, a p. 114, la auto-sufficienza dell'art. 68, ADCT, in quanto silente circa quelle definizioni necessarie ad individuarne l'ambito applicativo. In giurisprudenza si veda la sentenza del TRF2, *Petição* 2007.02.01.009858-8, *Rel.* Castro Aguiar, 6 settembre 2007.

³⁷ Come statuito in TRF1, AI 2007.01.00.052659-8/DF, *Rel.* Fagundes De Deus; *Rel. Conv.* Cesar Augusto Bearsi, 25 gennaio 2008: «la norma contiene in sé tutti gli elementi necessari per la sua

come fondamentale, e perciò direttamente applicabile, per disposizione costituzionale, *ex art. 5, § 1, CRFB*³⁸.

Seppure la questione abbia perso rilievo a partire dalle prime titolazioni effettuate nel 1995 dall'*Instituto de Colonização e Reforma Agrária* (INCRA)³⁹, essa può ripresentarsi attuale qualora il STF decida per l'incostituzionalità della normativa oggi in vigore, questione sollevata nel 2004 con la ADI 3239 dal *Partido da Frente Liberal*⁴⁰. Negli atti processuali presentati vengono ben rappresentate le divergenti premesse ideologiche che si fronteggiano per limitare o potenziare l'impatto del dispositivo sulle vicende fondiari del paese, forzando a volte i limiti che la formalizzazione della norma impone all'interprete.

Proprio la forte conflittualità che ha caratterizzato il dibattito accademico sviluppatosi sul riconoscimento della proprietà *quilombola*, e sull'interpretazione degli atti di implementazione emanati a partire dal 2001, rende preferibile procedere alle possibili interpretazioni letterali dell'articolo, rispetto alle quali valutare solo successivamente la consequenzialità logica delle norme applicative oggi in vigore.

applicazione diretta, non essendovi questioni aperte e non prescrivendosi una sua espressa regolamentazione». Tale affermazione si sostiene implicitamente sull'integrazione del dispositivo legale per mezzo delle discipline antropologiche, cui demandare l'individuazione di chi possa essere considerato, sulla base di un accertamento "scientifico", *remanescente* di una comunità *quilombola*.

³⁸ Cfr. TRF3, REO 2004.03.99.037453-4, *Quinta Turma, Rel. Helio Nogueira*, 15 novembre 2008, in DJF3 del 3 febbraio 2009, p. 732: «trattandosi di diritto fondamentale [...] è direttamente applicabile, conforme all'art. 5, § 1, della Costituzione federale; in quanto discendente dallo stesso testo costituzionale, il diritto degli integranti della comunità *quilombola* di Ivaopurunduva ad ottenere la titolazione dell'area da loro occupata, non vi è titolo di dominio di soggetto privato che vi si possa opporre».

Analogamente la sentenza TFR4, *Terceira Turma*, AI 2008.04.00.034037-5/SC, *Rel. Maria Lúcia Luz Leiria*, 13 aprile 2009, nella quale si afferma come l'art. 68, ADCT, «assicura un diritto a queste comunità, e, pertanto auto-applicabile nei termini dell'art. 5, § 1 [CRFB]. Non vi si prevede la necessità né di una legge in senso formale, né di un procedimento» che ne permetta l'applicazione».

³⁹ Con la *Portaria* INCRA 22 novembre 1995, n. 307, si istituì, nell'ambito dell'intervento pubblico finalizzato ad opere di riorganizzazione fondiaria giustificato *ex artt. 215 e 216, CRFB*, uno specifico programma per la regolarizzazione delle terre occupate da *remanescenti* di *quilombo*. Su questa base giuridica vennero emessi i primi titoli a favore di alcune comunità già individuate da studi storico-antropologici quali *remanescenti quilombolas*. Vennero emessi sei titoli di proprietà, corrispondenti ad un'area di 95.979,9744 ha, in beneficio di 567 famiglie (i dati sono riportati in G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, p. 108). La natura pubblica della maggior parte delle terre regolarizzate favorì la conciliazione dei conflitti emersi, risolti negozialmente senza ricorrere al trasferimento ablatorio dei titoli privati. Lo strumento giuridico utilizzato fu la legittimazione del possesso - utile al trasferimento di terra pubblica a chi vi abbia esercitato attività agricola (*Lei Federal* 30 novembre 1964, n. 4.504, *Estatuto da terra*, art. 99, in dottrina si veda P. T. BORGES, *Institutos básicos de direito agrário*, São Paulo, 1998).

⁴⁰ Le memorie sottoposte all'attenzione del STF sono consultabili alla pagina <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>, accesso 10 febbraio 2010.

Come si è detto l'art. 68, ADCT, riconosce ai «*remanescentes* delle comunità *quilombolas* che stiano occupando le loro terre [...] la proprietà definitiva, dovendo lo Stato procedere all'emissione dei rispettivi titoli».

Dall'analisi letterale dell'articolo sorge una prima questione circa il senso dell'uso del termine riconoscere. La precedenza che esso indica può essere interpretato in senso temporale o in senso logico. Tratteremo separatamente le modalità in cui tale distinzione si riflette sulla comprensione dell'articolo.

2.2. La precedenza temporale della proprietà «quilombola»: l'articolo 68, ADCT, come usucapione speciale

In primo luogo si può sostenere che il diritto sia riconosciuto dichiarativamente in virtù di una precedenza che si esaurisce in un profilo temporale. In tale tesi l'art. 68, ADCT, assume la funzione e le modalità operative dell'istituto dell'usucapione, che a sua volta può essere attratta - seppur la distinzione non venga rilevata nella dottrina consultata - nella ordinaria logica propria della tradizione civilista o nella specialità di istituto costituzionale.

In una prospettiva civile il contenuto dell'articolo si limita a introdurre differenti modalità per la pubblicizzazione e registrazione di un diritto di proprietà di per sé già sorto in virtù di usucapione civile, e perciò temporalmente precedente alla Costituzione. Esso dichiara ciò che ordinariamente può essere dichiarato solo in sede giurisdizionale su istanza di parte: l'acquisizione a titolo originario in virtù di un accertamento dei requisiti che la legge prevede affinché un fatto costituisca un diritto. Alla dichiarazione segue l'obbligo imposto allo Stato di procedere alla pubblicizzazione, per mezzo di emissione e registrazione di titolo, di una proprietà quindi già costituita, in virtù del possesso, e già dichiarata tale dalla Costituzione. Implicitamente, in questa prospettiva, il concetto di occupazione viene considerato l'equivalente di un atto di prima occupazione, rispetto ad un bene che non rientra in

proprietà di altri. Trattasi di una operazione compiuta all'interno delle logiche civiliste, in detrimento di ulteriori discipline, specificamente gius-agrarista⁴¹.

In una prospettiva costituzionale, invece, il tenore dell'articolo può essere compreso nella seguente maniera: si riconosce che l'occupazione attuale dei *remanescentes*, come fatto, sia capace di comportare l'acquisizione del diritto di proprietà⁴². Il dispositivo istituisce una forma di usucapione speciale costituzionale⁴³, rendendo un fatto (occupazione dei *remanescentes*) capace di costituire il diritto. Esso amplierebbe il meccanismo usucapitivo ad ipotesi che per il diritto civile non sono capaci di costituire un titolo di proprietà (non sempre il possesso conseguente ad occupazione è utile ai fini dell'usucapione, come il possesso violento, che non si consolida in titolo di proprietà, permanendo precario). In questa prospettiva si evidenzia una distinzione tra possesso civile e occupazione, ed una specialità della seconda, qualora operata per mano di *remanescentes*, rispetto al primo⁴⁴. L'art. 68, ADCT, si presenta quindi come costitutivo della natura giuridica del fatto (un'occupazione si trasforma nell'occupazione esercitata da *remanescentes*) che produce il diritto riconosciuto dichiarativamente (il diritto di proprietà *quilombola*).

Prescindendo dalla distinzione ora operata, la tesi usucapitiva - oggi recessiva in dottrina e formulata dalla *Subchefia para Assuntos Jurídicos* (SAJ) della *Casa*

⁴¹ A differenza della tradizione civile, che non ammette occupazione di bene in proprietà altrui, nel diritto agrario è riconosciuta e tutelata la posizione di chi, occupando un fondo in proprietà di terzi, abitando ed esercitando direttamente attività agricola, acquisisce un diritto al possesso (sulla distinzione si veda specificamente R. LARANJEIRA, *A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito a indenização por benfeitorias*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 81 e ss.). Il termine occupazione compare infatti negli artt. 97 e 98, *Lei Federal* 30 novembre 1964, n. 4504, nel quale viene menzionata una specifica «figura soggettiva del diritto agrario brasiliano», il *posseiro*. In dottrina si veda M. D. VARELLA, *Introdução ao direito à reforma agrária - o direito face aos novos conflitos sociais*, São Paulo, 1998; G. T. LIMA, *A posse agrária sobre bem imóvel*, São Paulo, 1992.

⁴² Si veda I. G. MARTINS, C. R. BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 9, São Paulo, 2002, p. 490; J. CRETELLA JUNIOR, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, XI, Rio de Janeiro, 1993, p. 4988. Si veda inoltre T. DA SILVA, *O usucapião singular disciplinado no art. 68 do Ato das Disposições transitórias*, in *Revista de direito privado*, São Paulo, 2002, 11, pp. 84-97, disponibile alla pagina http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_28/artigos/Art_Claudio.htm, accesso 20 gennaio 2010.

⁴³ In questo senso l'usucapione *quilombola* verrebbe a collocarsi tra le usucapioni speciali costituzionali definite, in dottrina, agraria (art. 191, CRFB) e urbana (art. 183, CRFB).

⁴⁴ In tale prospettiva, pur essendo qualificato dalla condizione soggettiva di *remanescentes*, l'occupazione menzionata dall'art. 68, ADCT, si profila come categoria speciale interpretabile alla luce del diritto agrario.

Civil da Presidência da Republica in un *Parecer* n. 1490/2001⁴⁵ - evidenzia una certa superficialità. È errato pensare infatti che sia l'art. 68, ADCT, a “trasformare” - quasi possedesse una natura costitutiva⁴⁶ - il 5 ottobre 1988, data di Promulgazione della Costituzione, l'occupazione (o il possesso) in proprietà. Se nella prospettiva civile è l'integrazione dei requisiti legali a compiere questa trasformazione, nella prospettiva costituzionale l'articolo trasforma la natura giuridica del fatto - ossia la qualificazione dell'occupazione *quilombola* - da cui dipende la costituzione del diritto. In entrambi i casi la proprietà viene riconosciuta in quanto acquisita *ab origine*, dichiarata in virtù della capacità attribuita all'atto appropriativo compiuto da *remanescentes* di produrre un'acquisizione dominicale.

2.3. L'art. 68, ADCT, come usucapione speciale: profili critici

La bontà della tesi usucapitiva deve essere valutata alla luce di un criterio letterale e teleologico. Una prima argomentazione di natura letterale, sviluppata sia in dottrina che in giurisprudenza⁴⁷, rileva che in tutti i casi in cui la Costituzione istituì un'usucapione, si affermò non il riconoscimento di un diritto di proprietà bensì la sua “acquisizione”.

Una seconda argomentazione è di natura sistematica-teleologica. È indubbio che l'art. 68, ADCT, dimostri la chiara volontà da parte del costituente di attuare una *ação afirmativa*⁴⁸, pensata nelle proprie premesse come compensatoria e

⁴⁵ Ampi stralci del parere sono riportati in C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002. Il documento ha orientato il primo intervento implementativo - il DP 10 settembre 2001, n. 3912, abrogato dal DP 20 novembre 2003, n. 4887.

⁴⁶ Tale tesi pare essere suggerita da I. G. MARTINS, C. R. BASTOS, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 9, 2002, p. 490.

⁴⁷ Cfr. TFR4, *Terceira Turma*, AI 2008.04.00.010160-5/PR, *Rel.* Maria Lúcia Luz Leiria, 8 luglio 2008. Analogamente C. A. BALDI, *Territorialidade étnica e proteção jurídica: as comunidades quilombolas e a desapropriação*, in E. FERNANDES, B. ALFONSIN (orgs.), *Revisitando o instituto da desapropriação em áreas urbanas*, Belo Horizonte, 2009, disponibile alla pagina <http://www.cpisp.org.br/acoef/upload/arquivos/Cesar%20Baldi.pdf>, accesso 15 novembre 2009.

⁴⁸ Nel concetto si ricomprendono quelle «misure che allocano beni sulla base di una appartenenza ad uno specifico gruppo» (M. WEINER, *The political consequences of preferential policies: a comparative perspective*, in *Comparative politics*, 1983, 16, pp. 35-52, *apud* J. FERES JUNIOR, J. ZONINSEIN (orgs.), *Ação afirmativas e universidades, experiências nacionais comparadas*, Brasília, 2006, p. 21).

specificamente rivolta ad un segmento della popolazione brasiliana. Tale funzione è ampiamente riconosciuta nella giurisprudenza pronunciata sulla questione⁴⁹.

Sulla base delle considerazioni svolte sul principio di non discriminazione nell'ordinamento costituzionale brasiliano, possiamo affermare come tale politica si presenti astrattamente legittima, in quanto coerente agli obiettivi dello EDD. Tale legittimità è negata qualora le misure applicate concretamente si presentino però come non proporzionali rispetto al fine previsto⁵⁰.

In questa cornice la tesi usucapitiva, oltre a indicare la tendenza ad interpretare con categorie civilistiche un articolo costituzionale⁵¹, ne limita fortemente la portata applicativa. Sia che si interpreti l'art. 68, ADCT, come strumento di pubblicizzazione di una proprietà usucapita per mezzo degli strumenti ordinari del codice civile (quindi in virtù di possesso civile), sia che gli si attribuisca la funzione di qualificare l'occupazione dei *remanescentes* come capace di costituire un diritto di proprietà per mezzo di strumenti alternativi all'usucapione ordinaria, esso si dimostra inadeguato rispetto alle finalità indicate dall'introduzione di una norma di rango costituzionale funzionale alla tutela di un segmento sociale vulnerabile.

I limiti che l'interpretazione usucapitiva impone all'applicazione dell'articolo si possono desumere dal fatto che nell'ordinamento già sussistono strumenti idonei al raggiungimento dei medesimi effetti giuridici. Il concetto di *remanescente* impone un perdurare del possesso che, seppur non possa essere predeterminato astrattamente quale suo elemento costitutivo, implicitamente supera il tempo necessario per usucapire.

L'articolo potrebbe dimostrare margini di utilità con riferimento all'occupazione di terre pubbliche, inusucapibili in quanto non passibili di possesso.

⁴⁹ Si veda TRF3, *Primeira Turma*, AI 2006.03.00.029172-9, *Rel.* Johnson di Salvo, 28 luglio 2009, in DJF3 CJ1, del 14 ottobre 2009, p. 65; TFR4, *Terceira Turma*, AI 2008.04.00.034037-5/SC, *Rel.* Maria Lúcia Luz Leiria, 13 aprile 2009; *Justiça Federal de 1ª Instância, 5ª Vara, Seção Judiciária Do Maranhão*, MS 2006.37.00.005222-7, 13 febbraio 2007. Si veda inoltre *Justiça Federal de 1ª Instância, Seção Judiciária do São Paulo*, Processo 2003.61.10.001431-0, 3 ottobre 2003.

⁵⁰ Si è già avuto modo di illustrare il peso che un criterio di proporzionalità può assumere nella conformità costituzionale di un atto normativo alla luce del profilo sostanziale del «*devido processo legal*».

⁵¹ Non è privo di fondamento il dubbio che le stesse interpretazioni esprimano quella postura che per molto tempo ha negato la prevalenza del diritto costituzionale sul diritto civile. Tale tesi non sembra oggi più condivisibile, dovendosi invece interpretare il codice alla luce della Costituzione. A maggior ragione per il fatto che nel diritto civile non è contemplato il concetto di proprietà definitiva cui fa riferimento l'art. 68, ADCT.

Ma anche in questa ipotesi già esistono nell'ordinamento giuridico, e specificamente nel diritto agrario, strumenti finalizzati alla regolarizzazione di un'occupazione su bene pubblico.

Queste considerazioni sono sufficienti per considerare corrette le critiche rivolte in dottrina⁵² alla tesi presa ora in esame, in quanto - rendendo l'art. 68, ADCT, superfluo all'interno del sistema giuridico costituzionale - lesiva del principio di massima effettività delle norme costituzionali⁵³. In altri termini non vi è dubbio che la volontà politica positivizzata nell'art. 68, ADCT, renda incostituzionale una sua interpretazione restrittiva aderente alla tesi usucapitiva. Essendo chiaramente funzionale all'applicazione di una politica speciale per un segmento demografico identificato nel concetto di *remanescentes*, la riduzione interpretativa dell'art. 68, ADCT, ad una usucapione speciale deve essere considerata costituzionalmente illegittima, in quanto non proporzionata rispetto ai fini desumibili dall'interventismo costituzionale positivizzato. Ad essere costituzionalmente difforme è quindi l'interpretazione della norma, in quanto individua strumenti applicativi sproporzionati rispetto al fine costituzionalmente statuito⁵⁴.

2.4. *La precedenza logico-sistemica della proprietà «quilombola»: l'articolo 68, ADCT, come appropriazione originaria*

In una seconda interpretazione invece si può sostenere che il diritto sia riconosciuto in quanto logicamente precedente alla Costituzione, in virtù di una appropriazione che chiameremo, nei termini sotto specificati, originaria.

Tale tesi, presa in considerazione occasionalmente dalla dottrina ma non compiutamente sviluppata, trae fondamento dall'interpretazione letterale-sistemica del termine "riconoscere" nella CRFB. Oltre ai diritti territoriali *indígenas*, si

⁵² Per tutti si vedano G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, p. 117; C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002, p. 113.

⁵³ Cfr. J. J.G. CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2003, p. 1224, citato ampiamente in giurisprudenza (si veda TFR4, *Terceira Turma*, AI 2008.04.00.010160-5/PR, *Rel. Maria Lúcia Luz Leiria*, 8 luglio 2008).

⁵⁴ La tesi usucapitiva, soprattutto per come è stata tradotta nel DP 10 settembre 2001, n. 3912, è considerata irragionevole da W. C. ROTHENBURG, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, p. 455.

riconoscono l'istituzione della giuria⁵⁵, l'irripetibilità dell'atto da cui sorge l'acquisizione della proprietà *ex* usucapione urbana⁵⁶, «l'unione stabile tra uomo e donna come entità familiare»⁵⁷, gli accordi collettivi di lavoro⁵⁸.

Quindi si riconoscono, con la sola eccezione dell'usucapione speciale urbana, i fatti e gli atti compiuti nell'ambito di uno spazio di autonomia inerente a istituzioni (le organizzazioni rappresentative del mondo produttivo, i popoli *indígenas*, la famiglia). In questo senso l'uso nella Costituzione del termine "riconoscere" indica forme di una autonomia collettiva che potrebbe definirsi di natura istituzionale.

Due sono infatti le ipotesi in cui è concepibile il riconoscimento di un diritto come logicamente precedente all'ordinamento posto: o affermando l'esistenza di diritti naturali o rilevando il riconoscimento di una pluralità di ordinamenti paralleli all'ordinamento legale positivo. Le due ipotesi peraltro non si escludono vicendevolmente, essendo possibile pensare che nell'esercizio di diritti naturali si costituiscano istituzioni capaci di produrre un diritto, introdotto nell'ordinamento legale posto, in virtù di un riconoscimento costituzionale.

La precedenza logica che viene indicata dal riconoscimento può essere rappresentata per mezzo del concetto di diritto originario. L'originarietà indica una specifica natura del diritto, che deve essere inteso come precedente a qualsiasi norma posta, riconosciuto in quanto, appunto, precedente all'ordine costituito. In altre parole, prescindendo da un qualsiasi profilo temporale, l'elemento qualificante il diritto come originario è una specifica forma nella quale esso viene introdotto e positivizzato, per mezzo di riconoscimento dichiarativo, nell'ordinamento, ed una specifica forza che, in virtù della sua natura, lo rende prevalente rispetto a qualsiasi altra posizione giuridica acquisita.

Non sembra quindi errato pensare in questi termini come originario il diritto di proprietà *ex* art. 68, ADCT. E se si assume tale premessa è indubbio che tale diritto debba essere qualificato come fondamentale. Se esistono infatti diritti rispetto ai quali la CRFB assume il ruolo di vettore dichiarativo, essi sono certamente

⁵⁵ Art. 5, XXXVIII, CRFB.

⁵⁶ Art. 183, § 2, CRFB, che può essere applicato, con riferimento al medesimo soggetto, una sola e unica volta.

⁵⁷ Art. 226, § 3, CRFB.

⁵⁸ Art. 7, XXVI, CRFB.

espressione della persona, della sua dignità e dei principi di cui l'ordinamento positivo è formalizzazione.

Dall'interpretazione ora data si deve desumere che il fondamento della proprietà *quilombola* non risieda in un'usucapione, ordinaria o speciale che sia, ma deriva direttamente dall'art. 68, ADCT, quale riflesso di un diritto di possedere beni che divengono costituzionalmente vincolati. Trattasi di beni destinati all'esercizio dei diritti fondamentali che il diritto di proprietà riconosciuto, e quindi introdotto e garantito nell'ordinamento per mezzo del dispositivo costituzionale, veicola. Il vincolo di destinazione può essere desunto dal dispositivo nel qualificare la proprietà come definitiva, da cui sembra legittima un'interpretazione dell'articolo capace di conformare il diritto di proprietà limitando la circolazione del bene su cui esso ricade. Da queste considerazioni si desume che l'azione della pubblica amministrazione sia meramente accertativa, dovendosi dichiarare una *qualitas soli* conseguente all'esercizio di una occupazione da parte di *remanescentes*.

Nel percorso logico quindi sotteso all'applicazione dell'articolo vi è una occupazione, come fatto, che genera un diritto al possesso, da cui deriva la *qualitas soli* di terre vincolate perpetuamente al godimento de *remanescentes*, a sua volta consolidato in proprietà definitiva per mezzo del riconoscimento ex art. 68, ADCT. Tale ricostruzione si dimostra compatibile rispetto sia agli obiettivi dello EDD, sia all'interventismo pubblico che ne è corollario. In altre parole la politica che ne deriva non è astrattamente sproporzionata rispetto al perseguimento degli obiettivi che l'art. 68, ADCT, indica. Questa interpretazione è quella che, nell'opinione di chi scrive, rende conto con maggior precisione della natura e delle possibili modalità applicative dell'art. 68, ADCT.

La tesi è sostenuta in dottrina⁵⁹, mentre nella giurisprudenza se ne assumono le premesse però senza trarne le debite conseguenze.

Il riconoscimento della natura dichiarativa dell'attività della pubblica amministrazione rivolta all'accertamento di una *qualitas soli* e la natura originaria che rende il diritto prevalente rispetto ad altre posizioni che traggono il proprio fondamento nel diritto posto, implicano la non indennizzabilità di posizioni terze

⁵⁹ W. C. ROTHENBURG, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, p. 460.

ricadenti sul bene titolato *ex art. 68, ADCT*⁶⁰, e l'incoerenza, rispetto al quadro delineato, di una sua applicazione per mezzo di strumenti ablatori, per propria natura costitutivi. Se la natura dichiarativa dell'articolo viene assunta in alcune pronunce giurisprudenziali⁶¹, che definiscono di puro accertamento l'attività amministrativa finalizzata a rilevare la *qualitas soli* delle terre occupate da *remanescentes*, non viene però negata, contraddittoriamente, l'indennizzabilità dei diritti di proprietà ivi

⁶⁰ Esigenze di giustizia potrebbero rendere applicabile analogicamente l'indennizzabilità delle migliorie apportate al fondo su terre dichiarate tradizionalmente indigene *ex art. 231, § 6, CRFB*. Cfr. W. C. ROTHENBURG, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, p. 464.

⁶¹ TFR4, *Teceira Turma*, AI 2008.04.00.034037-5/SC, *Rel.a* Maria Lúcia Luz Leiria, 13 aprile 2009: «i titoli privati devono cedere al riconoscimento della proprietà dei *quilombolas* e in questo caso, pertanto, la *desapropriação* ha un significato diverso da quello tradizionale, perché non si procede all'acquisizione della proprietà, ma alla pubblicizzazione della proprietà preesistente, che la Costituzione riconobbe il 5 ottobre 1988». Medesima la tesi esposta in TFR4, AI 2008.04.00.010160-5/PR, *Rel.a* Maria Lúcia Luz Leiria, 8 luglio 2008: «la natura giuridica, pertanto, non è ancora stata definita chiaramente in dottrina, essendoci chi sostiene la tesi del vincolo di destinazione a una finalità pubblica di massima rilevanza, relazionata a diritti fondamentali di una minoranza etnica vulnerabile: il suo uso, da parte della comunità, in conformità ai propri costumi e tradizioni, di modo che si possa garantire la riproduzione fisica, sociale, economica e culturale dei gruppi in questione. [...] la demarcazione, perciò, non costituisce il diritto delle comunità *quilombola*, ma è un atto meramente dichiarativo».

In entrambe le sentenze citate si menzionano i concetti che presiedono al riconoscimento delle terre tradizionalmente *indígenas*, seppur si ritengano inapplicabili. Come viene affermato nella AI 2008.04.00.010160-5/PR «non sembra corretto parlare di diritti originari, analogicamente a quelli esistenti su terre *indígenas*, in quanto è inapplicabile il regime dell'*indigenato* del periodo coloniale [...]. Inoltre non sarebbero popoli originari, ma popoli che furono deportati forzatamente dai loro territori africani per essere sottoposti a schiavitù». A fronte di tale premesse, però, si conviene, dopo aver rilevato la natura dichiarativa del processo demarcatorio, «trattasi di una situazione, dunque, simile a quelle delle terre *indígenas*». Di tenore analogo le considerazioni esposte nella AI 2008.04.00.034037-5/SC, nella quale si dichiara come, nonostante «non si possano trarre le conseguenze previste dall'art. 231, CRFB, in relazione agli *índios*», le situazioni sono «simili». La circolazione di medesimi strumenti concettuali nella tematizzazione delle terre *quilombolas* e *indígenas* - circolazione peraltro formalmente negata e dissimulata - viene dimostrata anche dalla qualificazione del possesso *quilombola* come immemoriale, concetto proveniente dalla tradizione giuridica indigenista (cfr. TRF3, *Quinta Turma*, REO 2004.03.99.037453-4, *Rel.* Helio Nogueira, 15 novembre 2008, in DJF3 del 3 febbraio 2009, p. 732). Contrario ad una assimilazione tra diritti *quilombola* e diritti *indígenas* G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, p. 186. L'argomentazione però è vincolata al riconoscimento di «caratteristiche e origini storiche» differenti. Analoga l'opinione di L. DE S. GODOY, *Os pressupostos jurídicos para regularização das áreas remanescentes de Quilombos*, in T. ANDRADE (org.), *Quilombos em São Paulo, Tradições, direitos, lutas*, São Paulo, 1997, p. 65, il quale sostiene la sostanziale diversità tra i dispositivi costituzionali dedicati a *índios* e *quilombolas*.

A nostro avviso la diversità storica non comporta automaticamente una diversità nella natura dello strumento preposto a riconoscere tale diversità. Se gli strumenti giuridici oggi sono evidentemente differenti, occorre porsi l'interrogativo se tale diversità sia legittima alla luce dell'ordinamento giuridico, o sia invece il riflesso di una postura politica che, come avviene ogni qualvolta si tocchi il tasto delle minoranze, difficilmente si dimostra capace di un ponderato giudizio.

ricompresi⁶². Le contraddizioni debbono essere imputate ad una certa incongruenza, rilevabile tra l'interpretazione dell'articolo ora proposta e gli strumenti infra-costituzionali attualmente in vigore ed applicati nelle sentenze citate. Tale incongruenza, come si vedrà nell'analisi del DP 20 novembre 2003, n. 4887, è generata dai criteri preposti all'individuazione delle terre titolabili. Se giustamente il concetto di occupazione indica qualcosa di differente rispetto ad un possesso civile⁶³, rimane da appurare in che misura il concetto proposto dalla normativa di implementazione sia coerente rispetto ad un'interpretazione sistematica dell'art. 68, ADCT.

2.5. *La normativa vigente: l'art. 68, ADCT, e «il Decreto Presidencial» 20 novembre 2003, n. 4887*

In applicazione dell'art. 68, ADCT, è stato promulgato il DP 20 novembre 2003, n. 4887⁶⁴, atto normativo del Presidente della Repubblica di fonte secondaria emanato per identificare, riconoscere, delimitare, demarcare e titolare le terre occupate dai *remanescentes* delle comunità *quilombolas*⁶⁵. L'oggetto del decreto

⁶² Per ovviare a tali contraddizioni in dottrina si è sostenuta la tesi che intravede nell'art. 68 ADCT una sorta di *desapropriação* indiretta. Il procedimento ablatorio previsto nella legislazione infra-costituzionale sarebbe quindi di natura dichiarativa, e deputato alla quantificazione del diritto all'indennizzo dovuto (cfr. C. A. BALDI, *Territorialidade étnica e proteção jurídica: as comunidades quilombolas e a desapropriação*, in E. FERNANDES, B. ALFONSIN (orgs.), *Revisitando o instituto da desapropriação em áreas urbanas*, Belo Horizonte, 2009, disponibile alla pagina <http://www.cpisp.org.br/acoes/upload/arquivos/Cesar%20Baldi.pdf>, accesso 15 novembre 2009).

⁶³ Sulla distinzione si veda specificamente R. LARANJEIRA, *A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito a indenização por benfeitorias*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 81 e ss.

⁶⁴ Nella base giuridica all'atto normativo compaiono, oltre all'art. 68, ADCT, gli art. 215 e 216, CRFB, rubricati «della cultura».

⁶⁵ La competenza che ha permesso l'emanazione del DP è contemplata dall'art. 84, CRFB, dedicato al potere normativo secondario attribuito al Presidente della Repubblica. Formalmente per mezzo del decreto non si regola direttamente l'articolo costituzionale ma la competenza attribuita alla FCP dall'art. 2, III, *Lei federal* 22 agosto 1988, n. 7668, come modificata dalla *Medida provisória* 31 agosto 2001, n. 2216. Questo quindi l'*escamotage* per superare le difficoltà incontrate dai progetti di legge formulati per regolare l'applicazione dell'art. 68, ADCT. Il *Partido da Frente Liberal*, nella ADI sollevata presso il STF (STF, ADI 3239, *Petição Inicial*, 26 giugno 2004 disponibile alla pagina <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>, accesso 15 novembre 2009), ha ritenuto illegittimo il DP in quanto esercizio di potere normativo autonomo non coperto da legge. L'illegittimità dell'atto presidenziale è a maggior ragione evidente se, come si sostiene, si regolino diritti soggettivi in violazione del *devido processo legal*.

consiste quindi nella regolazione il diritto alla titolazione dei *remanescentes*, a fronte del quale l'attività amministrativa deve essere considerata attività obbligata. Il DP 20 novembre 2003, n. 4887 individua nel *Ministerio do Desenvolvimento Agrario*, l'ente pubblico federale competente per il procedimento di titolazione, il quale agisce per mezzo dell'INCRA.

Sono terre occupate dai *remanescentes* - seppur individuate materialmente su indicazione della comunità rispettando un concetto di territorialità - quelle utilizzate per garantire non solo la loro sopravvivenza fisica, ma anche il perpetuarsi dell'organizzazione socio-economica e dei tratti culturali dei gruppi *remanescentes*⁶⁶. Se quindi le terre titolate vengono inizialmente individuate sulla base di un criterio storico, il tenore letterale dell'articolo induce a sostenere l'estensibilità del regime inerente alle terre *quilombola* ai fondi successivamente acquisiti e utilizzati finalisticamente dalla comunità nei termini del dispositivo.

Queste sono le principali definizioni che informano il decreto, il quale descrive successivamente le fasi del procedimento amministrativo orientato al principio di partecipazione⁶⁷. Il procedimento, che può essere avviato anche d'ufficio, inizia con la registrazione presso la FCP del documento per mezzo del quale la comunità si auto-dichiara *remanescente*. Tale dichiarazione costituisce atto prodromico rispetto alle attività di individuazione e di delimitazione delle terre occupate da parte dell'INCRA⁶⁸. La certificazione dell'avvenuta registrazione è necessaria, infatti, per compiere quelle attività conoscitive che l'INCRA deve porre in essere per individuare e delimitare le terre occupate. Qualora l'espletamento di tali attività renda necessario l'ingresso in fondi occupati da privati, esso deve essere notificato con un preavviso di almeno tre giorni⁶⁹. Nel *Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID)*⁷⁰, quale sintesi dell'attività conoscitiva dell'INCRA, confluisce: la perizia antropologica elaborata per caratterizzare, sotto

⁶⁶ In parte differente il criterio individuato per definire le terre *indígenas*, che non sono quelle utilizzate, bensì quelle necessarie alla riproduzione fisica, sociale e culturale del gruppo. Nonostante questa differenza in dottrina si rileva come la definizione costituzionale di terra *indígena* abbia orientato la definizione apprestata per l'individuazione della terra *quilombola*. Cfr. G. SANTILLI, *Socioambientalismo e novos direitos*, São Paulo, 2005.

⁶⁷ Art.6, DP 20 novembre 2003, n. 4887.

⁶⁸ Art. 7, § 3, *Instrução normativa* (IN) INCRA 7 ottobre 2009, n. 56.

⁶⁹ Art. 10, § 1, IN INCRA 7 ottobre 2009, n. 56.

⁷⁰ Art. 10, IN INCRA 7 ottobre 2009, n. 56.

un profilo socio-culturale, economico, storico e ambientale la terra identificata⁷¹; il rilevamento della situazione fondiaria, per mezzo della quale individuare i titoli di proprietà che sussistono sull'area individuata - verificandone la validità - e gli occupanti l'immobile e la natura delle terre ivi comprese; l'elenco delle famiglie riconosciutesi come *remanescentes* di *quilombo*⁷².

Segue la doppia pubblicazione - nel *Diário Oficial da União* e nel *Diário Oficial* dello Stato nel quale è situato l'immobile - di un *edital*, contenente il nome dell'immobile, le condizioni amministrative che lo caratterizzano in quanto oggetto di individuazione e delimitazione *ex DP* 20 novembre 2003, n. 4887, l'indicazione dei titoli di proprietà che ricadono nell'area interessata dal procedimento. L'*edital* deve inoltre essere depositato e pubblicato presso la sede del Municipio nel quale giace l'immobile. Tale avviso deve essere notificato a chiunque occupi sia i fondi ricompresi nell'area individuata sia quelli confinanti. La pubblicazione autorizza l'ingresso in fondi occupati da privati da parte degli organi competenti, sostituendo la puntuale comunicazione necessaria durante le attività finalizzate alla realizzazione del RTID⁷³.

Il RTID deve essere trasmesso ad una serie di enti della pubblica amministrazione preposti alla tutela di interessi in potenziale conflitto con la titolazione delle terre occupate dai *remanescentes*⁷⁴, quali la sicurezza nazionale, la tutela dell'ambiente o il sussistere di un interesse afferente i popoli *indígenas*. La potenziale lesione di tali interessi deve essere sollevata entro trenta giorni dal ricevimento della relazione, operando altrimenti il meccanismo del silenzio assenso⁷⁵. A fronte di un conflitto, il decreto introduce un generale principio di bilanciamento, obbligando gli organi interessati a definire, con riferimento al caso specifico, le modalità in cui la titolazione dei diritti *ex art.* 68, ADCT, possa essere

⁷¹ La normativa ora in vigore ha introdotto una sostanziale semplificazione rispetto alla precedente (IN INCRA 29 settembre 2008, n. 49), la quale definiva analiticamente e in modo molto dettagliato i contenuti e la struttura della perizia antropologica.

⁷² La completezza della RTID è oggetto di verifica da parte dello stesso INCRA, il quale può considerare insufficiente l'attività conoscitiva condotta dall'*equipe* inter-disciplinare incaricata.

⁷³ Art. 13, par. 1, DP 20 novembre 2003, n. 4887.

⁷⁴ *Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional* (IPHAN), *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis* (IBAMA), *Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Fundação Nacional do Índio* (FUNAI), *Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional, Fundação Cultural Palmares* (FCP).

⁷⁵ Art. 8, *paragrafo único*, DP 20 novembre 2003, n. 4887.

resa compatibile con l'interesse pubblico concretamente leso⁷⁶. Nel caso in cui non sia possibile una risoluzione in sede amministrativa del conflitto, la questione viene rimessa alla *Casa Civil da Presidência da República*, affinché si operi il necessario bilanciamento. La mancata adozione di misure capaci di armonizzare gli interessi pubblici in conflitto impedisce la prosecuzione del procedimento amministrativo, pur dovendosi prevedere misure che garantiscano cautelativamente i diritti dei *remanescentes*.

A partire dalla pubblicazione dell'*edital*, o dalla notifica per gli occupanti di un fondo confinante o ricompreso nell'area individuata, vi è un periodo di novanta giorni affinché ogni interessato possa contestare in via amministrativa, con doppio grado di ricorso, i contenuti del RTID presso lo stesso INCRA⁷⁷. In assenza di contestazioni, si deve procedere alla titolazione, che segue alla pubblicazione della *portaria* con cui il Presidente dell'INCRA «dichiara i limiti della terra *quilombola*»⁷⁸.

Qualora la terra individuata ricada nel patrimonio di enti pubblici, saranno direttamente questi ultimi a provvedere alla titolazione, con onere di procedere alla sua registrazione. Qualora invece sui fondi individuati ricadano titoli di proprietà ritenuti validi - in seguito a debita analisi della catena dominicale - l'INCRA deve procedere preventivamente alla *desapropriação* dell'immobile⁷⁹. Il DP 20 novembre

⁷⁶ Tale principio generale di bilanciamento tra interessi costituzionali viene smentito dall'art. 42 della *Lei federal* 18 luglio 2000, n. 9985, che prevede in via generale la rimozione delle popolazioni tradizionali presenti in aree destinate alla conservazione integrale dell'ambiente naturale. La generale prevalenza dell'interesse ambientale non si ritiene coerente rispetto ai canoni di ragionevolezza che invece dovrebbero presiedere al bilanciamento di interessi costituzionalmente equiparati.

⁷⁷ La giurisprudenza ha ritenuto gli strumenti predisposti per contestare, in via amministrativa, gli esiti dell'attività conoscitiva promossa dall'autorità competente sufficiente a garantire il principio di contraddittorio. Lo stesso principio non era stato considerato violato per la mancata notifica al proprietario dell'inizio delle attività amministrative finalizzate ad individuare, sulla base della IN INCRA 19 settembre 2005, n. 20 (precedente a quella oggi in vigore) le terre occupate da *remanescentes*. Cfr. TRF2, AMS 69409, 2006.50.01.007784-2, *Rel.* Reis Friede, 18 aprile 2008.

⁷⁸ Art. 17, IN INCRA, 7 ottobre 2009, n. 56. L'uso impreciso della terminologia non aiuta a semplificare il lavoro dell'interprete. Il concetto di terra *quilombola* viene usato alternativamente rispetto al concetto di terra occupata da *remanescentes*, o da comunità *remanescentes*. È evidente una lamentevole leggerezza, che può suscitare dubbi e perplessità, vista la delicatezza e la complessità delle vicende in esame. Si può notare come le terre *quilombolas* siano "dichiarate".

⁷⁹ L'incostituzionalità della *desapropriação* delle proprietà private ricomprese nei limiti del territorio individuato è sostenuta nella ADI 3239. Assumendo infatti come premesse la auto-applicabilità dell'art. 68, ADCT, e la sua natura usucapitiva, il DP in esame sarebbe incostituzionale in quanto impone illogicamente il trasferimento di un titolo di cui i *remanescentes* già sarebbero in possesso *ope legis*. Sviluppando le stesse premesse, il DP conduce alla titolazione di terre senza che queste siano possedute con *animus domini*. Nell'applicazione dell'art. 68, ADCT, data dal DP 20 novembre 2003, n. 4887, potrebbero essere titolate infatti anche terre occupate in virtù di contratto o di mera

2003, n. 4887, impone all'INCRA di prendere le misure necessarie affinché chi occupi senza titolo parte della terra "dichiarata e riconosciuta" *quilombola*, non essendo *remanescente*, possa beneficiare del programma governativo di riforma agraria. Questa disposizione, di portata generale, viene in parte limitata dalla IN INCRA 7 ottobre 2009, n. 56, la quale restringe tale beneficio ai soli soggetti che integrano i requisiti imposti dalla legislazione agraria⁸⁰.

Riportando il dispositivo del decreto, il titolo emesso è collettivo e pro-indiviso, ed attribuito «alle comunità cui si riferisce l'art. 2 *caput*, con obbligatoria apposizione di clausola di inalienabilità, impescrittibilità e impignorabilità»⁸¹. «Le comunità saranno rappresentate per mezzo di proprie associazione, legalmente costituite»⁸². In termini simili si pronuncia la IN INCRA, 7 ottobre 2009, n. 56, la quale impone l'emissione di titolo collettivo e pro-indiviso alla comunità, rappresentata da un'associazione legalmente costituita⁸³.

Analizzando in termini teorici la consequenzialità logica che dovrebbe legare l'art. 68, ADCT, rispetto all'atto emanato in sua implementazione, risulta evidente una serie di punti di rottura, che rende difficile una ricostruzione coerente della proprietà definitiva *quilombola*.

In primo luogo, sotto il profilo soggettivo, ai *remanescentes*, quali soggetti contemplati nell'art. 68, ADCT, si sostituisce un soggetto collettivo, la comunità, a sua volta rappresentata da una associazione legale. In secondo luogo, sotto il profilo sostanziale, il riconoscimento dichiarativo del diritto di proprietà *ex art. 68, ADCT*, collide con le disposizioni infra-costituzionali che prevedono l'utilizzo dello strumento della *desapropriação*. In terzo luogo, appare difficile pensare che un diritto, in quanto riconosciuto, possa essere conformato per mezzo di norma secondaria con vincolo di inalienabilità e titolazione collettiva. La conformazione del diritto avviene senza il rispetto del *devido processo legal*⁸⁴. Trattasi infatti di un

tolleranza. Si veda la STF, ADI 3239, *Petição Inicial*, 26 giugno 2004, disponibile alla pagina <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2227157>, accesso il 15 novembre 2009.

⁸⁰ Art. 22, IN INCRA 7 ottobre 2009, n. 56.

⁸¹ Art. 17, IN INCRA 7 ottobre 2009, n. 56.

⁸² Art. 17, DP 20 novembre 2003, n. 4887.

⁸³ Art. 24, IN INCRA 7 ottobre 2009, n. 56.

⁸⁴ Tale argomento non viene sollevato né nella dottrina, né nella petizione per mezzo della quale si è sottoposta al STF la questione di costituzionalità del decreto. Si è rilevata invece l'inidoneità formale dello strumento utilizzato ai fini di procedere legittimamente al trasferimento ablatorio da privato non

regime conformativo dell'istituto proprietario che può essere disposto soltanto per mezzo di atto legislativo (profilo procedurale) e coerentemente ad un principio di ragionevolezza circa il fine perseguito (profilo sostanziale). In quarto luogo nel decreto le terre che possono essere oggetto di trasferimento coattivo per mezzo di strumento amministrativo non sono quelle "attualmente occupate", ma quelle "utilizzate" dalla comunità per riprodurre la propria organizzazione sociale e culturale, sulla base di un criterio storico. In questo senso si profila una estensione dell'ambito applicativo desumibile, in prima battuta, dall'art. 68, ADCT.

2.6. *L'interpretazione della disciplina vigente nel sistema costituzionale*

Dall'analisi del DP 20 novembre 2003, n. 4887 emergono alcuni profili che lo rendono di dubbia legittimità, sia per il mancato rispetto del *devido processo legal* - con riferimento ai vincoli apposti alla libera circolazione del bene collettivo nel mercato e alla modalità della titolazione, sia per la violazione di un principio di legalità costituzionale che vizierebbe il decreto rispetto ai limiti applicativi indicati dall'art. 68, ADCT.

Ma tali stesse conclusioni possono essere evitate manipolando ermeneuticamente il dispositivo dell'art. 68, ADCT. Non si tratta di interpretare l'articolo costituzionale alla luce di norma infra-costituzionale, ma di valutare se è possibile, sulla base delle finalità enucleate nella base giuridica del DP 20 novembre 2003, n. 4887⁸⁵, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'articolo 68, ADCT, che permetta di ridurre i punti di rottura rilevati. L'alta conflittualità che ha caratterizzato il dibattito politico, dimostrata dai vani tentativi di introdurre una legge di implementazione nelle legislature intercorse fino ad oggi, ha certamente impedito che il compromesso politico di cui è testimonianza l'art. 68, ADCT, si traducesse in un dispositivo ragionato, come dovrebbe essere ogni intervento che incide su diritti garantiti. Maggiore è la contraddittorietà del sistema giuridico, maggiori sono gli

remanescente alla comunità delle terre dichiarate *quilombolas*. Si veda TRF4, *Terceira Turma*, AI 2005.04.01.020852-3, *Rel.* Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, 7 novembre 2005.

⁸⁵ La base giuridica utilizzata per emanare la IN INCRA 7 ottobre 2009, n. 56, consiste infatti sia nell'art. 68, ADCT, sia negli artt. 215 e 216, CRFB.

spazi interpretativi che permettono una applicazione discrezionale e arbitraria della norma. Sia che tali spazi vengano utilizzati per interventi socialmente equi, sia nel caso in cui costituiscano un ostacolo ad un progresso sociale costituzionalmente orientato, la precarietà e la fragilità di un sistema giuridico contraddittorio ferisce il concetto di diritto giusto, spesso invocato per legittimare ora l'una, ora l'altra interpretazione. Solo un approccio sistematico permette di restaurare un principio di legalità e, soprattutto, di legalità costituzionale.

Anche sulla base delle vicende che hanno caratterizzato l'approvazione del testo definitivo della Costituzione⁸⁶, la dottrina oggi maggioritaria – in una interpretazione costituzionalmente conforme - riduce i conflitti tra l'art. 68, ADCT, e il decreto di implementazione avvalendosi degli artt. 215 e 216 CRFB⁸⁷.

Riarticolarlo la tesi oggi maggioritaria si può sostenere che l'art. 68, ADCT, riconosca non il diritto di proprietà, ma riconosca il diritto alla proprietà⁸⁸ in capo a gruppi rilevati dalla Costituzione come etnicamente differenti e beneficiari di speciali interventi pubblici finalizzati alla loro tutela. La natura dell'articolo quindi è dichiarativa, come non potrebbe non essere in presenza dell'uso del termine "riconoscere". Il diritto alla proprietà non necessita di ulteriori atti di implementazione infra-costituzionale ma di attività vincolata da parte della pubblica amministrazione⁸⁹. L'articolo quindi non riconosce automaticamente il diritto di

⁸⁶ Il dispositivo approvato in sede definitiva nell'art. 68, ADCT, era stato originariamente pensato quale parte integrante del capitolo dedicato alla cultura. Cfr. D. S. DA SILVA, *Apontamento para compreender a origem e propostas de regulamentação do artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias de 1988*, in D. S. DA SILVA (org.), *Regulamentação de terras de Negros no Brasil - Boletim Informativo do NUER n. 1*, Florianópolis, 1997, p. 22.

⁸⁷ In questo senso si veda C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002, p. 117-118, che nei citati articoli trae il fondamento giuridico per il trasferimento coattivo dell'immobile. Il vincolo sistematico tra art. 68, ADCT, e artt. 215 e 216, CRFB, è affermato da G. D. TRECCANI, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006, p. 79; D. S. DA SILVA, *Apontamento para compreender a origem e propostas de regulamentação do artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias de 1988*, in D. S. DA SILVA (org.), *Regulamentação de terras de Negros no Brasil - Boletim Informativo do NUER n. 1*, Florianópolis, 1997, p. 22; D. SARMENTO, *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*, 2006, disponibile in http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-epublicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf, accesso 20 ottobre 2009; J. SHIRAISHI NETO, *Reflexão do direito das "comunidades tradicionais" a partir das declarações e convenções internacionais*, in *Hiléia, revista de direito ambiental da Amazônia*, 2004, 3, pp. 180-181; G. SANTILLI, *Socioambientalismo e novos direitos*, São Paulo, 2005, p. 181.

⁸⁸ Sulla legittimità, in termini generali, di un'operazione che interpreti la garanzia costituzionale del diritto di proprietà come diritto alla proprietà si veda L. E. FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro, 2000, p. 289.

⁸⁹ Tale tesi è stata sostenuta da Sundfeld, seppur non si faccia menzione della distinzione ermeneuticamente qui sostenuta tra il riconoscimento di un diritto alla proprietà ed il riconoscimento di un diritto di proprietà. Cfr. C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*,

proprietà e non svolge la funzione di dichiarare un diritto di proprietà sorto in virtù di un'usucapione, sia essa speciale o ordinaria⁹⁰. Dalla natura vincolata dell'azione amministrativa deve concludersi la tutelabilità del diritto alla proprietà per mezzo di rimedi giurisdizionali quali il MS, essendo pacifico in giurisprudenza l'utilità di tale strumento a fronte di condotta omissiva della pubblica amministrazione⁹¹.

Accanto alla dichiarazione di un diritto alla proprietà, l'articolo costituisce un diritto al titolo e alla sua registrazione, che dovrà essere emesso attraverso attività amministrativa vincolata.

Il diritto al titolo, come diritto costituito *ex art. 68, ADCT*, può essere oggetto di un atto di implementazione, seppur non necessario vista l'applicabilità di ulteriori strumenti che regolano l'azione amministrativa nell'esercizio dei propri poteri ablatori⁹².

Anche qualora si reputi necessaria una norma che implementi la regolazione del procedimento amministrativo, la potenziale inerzia degli organi pubblici configurerà un'incostituzionalità per omissione rilevabile per mezzo di ADIO⁹³ o di MI, considerandosi come il diritto sia legato all'esercizio della cittadinanza, seppur se ne assuma un concetto ampio.

Brasília, 2002, p. 113. Nelle tesi contenute è possibile peraltro individuare una contraddizione di fondo. Il fatto che l'esercizio dei diritti dichiarati *ex art. 68, ADCT*, sia subordinato a politiche pubbliche di implementazione non ne trasforma la natura giuridica. Si ignora che la maggior parte dei diritti, tra cui diritti fondamentali, implicano un'attività amministrativa ad essi funzionale. In questo senso il diritto di voto non cessa di essere tale per il fatto che il suo esercizio è vincolato alla predisposizione, da parte della pubblica amministrazione, di un apparato preposto a rendere il diritto stesso esercitabile. Trattasi sempre di un diritto costituzionale, direttamente applicabile dall'autorità giudiziaria in quanto diritto fondamentale, che deve essere assicurato in sede giurisdizionale, soprattutto alla luce della funzione che la Costituzione ha assegnato agli organi giurisdizionali nel supplire ad un'omissione costituzionale perpetrata da autorità pubblica.

⁹⁰ In questo senso la registrazione della auto-dichiarazione con la quale la comunità si qualifica discendente di *remanescentes* non produce nessun effetto giuridico (*desapropriação* o estinzione) sui diritti di proprietà ricadenti nell'area rivendicata. Come si può desumere in TRF1, *Sexta Turma*, AC 2007.34.00.006418-8/DF, *Rel. Daniel Paes Ribeiro*, 15 agosto 2008, in e-DJF1 del 22 settembre 2008, p.128: «la semplice registrazione presso la FCP che la Comunità di Morro Alto, in Maquine (RS), è "*remanescente dos quilombos*" non configura una *desapropriação* come non comporta la perdita di alcun diritto di proprietà». In termine analoghi si esprime il *Tribunal Federal da Primeira Região* in TRF1, AI 2007.01.00.052659-8/DF, *Rel. Fagundes De Deus*; *Rel. Conv. Cesar Augusto Bearsi*, 25 gennaio 2008.

⁹¹ Cfr. H. L. MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1998, p. 100.

⁹² Tale tesi è espressa in termini molto chiari nella TRF1, AI 2007.01.00.052659-8/DF, *Rel. Fagundes De Deus*; *Rel. Conv. Cesar Augusto Bearsi*, 25 gennaio 2008: «in esecuzione del dispositivo [art. 68, ADCT] il potere esecutivo emanò i DP 20 novembre 2003, n. 4887, nel quale è regolato lo strumento procedimentale amministrativo (non il diritto in sé) per individuare chi siano i *remanescentes* delle comunità *quilombolas* e quali siano le loro terre».

⁹³ Cfr. C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002, p. 119.

Alla luce della distinzione tra diritto alla proprietà e diritto all'emissione e alla registrazione del titolo, non è contraddittorio prevedere l'uso dello strumento della *desapropriação*, che permette alla pubblica amministrazione di titolare il diritto di proprietà apparentemente riconosciuto dal dispositivo costituzionale. Come si è già evidenziato, l'uso di strumenti ablatori può essere considerato coerente rispetto alla natura dichiarativa che caratterizza l'articolo solo qualora si operi la distinzione tra diritto alla proprietà e diritto alla titolazione del corrispondente diritto. Deve essere criticata una ricostruzione che sostenga, anche sulla base di leggerezze amministrative, la natura dichiarativa attribuita all'individuazione e delimitazione delle terre *quilombolas*⁹⁴. Solo al termine del procedimento si costituisce un diritto di proprietà, titolato collettivamente pro-indiviso e con vincolo di inalienabilità.

Il procedimento è costitutivo anche con riferimento a quei fondi compresi nel territorio individuato che sono già oggetto di titolo di proprietà in capo a soggetti integranti la comunità. La *desapropriação* dell'immobile in proprietà di *remanescente* è coerente con le finalità dell'art. 68, ADCT, essendo questo non strumento dichiarativo di una proprietà, ma strumento di una politica di intervento pubblico orientato al perseguimento di finalità enucleate nell'art. 215, CRFB. In questo senso la finalità del decreto non si esaurisce nella semplice titolazione di un diritto di proprietà, ma nella costituzione di un diritto di proprietà definitivo che permetta tutelare un gruppo vulnerabile riconosciuto come portatore di una identità costituzionalmente rilevata⁹⁵. Seppur manchino nel decreto strumenti per impedire che siano indennizzati soggetti che poi beneficeranno, in seguito a titolazione collettiva, di un diritto di accesso di contenuto assimilabile alla proprietà *desapropriada* (da cui l'opportunità di introdurre meccanismi correttivi)⁹⁶, il

⁹⁴ La natura costitutiva del procedimento di individuazione e delimitazione delle terre occupate dai *remanescentes* è ciò che rende il procedimento differente rispetto a quello previsto per il riconoscimento delle terre *indígenas*. Cfr. C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002, p. 117.

⁹⁵ Cfr. W. C. ROTHENBURG, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, p. 451.

⁹⁶ Per ovviare ad un ingiusto arricchimento, la normativa dello Stato del Pará impone che il proprietario *remanescente* doni all'associazione i fondi ricompresi nel territorio individuato e delimitato di cui sia proprietario. Se tale soluzione appare orientata ad un principio di giustizia, sembrano perfettibili gli strumenti concretamente individuati. Sorge inoltre il dubbio se tali fondi vengano acquisiti a titolo patrimoniale dall'associazione, o vengano automaticamente assoggettati al regime di inalienabilità prescritto per le terre titolate in seguito a procedimento. Alla luce del DP 20 novembre 2003, n. 4887, sembra sostenibile l'ipotesi che qualsiasi bene immobile, utilizzato per la

trasferimento coattivo della proprietà è necessario perché si modifica il fondamento del titolo che permette l'accesso e l'uso del bene. Se prima della titolazione il proprietario *remanescente* esercita un dominio *ex art. 1228 c.c. - ex titolo privato* - in seguito alla titolazione egli gode del possesso in quanto membro "comproprietario" del gruppo titolare del diritto di proprietà definitiva, che trova il proprio fondamento nel diritto pubblico, specificamente nel combinato disposto degli artt. 68, ADCT, e 215, 216, CRFB.

Alla luce degli artt. 215 e 216, CRFB, si giustifica anche il differente ambito applicativo della politica a favore di *remanescentes*, potendo essere oggetto di *desapropriação ex DP 20 novembre 2003, n. 4887* anche quelle terre non più in possesso di *remanescentes*, quindi non attualmente utilizzate. L'occupazione quindi della base territoriale del gruppo, distinguendosi dal concetto di possesso civile, si pone come atto capace di imprimere una *qualitas soli* in qualche modo resistente rispetto ai titoli che storicamente si sono costituiti, precedentemente o successivamente all'occupazione, sul bene⁹⁷, in quanto parte. Sembra però solo parzialmente corretto, rispetto alle finalità ora indicate, individuare il territorio *quilombola* sull'unica base di un criterio storico, dovendosi tenere in debito conto il rapporto tra gruppo e risorse territoriali⁹⁸.

In definitiva, si pensa di poter concludere affermando che il perseguimento delle finalità pubbliche esposte sarebbe impedito dall'interpretazione letterale dell'art. 68, ADCT, aderente alla tesi usucapitiva, che come si è detto deve essere

riproduzione fisica e sociale del gruppo, sia assoggettabile al regime imposto dal decreto, siano i titoli costituiti per mezzo di procedimento amministrativo, siano essi acquisiti a titolo privato.

⁹⁷ Sviluppa coerentemente tale tesi il TRF1, AI 2007.01.00.052659-8/DF, *Rel. Fagundes De Deus; Rel. Conv. Cesar Augusto Bearsi*, 25 gennaio 2008: «sembra che il convenuto non comprenda come abbia poca importanza il possesso di un titolo che, fosse anche di due millenni fa, gli attribuisce la proprietà. Quello che rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 68 è se esiste in quel luogo un *quilombo*».

⁹⁸ Tale obiettivo può peraltro essere raggiunto per mezzo di *desapropriação* ordinaria. Questa la direzione indicata nella pronuncia del TRF1, *Terceira Turma*, AC 2001.34.00.026829-5/DF, *Rel. Tourinho Neto*, 24 giugno 2008, nella quale si considera legittimo la *desapropriação* di un'area limitrofa al territorio tradizionale, utilizzata dai *remanescentes* sulla base di titolo contrattuale, e riconosciuta necessaria per soddisfare le esigenze del gruppo: «la stessa perizia antropologica ha conclusivamente affermato che l'area appartenente agli attori non si inserirebbe nelle terre *quilombolas*, nonostante si tratti di aree limitrofe, la cui espropriazione sarebbe cosa utile alla comunità, tenendo in considerazione il benessere e la sopravvivenza del gruppo [...]. In questo modo, fosse necessario l'ampliamento delle terre occupate, sarà garantito il diritto del proprietario all'indennizzo assicurategli dalla Costituzione, che deve essere previo e giusto».

considerata costituzionalmente non conforme in quanto misura sproporzionata rispetto ai fini cui essa è preposta.

2.7. Il regime vincolato dei beni titolati ex art. 68, ADCT, e artt. 215, 216, CRFB

Alla luce delle considerazioni svolte, possiamo affermare come il riconoscimento di un diritto alla proprietà definitiva sia strumento per l'esercizio collettivo di diritti fondamentali, tra cui i diritti culturali, di una specifica minoranza, costituzionalmente riconosciuta⁹⁹. Proprio in quanto ci si trova dinnanzi a un'istituzione appropriativa collettiva, l'interpretazione del dispositivo deve avvalersi di un concetto di territorialità che supera il concetto di possesso della tradizione civilista. In questa prospettiva assume una specifica connotazione il termine "occupazione", quale atto che imprime alle terre occupate una *qualitas soli* originaria e impermeabile ai titoli di terzi, siano essi precedenti o successivi all'occupazione, e fondati sul diritto civile. Oltre a veicolare diritti culturali collettivi, si garantiscono individualmente il diritto di accesso alla terra e il diritto all'abitazione per mezzo di politiche pubbliche differenziate¹⁰⁰.

L'articolazione degli artt. 215, 216, CRFB, e 68, ADCT, si presta però a due differenti interpretazioni con riferimento alla *ratio* sottesa al regime di inalienabilità e alla titolazione collettiva.

Se è indubbio che la finalità delle disposizioni esaminate consiste nella tutela di un gruppo minoritario vulnerabile, costituzionalmente riconosciuto per una sua specificità etnico-culturale, la loro applicazione può operare su premesse molto

⁹⁹ Cfr. *Justiça Federal de 1ª Instância, 2ª Vara, Seção Judiciária Do Paraná*, MS 2008.70.09.002352-4/PR, 10 ottobre 2008: «analizzando i fondamenti giuridici e sociali rilevanti nella questione, si comprende come la garanzia dell'accesso alla terra è strettamente relazionata all'identità etnica, ossia condizione essenziale per la preservazione di queste comunità. D'altro canto tale politica vuole compensare o minimizzare l'ingiustizia storica subita dalla popolazione *negra* in Brasile, evidenziando un nesso tra la garanzia della dignità sociale e la preservazione del patrimonio materiale e immateriale brasiliano. Le comunità *remanescentes* di *quilombo* potranno, per mezzo della regolarizzazione del possesso della terra [...] ricostituire in parte quello che venne loro tolto a partire dall'arrivo dei primi africani in Brasile».

¹⁰⁰ Cfr. J. SHIRAIISHI NETO, *A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais face às declarações internacionais*, in J. SHIRAIISHI NETO (org.), *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil*, Manaus, 2007, pp. 25-52.

diverse: tutelando, per un verso, autoritativa le differenze di cui il gruppo è depositario - in detrimento della sua autonomia; garantendo, per altro verso, il controllo locale sui processi di integrazione o di auto-isolamento rispetto alla società maggioritaria da cui dipende un'evoluzione auto-determinata delle pratiche comunitarie.

Nel primo caso la titolazione collettiva e *pro-indiviso* si giustifica in quanto aderente alla tradizione comunitaria del gruppo¹⁰¹. Analogamente l'inalienabilità del titolo raccoglie la natura non patrimoniale che il bene "terra" assume nel momento in cui diviene, in seguito ad appropriazione collettiva, un territorio, e quindi bene *extra-commercium*¹⁰².

Considerando che la tutela autoritativa della diversità, attuata positivizzando le regole consuetudinarie del gruppo, deve essere criticata in quanto contraria ai principi primi dell'ordinamento - ossia al rispetto dell'autonomia che discende dalla dignità della persona - rimane da verificare se i vincoli di inalienabilità e la titolazione collettiva possano essere colti in un quadro compatibile con i principi di autonomia e di autodeterminazione che debbono informare una politica della diversità nello EDD.

A nostro avviso il DP 20 novembre 2003, n. 4887, definendo inalienabile il patrimonio collettivo, conferma i poteri proprietari riconosciuti *ex art. 68, ADCT*, garantendo la titolarità collettiva non solo alla presente, ma anche alle generazioni future. L'inalienabilità quindi giuridicizza l'aspettativa che queste ultime hanno alla perpetua conservazione del territorio socialmente appropriato e a sua volta sottoposto a vincolo di destinazione. In definitiva si sottrae tale patrimonio ad atti di autonomia privata con cui la generazione presente, assecondando le pressioni esercitate dal mercato, potrebbe patrimonializzare un bene collettivo in detrimento dell'aspettativa delle generazioni future al suo godimento. Inoltre l'inalienabilità ci indica la natura dei diritti individuali il cui esercizio è imprescindibilmente legato al patrimonio collettivo: trattasi di diritti fondamentali, tra i quali il diritto all'abitazione, il diritto

¹⁰¹ Cfr. C. A. SUNDFELD (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002, p. 82.

¹⁰² Cfr. D. SARMENTO, *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*, 2006, disponibile in http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-publicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf, accesso 20 ottobre 2009.

di accesso alla terra¹⁰³ e, infine, il diritto di accesso al territorio. Trattasi di conformazione esercitata in applicazione del principio della funzione sociale della proprietà.

In quanto l'esercizio dei diritti originari di uso discendono dall'appartenenza al gruppo e non da titoli di natura privata, pare legittimo che essi siano sottratti alla libera disponibilità del singolo. Analogamente la titolazione collettiva del diritto in capo al gruppo - che eserciterà i propri poteri proprietari per mezzo dell'associazione che il DP 20 novembre 2003, n. 4887 designa quale strumento gestionale del patrimonio - garantisce non la tradizione comunitaria come essa è attualmente rilevabile, ma la sua evoluzione in vista di un processo di democratizzazione delle strutture tradizionali non sempre coerenti ai principi dell'ordinamento costituzionale. La struttura associativa permette di affermare la parità dei componenti del gruppo nella gestione del patrimonio collettivo e nell'esercizio dei contenuti del diritto originario di uso di cui sono titolari, permettendo che l'accesso al bene, se esercitato attualmente "secondo tradizione", possa essere regolato dinamicamente in vista di una parificazione delle posizioni individuali orientata a principi democratici.

I termini letterali del decreto aiutano a comprendere quale sia il rapporto tra *remanescentes*, comunità e associazione. Letteralmente l'associazione è mera rappresentante della comunità, che è la titolare del diritto. Tale fatto è confermato dal qualificare come pro-indiviso il titolo, che implica il riconoscimento di una pluralità di posizioni dominicali su di un medesimo bene. Se fosse il titolare una soggettività unica e perfetta, l'associazione, non sarebbe stata necessaria l'apposizione di tale clausola. La titolazione *pro-indiviso*, impedendo una frazionabilità del diritto e del patrimonio, riconosce quindi l'esistenza di una molteplicità di posizioni dominicali. E anche qualora si considerasse l'associazione, in virtù di una miope applicazione di concetti della tradizione civilista, titolare del diritto, lo sarebbe solo fittiziamente, non potendosi negare che tale soluzione sarebbe un semplice espediente per ovviare ai problemi che una titolazione collettiva pone alle categorie di un sistema giuridico di tradizione romanistica. In ragione di quanto detto l'associazione si presenta

¹⁰³ Sul diritto di accesso alla terra come diritto fondamentale, si vedano le tesi di J. A. TÁVORA, *O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*, Porto Alegre, 2003. Il modello proprietario collettivo permette di superare le critiche che l'autore rivolge nelle pp. 155 e ss. all'istituto della proprietà (individualista) quale strumento di accesso a beni di prima necessità, in quanto il valore di uso risulta in esso prevalente rispetto al valore di scambio.

dunque come mero strumento organizzativo, asservito all'esercizio di una autonomia statutaria del gruppo¹⁰⁴.

Il rinvio a tale autonomia pare essere, peraltro, molto ampio, essendo completamente demandata alle determinazioni statutarie sia l'individuazione dei criteri per l'acquisizione o l'estinzione dello status di associato, sia i contenuti dei diritti individuali che ne discendono. Un processo di formalizzazione delle regole contenute nella tradizione consuetudinaria, contestuale all'elaborazione dello statuto dell'associazione, si presenta opportuno, non solo al fine di accertare il diritto locale esistente, ma anche per procedere a una sua rielaborazione utile a risolvere, secondo principi compatibili con l'ordinamento costituzionale, i conflitti futuri indotti dalla stessa titolazione. Pare però che il più delle volte tale opportunità non sia stata purtroppo colta¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Cfr. W. C. ROTHENBURG, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, p. 457-458.

¹⁰⁵ Si è avuto modo di prendere in visione lo statuto e il *plano de uso* di una sola istituzione, la *Associação Das Comunidades Remanescentes De Quilombos De Gurupá (ARQMG)*, che rappresenta 360 famiglie dislocate nei dieci abitati (*Jocojó, Gurupá-miri, Camutá do Ipixuna, Alto Pucuruí, Alto Ipixuna, Arinoá, Carrazedo, São Pedro, São Francisco, Flexinha*). Dalla tradizione tramandata in ognuna delle dieci comunità emergono storie parallele, che rimontano al periodo schiavista. Tra i primi abitanti di *Jocojó* si nomina, per esempio, *Plácido Bentes e Maximínio*, schiavifuggiti da *Gurupá-Mirim*, dove lavoravano per Pedro Lima.

Il territorio del municipio venne integrato al sistema economico nazionale nel primo periodo di espansione del ciclo del caucciù (1830-1912), la cui estrazione venne organizzata per mezzo dell'*aviamento* (nel quale l'accesso al mercato, sia per la vendita dei prodotti, sia per l'acquisto dei generi di prima necessità, viene monopolizzato da un unico *patrão*, in un rapporto di forte subordinazione del lavoratore agro-estrattivista). In questo senso è molto difficile rilevare una modificazione sostanziale della condizione di lavoro nel passaggio che avvenne dalla condizione di schiavo allo *status* di *liberto*. La perdita del monopolio brasiliano sulla produzione del caucciù, dovuta ad uno dei più celebri casi di bio-pirateria avvenuti nella storia, e la forte competitività delle colonie inglesi del sud-est asiatico provocarono un declino economico di questa specifica attività estrattiva, alla quale si sostituì, a partire dagli anni Settanta, l'estrazione su scala industriale di legname, fortemente incentivata con sussidi governativi. Il conflitto per il controllo del territorio e delle risorse territoriali generato dall'installazione di grandi imprese commerciali private, produsse il rafforzamento dell'organizzazione comunitaria.

Nel 2000 lo Stato del Pará, all'interno di un proprio specifico programma, emise in capo all'associazione un titolo collettivo su un territorio esteso 83.437,1287 ettari, risultato, in seguito all'analisi dei vantati titoli privati, di natura pubblica.

Il piano di uso venne approvato il 19 febbraio 2005 da tutti gli associati e pur presentandosi, da un punto di vista formale, privo di valore giuridico, definisce i loro diritti e i doveri.

Si prevede il diritto di estrarre legname per il solo uso personale e domestico, essendone vietata la commercializzazione fino a quando non venga realizzato il *plano di manejo* richiesto dalla legislazione forestale; il diritto di realizzare campi aperti nella foresta ad alto o basso fusto pari ad un'estensione di due ettari per ciascuna famiglia, essendo possibile aumentare tale estensione ma solo con l'autorizzazione degli organi comunitari; il diritto di pescare e di cacciare per auto-consumo nelle aree comuni.

L'analisi svolta sull'interpretazione dell'articolo 68, ADCT, pare sufficiente per offrire una cornice costituzionale alla proprietà *quilombola*, o meglio ai diritti collettivi originari riconosciuti in capo alle comunità *remanescentes* di *quilombo*.

Essi si presentano come un diritto alla proprietà, originario in quanto riconosciuto e non costituito dall'ordinamento, come riconosciuti sono i diritti fondamentali che promanano dalla dignità della persona umana. Il diritto alla proprietà spetta ad un gruppo capace di radicarsi istituzionalmente in un territorio dando origine a ordinamenti locali autonomi nella gestione delle risorse territoriali collettivamente appropriate. A tale diritto alla proprietà corrisponde un'azione amministrativa vincolata e finalizzata alla titolazione del patrimonio collettivo per mezzo di strumenti ablatori. Il fondamento di tali politiche pubbliche è da rilevare da un lato nella tutela dell'autonomia di gruppi minoritari, dall'altro nella garanzia di diritti fondamentali dei singoli che ne fanno parte. L'inalienabilità esprime una conformazione dei poteri proprietari che ha come obiettivo la conservazione del patrimonio, giuridicizzando le aspettative delle generazioni future. Dal vincolo di destinazione apposto al patrimonio collettivo dovrebbe discendere un regime di indisponibilità dei diritti originari di uso attribuiti, sulla base dell'appartenenza alla comunità, ai singoli "comunisti". Sebbene i dispositivi legali esaminati definiscano il regime dei beni con riferimento alla sola posizione dominicale collettiva - demandando alle disposizioni statutarie e alle regole tradizionali del gruppo la definizione delle posizioni individuali rispetto al bene collettivo - il regime di indisponibilità pare coerente alle finalità sottese all'intervento pubblico *ex art. 68, ADCT*, in quanto impedisce una patrimonializzazione privata del diritto di accesso garantito per mezzo di intervento pubblico. Il trasferimento a titolo contrattuale dei diritti di uso spettanti ad ogni singolo membro del gruppo appare uno dei profili più problematici nella definizione dei margini di autonomia individuale compatibili con la natura dell'intervento pubblico *ex art. 68, ADCT*. Se la titolazione è funzionale a

Sono comuni i terreni eccedenti a quelli privatamente appropriati, che possono essere utilizzati ma in beneficio della comunità, e con l'autorizzazione della *liderança* locale.

Il documento definisce anche una certa pianificazione del territorio. Si stabilisce infatti un divieto di caccia e di pesca nel braccio del *Rio Ipixuna*, conosciuto come *Samauma*, e nelle rive ad esso adiacenti, affinché la fauna possa riprodursi. Si stabilisce inoltre il divieto di praticare *queimadas* (pulizia del terreno mediante l'uso del fuoco) nei mesi estivi, come l'esercizio di pesca di sussistenza con tecniche ambientalmente invasive, tra le quali l'uso del *timbó* (trattasi di una pratica *indígena* nella quale si utilizza un veleno di origine vegetale per stordire e costringere i pesci all'emersione).

garantire da un lato l'autonomia del gruppo minoritario, dall'altro lato l'esercizio di diritti individuali fondamentali, pare non conforme allo spirito della disposizione l'esercizio di atti d'autonomia privata, individuali o collettivi, che permetta la perdita del controllo delle attività economiche esercitate per mezzo delle risorse territoriali collettive e la distrazione dei medesimi beni dal corrispondere direttamente a bisogni primari dei suoi singoli membri. Questo in definitiva pare il criterio che dovrebbe presiedere alla valutazione della compatibilità di atti di autonomia privata rispetto ad una conformazione dei diritti di natura dominicale coerente al sistema costituzionale.

Molti dei concetti che sono stati utilizzati, tra cui l'interpretazione della natura giuridica del riconoscimento alla luce di un diritto originario, sono utili nel comprendere una parziale attualizzazione del fondamento posto ai diritti territoriali *indígenas* sulle terre tradizionalmente occupate. Nel prosieguo della trattazione si cercherà di approfondire quelle costanti ermeneutiche che permettono di comprendere, anche con riferimento ai diritti dei popoli *indígenas*, l'originarietà dei diritti collettivi in termini non meramente temporali. Questo poiché se il fattore temporale è rilevante in una prospettiva civile, non appare tale nella prospettiva costituzionale che si assume nel presente lavoro.

3. Il possesso permanente sulle terre occupate tradizionalmente dai popoli «indígenas»

3.1. L'interpretazione dell'articolo 231, CRFB, tra l'istituto dell'«indigenato» e la teoria del fatto «indígena»

L'art. 231, CRFB, riconosce - congiuntamente all'organizzazione sociale, ai costumi, alle lingue, alle credenze e alle tradizioni - i diritti originari al possesso permanente delle terre che i popoli *indígenas* occupano tradizionalmente¹⁰⁶.

¹⁰⁶ A partire dalla Costituzione del 1934 si dispose che «sarà rispettato il possesso delle terre dei *silvícolas* dove essi si trovino permanentemente localizzati, essendo loro vietato alienarle». Con qualche modificazione letterale il dispositivo ricompare negli artt. 154 della Costituzione del 1937 e 216 della Costituzione del 1946. A partire dal 1964 tali terre vennero comprese tra i beni pubblici e si riconobbe non più il solo possesso ma anche l'usufrutto sulle risorse naturali ivi presenti (artt. 4 e 186, Costituzione del 1967). Il regime delle terre *indígenas* venne poi perfezionato, prescrivendone

I diritti territoriali *indígenas* vengono dedotti, nella tradizione giuridica brasiliana, dall'istituto dell'*indigenato*. L'*Alvará régio* del primo aprile 1680 riservava agli *índios* il diritto all'uso delle risorse naturali delle terre possedute, in qualità di «primi occupanti e [loro] padroni naturali». Tali diritti furono riconfermati nella *Lei*, 6 luglio 1755, per la quale sulle «terre concesse a privati, si sarebbe sempre riservato il diritto degli *índios, primarios*¹⁰⁷ e naturali signori»¹⁰⁸.

Nell'elaborazione della teoria dell'*indigenato*, operata dalla dottrina si possono individuare due elementi costitutivi dei diritti collettivi originari *indígenas*: l'essere frutto sia di una prima occupazione, sia di un'apprensione qualitativamente differente rispetto al possesso del diritto civile. Da un lato rileva un elemento temporale, in quanto essi sono delle popolazioni “aborigene”, quindi le prime occupanti del suolo colonizzato. Tale precedenza temporale non esaurisce comunque la *ratio* del riconoscimento giuridico, come si può desumere da una distinzione contenuta nell'art. 24, *Decreto* 30 gennaio 1854, n. 1318, applicativo della *Lei* 18 settembre 1850, n. 601 (*Lei de Terras*)¹⁰⁹. Nel passaggio da un regime appropriativo di natura amministrativa di origine feudale - per la quali ogni titolo privato era frutto di concessione regia - ad un regime di natura modernamente privatistica¹¹⁰, si istituì un procedimento per legittimare e regolarizzare, pena la decadenza di ogni diritto,

l'inalienabilità e sancendo la «nullità e l'estinzione degli effetti giuridici di qualunque natura che abbiano ad oggetto il dominio, il possesso o l'occupazione delle terre abitate dai *silvícolas*» (art. 198 Costituzione del 1969). Questi sono poi i principi che hanno orientato la legislazione speciale dedicata agli *índios*, la *Lei federal* 19 dicembre 1973, n. 6001, EI.

¹⁰⁷ Non pare fuori luogo riportare le parole del Grossi, il quale, riferendosi ai domini collettivi, li descrive come «ordinamenti giuridici primari» (P. GROSSI, *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statuale*, in NERVI P. (a cura di), *I demani civici e le proprietà collettive*, Padova, 1998, pp. 24).

¹⁰⁸ *Apud* F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 9.

¹⁰⁹ Nel dispositivo si disponeva che si sarebbero riservate delle terre per la colonizzazione degli *índios*. Per quanto in dottrina si interpreti la norma come una riconferma dell'*Alvará régio* del 1680 (cfr. C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 125), a nostro avviso pare che i diritti da quest'ultimo riservati (in virtù di statuizione di natura dichiarativa) siano cosa differente rispetto ad una norma che, disponendo per il futuro, demanda ad ulteriori atti normativi esecutivi l'istituzione di diritti, in virtù di ciò costituiti. A maggior ragione tale tesi viene confermata dal fatto che le menzionate terre fossero destinate a “colonizzare”, ossia fissare ad una terra, prima che ad un territorio, una popolo già allora oggetto di politiche assimilazioniste. Inoltre il termine riserva, come si dirà, verrà utilizzato per definire, nella legislazione a noi più recente, proprio una tipologia di terra *indígena* differente rispetto a quella posseduta immemorialmente, ossia fondate sull'istituto dell'*indigenato*.

¹¹⁰ Sull'evoluzione dell'ordinamento fondiario in Brasile si veda P. PORRU, *Analisi storico giuridica della proprietà fondiaria in Brasile*, Milano, 1983.

solo i possessi esercitati da primi occupanti che «non [avessero] altro titolo se non l'occupazione»¹¹¹.

Da tale distinzione è possibile desumere come vi fossero primi occupanti il cui possesso venisse esercitato in virtù di titolo diverso dal mero fatto appropriativo, ossia gli *índios*. La norma ci indica, quindi, come l'occupazione primaria *indígena* fosse considerata differente rispetto a quella esercitata dai colonizzatori. Infatti il possesso *indígena*, oltre ad essere temporalmente frutto di prima occupazione, venne qualificato come congenito¹¹², ossia espressione di una specifica modalità d'essere dell'atto appropriativo *indígena* che trovò corrispondenza nel riconoscimento giuridico. Congenito in quanto espressione di una natura differente dell'atto che, consumando il fatto appropriativo, genera il diritto.

Dalla qualifica del possesso *indígena* come «*primário e congénito*» si desume unanimemente in dottrina la distinzione tra possesso *indígena* e possesso civile¹¹³. Tale distinzione si fonda sul fatto che il primo esiste in quanto originario, mentre il secondo è acquisito in virtù di una occupazione successivamente riconosciuta come giuridicamente rilevante¹¹⁴. Il possesso civile nasce in conseguenza del riconoscimento giuridico di un fatto, mentre l'istituto dell'*indigenato* rende il diritto al possesso *indígena* logicamente precedente al gesto appropriativo, configurando quindi una naturale capacità acquisitiva che è titolo per l'esercizio di un diritto di possedere. Nella ricostruzione della logica dei rispettivi istituti, avremo nel possesso

¹¹¹ Apud F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 14.

¹¹² Cfr. J. MENDES JÚNIOR, *Os indigenistas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, São Paulo, 1912, apud F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 13-14. Secondo l'autore «non si può concepire che gli *índios* avessero acquisito per semplice occupazione quello che è loro come congenito e primario». La questione è giuridicamente rilevante in quanto dal considerare la terra *indígena* oggetto di mera occupazione, dipendeva l'onere di sottoporre a regolarizzazione il medesimo possesso al fine di evitare che le terre venissero ri-acquisite a titolo dominicale dallo Stato in applicazione della *Lei de Terras*.

¹¹³ Per tutti si veda J. A. DA SILVA, *Terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 50.

¹¹⁴ Secondo Silva «l'*indigenato* è la fonte primaria e congenita del possesso territoriale; è un diritto congenito, differentemente l'occupazione è un diritto acquisito. L'*indigenato* è un diritto in sé, non è un fatto che dipende da legittimazione, nel momento in cui l'occupazione [...] dipende da un requisito che la legittimi» (J. A. DA SILVA, *Auto-Applicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal*, in *Revista trimestral de Jurisprudência dos Estados*, 1983, 25, p. 5). Analogamente si veda F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 13.

civile una norma, che qualifica l'atto - l'occupazione - come possesso, da cui discende un diritto alla tutela precaria del proprio possedere. Nel possesso *indígena* avremo, invece, un diritto al possedere¹¹⁵, naturale e congenito, che è titolo per l'esercizio di un atto, l'occupazione *indígena*, che se assume esteriormente l'aspetto di un possesso, è differente in quanto non precario, ossia tutelato anche a fronte di altro titolo, persino se di natura dominicale¹¹⁶.

Seppur sia dubbio che il riconoscimento dei diritti originari *indígenas* trovino oggi un fondamento giuridico nell'*Alvará* del 1680 e non nell'art. 231, CRFB, l'istituto dell'*indigenato* ha profondamente segnato la cultura brasiliana nel tematizzare il possesso *indígena*. Esso ha svolto e continua a svolgere nell'esperienza giuridica nazionale un importante ruolo nell'interpretazione dell'originarietà dei diritti di questi popoli, e nel comprendere quali strutture logiche possano permettere la traduzione di questo concetto in termini di regole operazionali giuridicamente coerenti.

Lo stesso istituto è il punto di partenza obbligato per comprendere l'art. 231, CRFB nel momento in cui qualifica i diritti sulle terre tradizionalmente occupate come «*originarios*»¹¹⁷. Gli elementi cui prestare attenzione nell'esegesi del dispositivo sono principalmente due, ossia i concetti di originarietà e di tradizionalità. Vi sono due tesi che permettono di sviluppare l'interpretazione dell'articolo, nelle quali i due concetti assumono significati differenti con rilevanti ricadute sulla natura dei diritti e sui criteri da assumere nell'individuazione delle terre tradizionali.

In una prima tesi i diritti sono originari in quanto «pre-colombiani»¹¹⁸, ossia precedenti alla colonizzazione portoghese da cui discendono le strutture politico-

¹¹⁵ Cfr. J. MENDES JUNIOR, *Os direitos indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos*, São Paulo, 1912, *apud* F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 13.

¹¹⁶ Cfr. J. A. DA SILVA, *Terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 50.

¹¹⁷ Art. 231, CRFB.

Sono riconosciuti agli *índios* la loro organizzazione sociale, i loro costumi, lingue, credenze e tradizioni, e i diritti originari sulle terre che tradizionalmente occupano, essendo di competenza dell'Unione demarcarle e proteggere tutti i loro beni.

¹¹⁸ Di occupazione millenaria parla R. LARANJEIRA, *A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito a indenização por benfeitorias*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 97.

amministrative dell'attuale Stato brasiliano. Originari in quanto temporalmente precedenti all'ordine giuridico istituito¹¹⁹. L'interpretazione della "originarietà" in termini di mera temporalità, influisce sulla definizione del concetto di occupazione tradizionale. Sono tradizionali le terre che sono sempre state occupate dalle comunità *indígenas* e che in virtù di ciò vengono attribuite *ex art.* 231, CRFB. In tale tesi si assume dall'istituto dell'*indigenato* il solo elemento temporale, lasciando in secondo piano quel carattere congenito con cui in dottrina si sono qualificati i diritti *indígenas*. Questa chiave interpretativa appiattisce in definitiva il possesso *indígena* ad un possesso immemoriale¹²⁰, concetto di derivazione civilista che però non si presta a cogliere l'essenza del fondamento giuridico dei diritti collettivi originari, e soprattutto non rende conto delle differenze che invece sussistono rispetto ad un possesso civile, esercitato sulla base di titolo privato¹²¹. L'elemento temporale, se assunto come criterio posto a fondamento della *ratio* del possesso *indígena*, oltre a operare una distorsione dell'istituto dell'*indigenato* elaborato in dottrina, non giustificerebbe la distinzione operata tra *índios* e primi occupanti non-*índios* nel decreto che ha applicato la *Lei de terras*. In entrambi i casi vi è un medesimo fatto, una prima occupazione, da cui l'ordinamento fa discendere però effetti differenti. Un diritto al possesso consolidatosi su beni di cui non si è proprietari nel primo caso, un diritto precario di possedere il secondo, capace al più di generare un titolo di proprietà.

I profili sollevati nel definire inappropriato l'applicazione del concetto di possesso immemoriale come fondamento dei diritti *indígenas*¹²², induce a formulare una seconda tesi interpretativa.

¹¹⁹ Cfr. J. GAIGER, *Direitos indígenas na Constituição brasileira de 1988 e outros ensaios*, Brasília, 1989.

¹²⁰ Il riferimento ad una «*posse imemorial*» è operato da F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 41.

¹²¹ Secondo Silva le «terre tradizionalmente occupate non rivelano una occupazione temporale [...]. Non si tratta assolutamente di possesso o prescrizione immemoriale, come se l'occupazione *indígena* si legittimasse [...] con una forma di usucapione immemoriale» (J. A. DA SILVA, *Terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 47).

¹²² La riduzione del possesso *indígena* ad un possesso immemoriale è criticata dal giudice Britto, per il quale si riconoscono «i diritti originari sulla terra occupata tradizionalmente, non immemorialmente, perché in quel caso, le perizie tecniche dovrebbero essere non antropologiche, come effettivamente sono, ma archeologiche e la Costituzione non ha inteso la perizia come archeologica, autorizzando l'uso del termine immemoriale» (Voto del giudice Britto, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO,

Tali diritti sono originari non in virtù di una precedenza temporale, quanto logica rispetto l'ordinamento¹²³. Il titolo sotteso al possesso è riconosciuto in virtù non solo di una capacità appropriativa "naturale", che di per sé contraddistingue ogni posizione soggettiva nell'ordinamento a prescindere dall'origine o appartenenza etnica, ma di un diritto naturale al possedere determinati beni. In tale interpretazione deve essere valorizzato il carattere congenito con cui, nell'istituto dell'*indigenato*, si definiscono i diritti originari: congeniti poiché legati indissolubilmente alla personalità e sua diretta estrinsecazione. Riportando le parole del giudice Britto, le terre tradizionalmente occupate sono infatti «possedute come parte elementare della personalità stessa del gruppo e di ognuno dei suoi componenti»¹²⁴.

Interpretare i diritti territoriali *indígenas* come espressione di un diritto naturale di possedere è tesi che trova un appiglio, seppur labile, nell'usucapione *indígena*, istituto introdotto con lo EI¹²⁵. In virtù dell'art. 33 qualsiasi *índio* che occupi come proprio, per dieci anni consecutivi un fondo inferiore a cinquanta ettari, ne acquisisce la proprietà piena. La apparente ordinarietà di tale disposizione viene

Rel. Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 548). Il testo della rilevantissima sentenza che ha profondamente marcato la materia *indigenista*, statuendo regole operazionali di diritto da applicare non solo al caso concreto, ma di portata generale, è disponibile alla pagina <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3388&classe=Pet>, accesso 10 gennaio 2010.

¹²³ Come afferma Marés: «riconoscere i [...] diritti come originari [...] è riconoscere che i popoli *indígenas* possiedono un diritto anteriore al Diritto» (C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 91).

¹²⁴ Voto del giudice Britto, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, Rel. Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 145.

Nell'opinione del giudice si possono rintracciare peraltro due differenti argomenti a fondamento dei diritti *indígenas*, che nel sovrapporsi rendono l'argomentazione poco coerente. Al legame che unisce i diritti originari *indígenas* alla persona, si associa un argomento temporale, per il quale il «termine originario traduce una situazione giuridico-soggettiva più antica di qualsiasi altra, in modo da prevalere su eventuali scritture pubbliche o titoli di legittimazione del possesso favorevoli a non-*índios*» (Voto del giudice Britto, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, Rel. Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 140). Nella nostra opinione la natura personale dei diritti si dimostra già di per sé sufficiente e assorbente rispetto al criterio della temporalità, che, come si è detto, può produrre una comprensione distorta dei diritti originari come frutto di un possesso immemorabile. L'esigenza di riagganciare l'argomentazione ad una prima occupazione dimostra la difficoltà incontrate nel superare l'istituto dell'*indigenato*, operazione svolta dal giudice Direito nel proferire il proprio voto nella medesima sentenza.

¹²⁵ Art. 33, EI.

L'*índio* che occupi una porzione di terra inferiore a cinquanta ettari ne acquisisce la proprietà piena, sia egli integrato o meno.

Paragrafo unico, Il dispositivo di questo articolo non si applica alle terre in dominio dell'Unione, a quelle occupate da gruppi tribali, alle aree riservate di cui tratta la presente legge, e neanche alle terre in proprietà collettiva del gruppo tribale.

smentita da un ulteriore elemento, che può essere compreso solo salvo una precisazione.

La distinzione prevista dallo EI con riferimento al grado di partecipazione alla comunità nazionale degli *índios* - da cui la distinzione tra isolati, in via di integrazione e integrati - è rilevante per determinare il grado di capacità giuridica loro riconosciuta. Gli *índios* non integrati vengono sottoposti a un regime tutelare¹²⁶, nel senso che essi sono considerati incapaci, seppur relativamente al compimento di certi atti¹²⁷. Può usucapire *ex art. 33, EI*, ogni *índio*, prescindendo dal suo *status* giuridico. Da ciò è possibile indirettamente desumere una naturale capacità appropriativa, il cui esercizio non necessita dell'intervento dell'organo tutelare, la *Fundação Nacional do Índio* (FUNAI)¹²⁸.

Nella tesi ora esposta - che assume l'originarietà dei diritti *indígena* nei termini di una naturale capacità appropriativa, da cui deriva il diritto di possedere come logicamente precedente all'ordinamento posto - il concetto di tradizionale non qualifica le terre in quanto occupate *ab-origine*, ma in quanto oggetto di una specifica modalità apprensiva, esercitata nel rispetto di regole consuetudinarie, di tecniche tradizionali e di pratiche culturali¹²⁹. Trattasi in definitiva di una appropriazione sociale di un territorio¹³⁰, prescindendo dal fatto che esso sia *ab-*

¹²⁶ Sull'origine del regime tutelare *indígena*, si veda C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, pp. 94 e ss.

¹²⁷ Art. 4, *Lei federal* 10 gennaio 2002, n. 10406.

¹²⁸ In dottrina l'usucapione *indígena* si assume come indice della generale capacità dell'*índio*. Cfr. C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 131.

¹²⁹ Secondo Silva il termine "tradizionalmente" «si riferisce al modo degli *índios* di occupare e utilizzare la terra e al modo tradizionale di produzione, infine al modo di come essi si relazionano con la terra» (J. A. DA SILVA, *Terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 47-48). Allo stesso modo la tradizionalità viene interpretata come «*modus vivendi*» dal giudice Direito (Voto del giudice Direito, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 221).

¹³⁰ Nella sentenza del STF 3388-4/RO si ha una chiara idea della problematicità che l'uso del termine "territorio" può assumere nell'affrontare la vicenda *indígena*. Specificamente è palese l'attenzione con cui i vari giudici, nell'esprimere il proprio voto, distinguono il concetto di "terra" dal concetto di "territorio", quest'ultimo categoria politico-amministrativa che non trova applicazione rispetto alle porzioni di territorio nazionale sottoposte a diritti territoriali *indígenas*. La distinzione, approfondita nel voto del relatore Britto, ha una valenza sia sul fronte interno, sia sul fronte internazionale. Una delle questioni sottoposte al STF aveva ad oggetto il verificarsi, sul versante interno, di una violazione del patto federativo sul quale riposa la forma di governo brasiliana. Nell'opinione dello Stato di Roraima, la demarcazione federale della Terra Raposa Serra do Sol avrebbe minacciato la sua autonomia, in quanto avrebbe ulteriormente diminuito il territorio sottoposto alla sua giurisdizione, già per metà destinato al possesso dei popoli *indígenas*.

Sul versante internazionale invece risulta evidente, soprattutto nell'opinione del giudice Aurelio, in che misura siano considerati attuali i rischi di un separatismo *indígena*, fomentati, nell'opinione del

origine quello storicamente appartenuto ad una determinata comunità, nel quale i vincoli identitari, comunitari e famigliari, ordinano secondo una tradizione culturale specifica l'organizzazione dello spazio e delle azioni umane ivi esercitate. Tradizionalmente *indígena* quindi in virtù di un «significato, tra l'animistico e lo psicologico, per cui il vivere in determinate terre è appartenere ad esse tanto quanto esse appartengono»¹³¹ agli *índios*.

3.2. Le terre tradizionalmente occupate: i criteri di individuazione

Queste considerazioni sono utili per analizzare la definizione legale che la Costituzione offre con riferimento alle terre tradizionalmente occupate da *índios*. Tali sono quelle da loro «abitate con carattere permanente, quelle utilizzate per l'esercizio delle attività produttive, quelle imprescindibilmente legate alla preservazione delle risorse ambientali *necessarie* al loro benessere e alla riproduzione fisica e culturale, secondo i loro usi, costumi e tradizioni»¹³².

Nella giurisprudenza si è interpretata la definizione di terra *indígena* come l'insieme di quattro cerchi concentrici, che ampliano la superficie in essi racchiusa a

giudice, sia da alcune organizzazioni non governative, sia da politiche internazionali asservite al «disegno predatorio della cupidigia imperialista, impegnata in una dissimulata occupazione dello spazio amazzonico e nella preparazione della proclamazione dell'indipendenza delle tribù *indígenas* come nazioni inserite nel nostro territorio» (Voto del giudice Marco Aurelio, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 448).

Il voto è esemplificativo del nazionalismo ancora diffuso nel paese. Solo in quest'ottica si può comprendere l'esigenza di affermare, da parte di più ministri (cfr. Voto del giudice Peluso, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 379), la natura giuridica non vincolante e meramente politica della Dichiarazione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite sui diritti dei Popoli indigeni, approvata con la Risoluzione 61/295, 13 settembre 2007.

Pur a fronte delle opinioni autorevoli ora menzionate, non sembra che l'uso del termine "terra" riesca a cogliere l'intimo significato che qualifica il legame tra gruppo *indígena* e lo spazio da esso occupato. Tale relazione pare essere colta solo con il termine territorio, seppur con le dovute precisazioni circa i limiti posti al campo semantico giuridicamente rilevante. Non a caso in autorevole dottrina si utilizza il termine «*posse territorial*» (A. DA SILVA, *Terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 46). Sostiene l'uso del termine "territorio" non solo da un punto di vista antropologico, ma giuridico nell'ambito di una sistematica costituzionale C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, pp. 121-122. Tale tesi è sostenuta dal riconoscimento di un potere di giurisdizione che compete alla comunità nella regolazione delle proprie relazioni interne nell'ambito spaziale individuato dalle terre *indígenas*.

¹³¹ Voto del giudice Britto, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 139.

¹³² ART. 231, CRFB, (cors. nostro).

seconda delle finalità cui le terre stesse sono destinate. Ad un primo spazio destinato all'abitazione si sovrappone un secondo spazio, più esteso, destinato all'esercizio delle attività produttive esercitate dal gruppo. Segue il territorio necessario a garantire il controllo e la preservazione delle risorse naturali necessarie al benessere della comunità ed infine l'insieme dei luoghi che costituiscono un riferimento culturale nella tradizione del gruppo¹³³.

Dalla recente giurisprudenza del STF è possibile desumere alcune regole operative utili per individuare le terre tradizionalmente occupate. Tali sono quelle in cui si possa accertare una permanenza del gruppo, da rilevare sulla base della sua tradizione culturale, e attuale rispetto al 5 ottobre del 1988, ossia la data in cui la promulgazione della Costituzione comportò il riconoscimento dei diritti.

Il carattere permanente dell'abitare determinate terre, in nessun modo equiparabile ad un concetto di immemorialità¹³⁴, rende rilevante la storicità dell'occupazione non quale fondamento dei diritti, bensì come criterio di individuazione delle terre sulle quali essi, *ex art. 231, CRFB*, sono riconosciuti. In questo senso la data cui rimonta l'occupazione assume una valenza secondaria, seppur non ininfluente¹³⁵.

Il concorrere di questi elementi - posti alla base di una ricostruzione concettuale proposta e rubricata dal giudice Direito nella PET 3388-4/RO sotto il nome di teoria del «*fato indígena*» - si offre come fondamento alternativo all'immemorialità prescritta dall'istituto dell'*indigenato*¹³⁶. In altre parole i diritti

¹³³ Trattasi di una ricostruzione operata dal giudice Jobim nel voto proferito in STF *Tribunal Pleno*, ACO-QO 312-/BA, *Rel. Nelson Jobim*, 27 febbraio 2002, pp. 126 e ss. Sul concetto di "permanenza" si veda T. S. FERRAZ JUNIOR, *A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional*, in *Revista brasileira de direito constitucional*, 2004, 3, pp. 689-699.

¹³⁴ Come sostiene il giudice Direito, «il carattere permanente dell'abitazione indica come l'autonomia da un'idea di possesso immemorabile non elimini dall'avverbio tradizionalmente la rilevanza della temporalità dell'occupazione» (Voto del giudice Direito, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel. Carlos Britto*, 19 marzo 2009, p. 222).

¹³⁵ Riportando le parole del giudice Direito pronunciate nel voto proferito nella PET 3388-4/RO: «le terre che gli indio occupano» sono quelle già occupate da un certo periodo di tempo da parte di *índios* nel momento in cui si promulgò la Costituzione. Trattasi allo stesso tempo di una presenza costante e di una permanenza in queste terre. Terre eventualmente abbandonate non sempre si prestano alla qualificazione di terre indigene [...]. Una presenza ben definita nello spazio nel corso di un determinato tempo e una permanenza di questa presenza, il che rende l'abitazione permanente altro fatto che deve essere verificato» (Voto del giudice Direito, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel. Carlos Britto*, 19 marzo 2009, p. 222).

¹³⁶ A favore di tale tesi si sono espressi diversi giudici del STF. Nelle parole del giudice Mendes, «in questo senso debbono considerarsi corrette le considerazioni svolte dal ministro Direito nel suo voto, secondo le quali la teoria dell'*indigenato*, comunemente utilizzata nella definizione dei caratteri del

territoriali verrebbero riconosciuti *ex art. 231, CRFB*, in dipendenza del verificarsi, alla data della promulgazione della Costituzione, dei requisiti oggettivi sopramenzionati accertabili con attività amministrativa¹³⁷.

L'operazione ermeneutica si pone in contrasto con la *ratio* dell'art. 231, CRFB, limitandone irragionevolmente l'ambito applicativo.

In primo luogo si limita il riconoscimento di diritti collettivi originari *indígenas* alle sole terre sulle quali ancora fosse esercitato, nel momento in cui la Costituzione venne promulgata, una occupazione *indígena*, escludendo quindi l'accertamento di una *qualitas soli ex art. 213, CRFB*, nei casi in cui la permanenza nel territorio fosse venuta meno in conseguenza di uno spossessamento da parte di terzi¹³⁸.

In secondo luogo viene meno quel carattere funzionale che lega l'individuazione delle terre tradizionalmente occupate al benessere e alla riproduzione culturale delle comunità *indígenas*. Delimitare le terre necessarie al loro benessere è cosa differente rispetto ad accertare acriticamente un mero fatto per come si presenta storicamente¹³⁹. Una delle massime statuite nella fondamentale sentenza cui si sta facendo riferimento, stabilisce infatti l'immodificabilità dei

possesso indigeno, deve essere sostituita dalla teoria del fatto *indígena*. In questo modo, le investigazioni circa la immemorialità dell'occupazione debbono essere sostituite da una verifica dei requisiti introdotti dal testo costituzionale. L'espressione terra tradizionalmente occupata dagli *índios* non è rivestita di nessuna connotazione temporale, ma si riferisce appena ad un modo di occupazione (secondo gli usi, costumi e tradizioni *indígenas*)» (Voto del giudice Mendes, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel. Carlos Britto*, 19 marzo 2009, p. 657). In termini analoghi si sono espressi i giudici Peluso (p. 377), Grau (p. 356) Lewandowsky (p. 351).

¹³⁷ Tesi simile è stata avanzata precedentemente in dottrina escludendosi però che fosse *indígena* la sola terra occupata nella data della promulgazione della Costituzione. Cfr. C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 130.

¹³⁸ Tale incoerenza si palesa parzialmente anche nel caso materialmente deciso dal STF. Nella fattispecie ai diritti *indígenas* si opponevano titoli privati consolidati da lungo tempo e precedenti alla Costituzione, emessi nella presunzione che le terre in questione fossero terre del patrimonio disponibile di enti pubblici. Si fosse fotografata la situazione dei fatti nel momento in cui la Costituzione venne promulgata, sarebbe stato difficile giungere alle conclusioni cui il Supremo è giunto, ordinando la disoccupazione dell'immobile da parte di non-*índios*, annullando di fatto, sulla base della *qualitas soli*, anche titoli coperti da precedente giudicato. A ciò si è giunti in quanto «la tradizionalità del possesso nativo, non si perde dove, nel momento in cui la Costituzione venne promulgata, non vi fu la rioccupazione a causa dello spossessamento da parte di non *índios*» (Voto del giudice Direito, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel. Carlos Britto*, 19 marzo 2009).

¹³⁹ In questo senso si ha la riproposizione del concetto riduttivo già presente nell'art. 23 dello EI, che definiva il possesso dell'*índio* come «l'occupazione *effettiva* della terra che egli detiene, in consonanza ai propri usi, costumi e tradizioni tribali, e nelle quali abita o esercita attività economiche indispensabili alla sua sussistenza» (cors. nostro).

confini delle terre demarcate¹⁴⁰ come tradizionalmente occupate il giorno della promulgazione della Costituzione. Tale approccio statico, corollario della teoria proposta dal giudice Direito, cristallizza, ignorando tale profilo funzionale, una determinata situazione storica, senza porsi il problema di verificare in che misura la consistenza del territorio *indígena* possa corrispondere in futuro alle esigenze dei popoli *indígenas*.

Queste sono le ragioni per cui deve essere parzialmente criticata un'applicazione rigida della teoria del fatto *indígena*. Essa è strumento indicato dalla giurisprudenza per individuare le terre tradizionalmente occupate, in una interpretazione comunque riduttiva del vincolo funzionale che lega le stesse alla garanzia del benessere e alla riproduzione culturale di una minoranza etnico-culturale, coerentemente al dispositivo costituzionale. Tale operazione, se criticabile da un punto di vista concettuale, cerca di contemperare, comprensibilmente, il principio di tutela dei popoli *indígenas* rispetto ad esigenze di certezza giuridica¹⁴¹. Il delimitare in che misura un territorio storicamente occupato da *índios* sia tutt'oggi assoggettabile al regime giuridico *ex art. 231, CRFB*, è esigenza condivisibile¹⁴². Ma il subordinare l'applicazione dell'art. 231, CRFB, all'accertamento del fatto *indígena*, per come esso si manifestò il 5 ottobre 1988, irrigidisce eccessivamente la norma che deve poter essere flessibilmente applicata in tutti quei casi in cui può ancora essere accertata, sia nei fatti, sia nella memoria collettiva del gruppo, l'esistenza di un vincolo territoriale specifico con terre sottratte al controllo della comunità. Tale interpretazione si rende necessaria per due ragioni. In primo luogo le modalità applicative debbono essere raccordate alle finalità costituzionali: adottare in senso rigido¹⁴³ il criterio temporale potrebbe sottrarre indebitamente alla tutela *ex art.*

¹⁴⁰ STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009: «é vietata l'ampliamento di terra *indígena* già demarcata».

¹⁴¹ Cfr. il voto del giudice Direito in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 223.

¹⁴² Se si considerassero *indígenas* tutte le terre che vennero occupate da *índios*, sarebbe pacifico l'applicazione dell'art. 231, CRFB, a tutto il territorio nazionale. I paradossi conseguenti ad una applicazione rigida di principi nella materia in questione, vengono esaltati da quella che viene chiamata sindrome di Copacabana; la stessa famosa spiaggia di Rio de Janeiro dovrebbe essere qualificata terra *indígena* se non si stabilisse una data a partire dalla quale la *qualitas soli* possa considerarsi estinta.

¹⁴³ Tale sembrerebbe essere nell'opinione del giudice Direito, secondo il quale «le terre indigene sono terre occupate dagli *índios*. Non terre che occuparono in tempi remoti e che non occupano più [...]. Sono terre occupate dagli *índios* nel momento stesso in cui la Costituzione del 1988 venne

231, CRFB, alcuni gruppi, profilando quindi un vizio di irragionevolezza. In secondo luogo si svuoterebbe completamente il significato del regime di nullità assoluta cui, come si dirà, a partire dalla Costituzione del 1969 sono stati sottoposti gli atti di disposizione aventi ad oggetto le terre *indígenas*.

L'esigenza di rendere flessibile il requisito che subordina ad una persistenza del fatto *indígena* - accertata assumendo come riferimento temporale la promulgazione della Costituzione - il riconoscimento dei diritti *ex art. 231, CRFB*, è coerente con la precedente giurisprudenza del STF. Se da un lato si è negato che l'esistenza in epoca remota di un popolazione *indígena* potesse sostenere l'accertamento di una *qualitas soli ex art. 231, CRFB*¹⁴⁴, dall'altro lato si è riconosciuto il diritto dei popoli *indígenas* a riprendere possesso di terre illegittimamente sottratte in virtù di deportazioni o dislocamenti, operati peraltro per mano degli organi federali¹⁴⁵. Per queste ragioni è corretta la tesi che in definitiva considera la *qualitas soli indígena* estinta solo nel momento in cui non esista più una comunità che possa rivendicarla come propria¹⁴⁶, sulla base di una memoria collettiva condivisa.

L'introduzione della teoria del *fato indígena*, coerentemente alla oramai asserita superfluità di una immemorialità dell'occupazione, porta a considerare superata la distinzione che lo EI operò tra terre tradizionalmente occupate e terre riservate¹⁴⁷. Queste ultime, essendo destinate dall'Unione - in virtù di un atto

promulgata» (Voto del giudice Direito, in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel. Carlos Britto*, 19 marzo 2009, p. 220).

¹⁴⁴ Cfr. STF, *Pleno*, RE 219.983-3/SP, *Rel. Marco Aurélio*, 9 novembre 1998. Nella fattispecie l'Unione si opponeva all'usucapione di circa 250 metri quadrati in area urbana, ritenendoli pubblici in virtù di una antica occupazione *indígena*.

Analogamente nella giurisprudenza del STJ si è ritenuto prevalente un possesso privato con fondamento in titoli di proprietà risalenti alla fine del XIX secolo rispetto al possesso indigeno, che, nell'opinione del Tribunale, qualifica come inappropriabili le terre *indígenas* solo a partire dalla Costituzione del 1934. Cfr. STJ, RESP 646.933 - PE, *Rel. Massami Uyeda*, 6 novembre 2007.

¹⁴⁵ Si veda, con riferimento alla esemplare vicenda del popolo *Krenak*, la pronuncia proferita dal STF, *Pleno*, ACO 323-7/MG, *Rel. Francisco Rezek*, 14 ottobre 1993.

¹⁴⁶ A questa tesi sembra aderire C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 136.

¹⁴⁷ Il concetto, già problematico nella tradizione *indigenista* brasiliana, non viene chiarito in definitiva dall'EI, il quale chiama riservate sia terre destinate al possesso *indígena*, con costituzione di un vincolo, sia terre immemorialmente occupate, il cui profilo gestionale venga trasformato in *parque indígena* o *colônia indígena*. Seppur nel sistema costituzionale attuale pare che la distinzione tra "terra *indígena*" e "terra riservata" venga meno, si pensa corretta la tesi che considera le prime oggetto di un riconoscimento dichiarativo - sulla base di una occupazione immemore - e la seconda frutto di un atto di destinazione costitutivo da parte della pubblica autorità.

discrezionale che non può che essere di natura costitutiva¹⁴⁸ - all'occupazione e al possesso degli *índios*¹⁴⁹, non si sarebbero dovute confondere con quelle oggetto di occupazione immemore¹⁵⁰.

Non essendo più possibile considerare, recependo la posizione assunta dal STF, l'immemorialità come elemento costitutivo dell'occupazione *indígena*, si deve affermare come nell'attuale ordine costituzionale tutti i diritti esercitati in virtù di una occupazione tradizionale, nel senso sopra specificato, ricadono nell'ambito di tutela offerto dall'art. 231, CRFB, essendo il concetto costituzionale di terra *indígena* applicabile a tutte le differenti tipologie previste dallo EI. In altre parole il concetto costituzionale di terra *indígena* assorbe ogni possibile espressione di una *qualitas soli* connessa all'esercizio di diritti collettivi originari *indígenas*, siano essi stati esercitati in virtù di una occupazione immemorabile, oppure storicamente concessi per mezzo di atto amministrativo pubblico che ha sancito la destinazione di uno spazio fondiario, seppur non immemorialmente occupato, al loro esercizio¹⁵¹.

Il concetto di "terra riservata" è, in definitiva, contraddittorio, come contraddittorie furono le finalità che si vollero perseguire nella politica indigenista brasiliana con tale strumento: «dare protezione [agli *índios*], integrarli come cittadini, *aldear* [raggruppare e concentrare in un centro abitato] per reprimere» (C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 130).

¹⁴⁸ A conclusioni analoghe giunge C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 130. Si veda inoltre la vicenda decisa in STF, *Pleno*, ACO 278-8/MT, *Rel.* Soares Muñoz, 10 agosto 1983, nella quale si riconobbe come l'atto amministrativo che istituì il *Parque indígena* di Xingù, ricomprendendovi terre non tradizionalmente occupate, costituisse una *desapropriação indireta*, con obbligo di indennizzare i proprietari.

¹⁴⁹ Art. 26, *Lei Federal* 19 dicembre 1973, n. 6001, *Estatuto do Índio* (EI).

L'Unione potrà costituire, in qualsiasi parte del territorio nazionale, aree destinate al possesso e all'occupazione degli *índios*, dalle quali possano trarre i mezzi della propria sussistenza, con il diritto all'usufrutto e all'utilizzo delle ricchezze naturali ivi esistenti, nel rispetto delle restrizioni legali.

¹⁵⁰ Art. 26, EI.

Parágrafo unico. Le aree riservate in conformità al presente articolo non si confondono con quelle in possesso immemorabile delle tribù *indígenas*.

Questo è peraltro l'unico riferimento che nella legislazione attuale qualifica il possesso *indígena* come immemorabile, non comparando tale termine né nel dispositivo costituzionale, né nelle definizioni generali contemplate dallo EI. In dottrina la distinzione viene sottolineata da Tourinho Neto, per il quale, pur a fronte del concetto unitario della Costituzione del 1988, «non si debbono confondere aree riservate e terre nel dominio delle comunità indigene con le terre occupate dagli *índios*. Queste ultime sono frutto di un possesso immemorabile. Quelle riservate sono terre individuate dall'Unione, indipendentemente dall'essere state o meno occupate da *índios*» (F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 39-40).

¹⁵¹ Come afferma il giudice Mendes, «queste norme [riferite all'organizzazione delle terre riservate in *reserva indígena*, *parque indígena*, *colônia agrícola indígena* e *território federal indígena*] non sono state recepite dalla Costituzione del 1988, che ha previsto appena la forma organizzativa di terra *indígena*» (STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 663).

L'adozione della teoria del *fato indígena* rende, allo stesso modo, problematica la qualificazione giuridica delle terre possedute a titolo di dominio acquisito *ex* diritto comune da *índios* o comunità *indígenas*, come definite dallo EI¹⁵². Si profila l'ipotesi per cui l'occupazione tradizionale, come *modus vivendi*, trasformi la *qualitas soli* delle terre prima possedute a titolo privato. La questione si presenta dubbiosa, seppur a ragion di logica, sarebbe incorretto distinguere tra beni che svolgono la medesima funzione, applicando, come si dirà, ai primi un regime di natura pubblicistica, ai secondi un regime di natura privatistica. Se la distinzione poteva trovare giustificazione alla luce dell'*indigenato* - o meglio alla luce di una interpretazione dell'istituto pre-compreso in termini di immemorialità dell'occupazione - essa cade alla luce della teoria del *fato indígena*, che rende rilevanti un insieme di elementi dal cui accertamento dipende la *qualitas soli* delle terre. Appare evidente come il costituente non abbia ritenuto sufficiente la titolazione di un diritto di proprietà privata per garantire, prima che un possesso immemoriale, la tutela di una minoranza etnico-culturale *indígena*, o come si dirà, l'autonomia di una comunità locale culturalmente, etnicamente, antropologicamente differenziata. Per questa ragione si ritiene corretta la tesi per la quale, anche a fronte di terre in dominio di *índios* o di comunità *indígenas*, la *qualitas soli* conseguente all'accertamento del *fato indígena* debba trasformare il titolo posto a fondamento del possesso, da titolo privato *ex* codice civile a titolo di natura pubblica *ex* art. 231, CRFB¹⁵³. Tale trasformazione si attua *ope legis*, non esistendo, come correttamente evidenziato in dottrina, «diritto acquisito che possa essere opposto alla Costituzione»¹⁵⁴.

¹⁵² Art. 32, EI.

Sono di proprietà piena di un índio o di una comunità indígena, le terre ottenute avendone acquisito il dominio, nei termini della legislazione civile.

¹⁵³ La questione viene sollevata, ma sostanzialmente non risolta da C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, pp. 131-132.

¹⁵⁴ D. DE A. DALLARI, *Direitos sobre terras indígenas*, in D. DE A. DALLARI, M. C. DA CUNHA, L. VIDAL (org.), *A Questão da terra indígena*, São Paulo, 1981, p. 46.

3.3. Il regime giuridico delle terre tradizionalmente occupate

L'art. 20, XI, CRFB, definisce le terre tradizionalmente occupate *ex art.* 231, CRFB, come beni dell'Unione - quindi pubblici¹⁵⁵ - e sottoposti a vincoli di inalienabilità e indisponibilità¹⁵⁶. La pubblicità delle terre è conseguente all'occupazione *indígena*, essendo questa la causa della *qualitas soli* da cui dipende la loro natura giuridica.

In quanto beni pubblici, le terre tradizionalmente occupate non sono usucapibili¹⁵⁷, e sono «destinate, per vincolo costituzionale, a fini specifici, consistenti unicamente alla protezione giuridica, sociale, antropologica, economica e culturale degli *índios*, dei gruppo *indígenas* e delle comunità tribali»¹⁵⁸. Per queste ragioni è corretto parlare di «proprietà vincolata» o «riservata»¹⁵⁹ all'esercizio dei diritti riconosciuti costituzionalmente. Trattasi di un vincolo che può definirsi nell'ordine costituzionale perpetuo, almeno fino a quando esista un popolo *indígena*. Anche quando si profili l'ipotesi di una rimozione del gruppo - vietata in via generale ma residualmente permessa dalla Costituzione salvo con voto del Congresso ed in caso di epidemia o di pericolo per la sovranità nazionale - si garantisce comunque il diritto del gruppo a riprendere possesso della propria terra¹⁶⁰, non venendo meno la *qualitas soli* o il vincolo di destinazione che ne qualifica la natura giuridica. Solo qualora esse siano dichiarate per mezzo di atto del potere esecutivo "spontaneamente" e definitivamente abbandonate dal gruppo tribale o dalla comunità *indígena*, come prescrive l'art. 22 dell'EI, esse rientrano nella piena disponibilità dell'Unione. Tale vincolo di destinazione era in contrasto con l'art. 66, co. I, del

¹⁵⁵ Art. 98, *Lei federal* 9 dicembre 1973, 6001.

Sono pubblici i beni di dominio nazionale appartenenti alle persone giuridiche di diritto pubblico interno, tutti gli altri sono privati, qualunque sia la persona a cui appartengono.

¹⁵⁶ Art. 231, § 4, CRFB.

La natura pubblica delle terre *indígenas* venne affermata per la prima volta nella Costituzione del 1967.

¹⁵⁷ Art. 102, CRFB.

I beni pubblici non sono soggetti a usucapione.

¹⁵⁸ STF, *Primeira Turma*, RE 183.188-0/MS[1], *Rel.* Celso de Mello, 10 novembre 1996. Si veda inoltre il voto del giudice Direito in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 231; in termini analoghi si esprime H. L. MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1998, p. 441.

¹⁵⁹ Cfr. STF, *Primeira Turma*, RE 183.188-0/MA[1], *Rel.* Celso de Mello, 10 novembre 1996; STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 569.

¹⁶⁰ Art. 231, § 5, CRFB.

codice civile del 1916, il quale definiva le terre «beni di uso comune del popolo». Le critiche mosse in dottrina alla norma¹⁶¹, vista l'incompatibilità tra un diritto di uso posto in capo alla generalità dei cittadini e le finalità sottese al riconoscimento di diritti territoriali ad uno specifico gruppo, ha fatto sì che tale classificazione non fosse mantenuta nel nuovo codice civile, che, rispetto alla questione *indígena*, rinvia genericamente, con riferimento allo *status* giuridico degli *índios*, alla legislazione speciale.

Il regime di inalienabilità è complementare ad un regime di nullità cui è sottoposto qualsiasi atto giuridico che abbia ad oggetto l'occupazione, il dominio e il possesso delle terre riconosciute come tradizionalmente occupate o lo sfruttamento delle risorse idriche e del suolo ivi comprese¹⁶². Solo in presenza di un interesse rilevante dell'Unione, e nelle modalità definite con legge complementare, peraltro non ancora emanata, tale regime di nullità assoluto può essere superato e relativizzato. Tale disposizione si articola in una duplice conformazione dei diritti che sussistono sulle terre indigene.

Da un lato si profila un divieto posto in capo all'Unione di «restringere il pieno esercizio del possesso diretto da parte delle comunità indigene»¹⁶³, dall'altro lato si definisce una conformazione dei poteri dispositivi che costituiscono i possibili contenuti dei diritti originari collettivi riconosciuti alla comunità *indígena*.

Entrambi questi profili possono essere compresi alla luce della finalità sottesa al riconoscimento costituzionale, consistente nel riservare all'attuale e futuro possesso della comunità le terre necessarie al suo benessere e alla perpetuazione della sua tradizione culturale. Proprio alla luce di una tutela delle future generazioni

¹⁶¹ Cfr. F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 36. Lo stesso autore definisce tali beni come patrimoniali, indisponibili, essendo vincolati a destinazione specifica (cfr. H. L. MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1998, pp. 415 e 441). Non sembra invece corretto considerarli beni dominicali, nel senso che il diritto di proprietà titolato all'Unione non sembra possa configurare in capo all'ente pubblico un dominio (*contra* si veda la tesi esposta dal giudice Grau in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 354).

¹⁶² Art. 231, § 6, CRFB.

Sono nulli e estinti, non producendo effetti giuridici, gli atti che abbiano per oggetto l'occupazione, il dominio, il possesso delle terre a cui si riferisce questo articolo, o il godimento delle ricchezze naturali del suolo, dei fiumi e dei laghi che vi sono ricomprese, fatte salve le ipotesi in cui sussiste un rilevante interesse pubblico dell'Unione, nei modi definiti con legge complementare; alla nullità e all'estinzione non segue nessun diritto a un indennizzo, o a rinvase contro l'Unione, tranne per quanto riguarda le migliorie apportate dalle occupazioni in buona fede.

¹⁶³ Art. 18, EI.

indígenas si può comprendere una conformazione dei diritti collettivi originari che vi incida in maniera così profonda da eliminare in verità quasi ogni facoltà dispositiva. In dottrina si è argomentato che tra le cause poste a fondamento del regime di inalienabilità disposta con norma costituzionale, da cui dipende la nullità di atti contrari al vincolo di destinazione, vi sarebbe anche l'aver assunto una visione non-economica che il bene "terra", e le risorse naturali ivi comprese, assumono nella visione cosmologica *indígena*¹⁶⁴. Se tale fosse la finalità, sarebbe stato irragionevole imporre con norma costituzionale un valore che dovrebbe scaturire, ed essere statuito, per mezzo di autonomi procedimenti regolatori interni al gruppo. Nell'ottica del diritto costituzionale positivo, quindi, la *ratio* che a nostro avviso sottende la conformazione dei diritti territoriali *indígenas* deve essere rintracciata nell'esigenza pubblica di tutelare le aspettative delle generazioni *indígenas* future alla preservazione del patrimonio attuale, conformando i poteri in libera disposizione delle generazioni presenti¹⁶⁵. A tale aspettativa si sovrappone l'interesse pubblico di ogni brasiliano alla tutela del patrimonio culturale nazionale, di cui la tradizione *indígena* è parte integrante *ex artt.* 215 e 216, CRFB.

La natura dichiarativa della *qualitas soli*, da cui dipende la nullità degli atti di disposizione sulle terre *indígenas*, è coerente rispetto alla non-indennizzabilità dei titoli su di esse vantati, fatte salve la compensazione per le migliorie apportate nel corso di una occupazione in buona fede¹⁶⁶. Come si è già affermato nel considerare la trasformazione delle terre in dominio privato di *índios* in terre *indígenas*, salvo fossero tradizionalmente occupate il 5 ottobre 1988, tale soluzione è corretta in

¹⁶⁴ Cfr. R. LARANJEIRA, *A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito a indenização por benfeitorias*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 103.

¹⁶⁵ L'inalienabilità è letta come garanzia futura del vincolo di destinazione da J. A. DA SILVA J, *Auto-Aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal*, in *Revista trimestral de Jurisprudência dos Estados*, 1983, 25, p. 7. Analogamente F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 36.

¹⁶⁶ Per una puntuale analisi agrarista circa le ipotesi in cui trova applicazione l'indennizzabilità delle migliorie apportate su di un fondo dichiarato terra *indígena*, con la distinzione tra *acessões* e *benfeitorias*, si veda R. LARANJEIRA, *A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito a indenização por benfeitorias*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 81-143.

applicazione della massima per cui non esiste «diritto acquisito che possa essere opposto alla Costituzione»¹⁶⁷.

La stessa natura dichiarativa trova conferma in vari dispositivi legali, che quindi arricchiscono e avvalorano la natura del riconoscimento costituzionale. Lo EI dichiara infatti come il «riconoscimento degli *índios* e dei gruppi tribali al possesso permanente delle terre da loro occupate [...] non dipenderà dalla loro demarcazione»¹⁶⁸.

Analoga natura dichiarativa si desume dal dispositivo del DP 1775, 8 gennaio 1996, che regola la demarcazione delle terre *indígenas*. Questo procedimento - posto in essere su impulso della FUNAI - e orientato al principio di partecipazione¹⁶⁹, si compone di differenti fasi. La prima, di natura conoscitiva è finalizzata all'identificazione, delimitazione e caratterizzazione delle terre *indígenas*, operazioni svolte da una *equipe* inter-disciplinare sotto la guida di un antropologo¹⁷⁰. Gli esiti dell'attività conoscitiva confluiscono in un *relatório*, sottoposto all'approvazione della FUNAI.

Qualora approvato, una sua sintesi deve essere pubblicata nel *Diário Oficial da União* e nel *Diário Oficial* del singolo Stato nel quale l'immobile è localizzato, oltre che essere affisso nella sede del Municipio o dei Municipi nei quali le terre sono ricomprese¹⁷¹. Questa seconda fase di pubblicità del procedimento si conclude allo scadere del novantesimo giorno successivo alla pubblicazione, termine entro il quale qualsiasi interessato può sollevare eventuali profili di illegittimità procedurale o sostanziale del procedimento¹⁷² presentando perizie, prove documentali e memorie¹⁷³. Tali documenti debbono essere trasmessi, assieme ai restanti atti, al *Ministro de Estado da Justiça*, affinché si dichiarino - risolte le possibili contestazioni in via di ricorso amministrativo - i confini della terra *indígena* da

¹⁶⁷ D. DE A. DALLARI, *Direitos sobre terras indígenas*, in D. DE A. DALLARI, M. C. DA CUNHA, L. VIDAL (org.), *A Questão da terra indígena*, São Paulo, 1981, p. 46.

¹⁶⁸ Art. 25, EI.

¹⁶⁹ Art. 2, § 3, DP 8 gennaio 1996, n. 1775.

¹⁷⁰ Art. 2, *caput*, DP 8 gennaio 1996, n. 1775.

¹⁷¹ Art. 2, § 7, DP 8 gennaio 1996, n. 1775.

¹⁷² Art. 2, § 8, DP 8 gennaio 1996, n. 1775.

¹⁷³ L'introduzione di una fase per mezzo della quale i possibili interessati potessero partecipare in contraddittorio al procedimento costituisce un elemento di innovazione rispetto ai precedenti dispositivi normativi che regolavano la demarcazione amministrativa delle terre indigene, e sui quali erano stati sollevati forti dubbi di costituzionalità in virtù di una violazione del diritto alla difesa.

demarcare¹⁷⁴. Questi devono essere omologati con decreto del Presidente della Repubblica¹⁷⁵ al fine di procedere alla loro registrazione presso il *cartório imobiliário* della ripartizione amministrativa competente e presso la *Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda*¹⁷⁶. Fatti salvi i diritti all'indennizzo per le migliorie apportate dai possessori in buona fede, e ad un risarcimento qualora il titolo al possesso fosse stato rilasciato da organo pubblico¹⁷⁷, agli occupanti non rimane che beneficiare prioritariamente dei programmi di *reassentamento* - ossia di colonizzazione - di competenza dell'INCRA¹⁷⁸.

La natura dichiarativa dell'attività amministrativa finalizzata alla demarcazione, oltre ad essere unanime in dottrina¹⁷⁹, è stata riconosciuta dalla giurisprudenza¹⁸⁰. Specificamente in una pronuncia del STF si è dichiarato ammissibili l'accertamento in via giurisdizionale della *qualitas soli* di terre, essendo questa indipendente dal procedimento amministrativo¹⁸¹. Qualora investito della questione, qualsiasi giudice ha il potere di accertare, quindi, la *qualitas soli* da cui dedurre l'applicazione del regime giuridico a cui le terre *indígenas* sono sottoposte.

Analogamente si è negato che l'estinzione dei diritti particolari in terre dichiarate *indígenas* potesse configurare un'ipotesi di *desapropriação indireta*, ossia

¹⁷⁴ Art. 10, I, DP 8 gennaio 1996, n. 1775.

¹⁷⁵ Art. 5, DP 8 gennaio 1996, n. 1775.

¹⁷⁶ Art. 6, DP 8 gennaio 1996, n. 1775.

¹⁷⁷ Cfr. STJ, AGRG no AG 985776- RS, *Rel.* José Delgado, 3 luglio 2008.

¹⁷⁸ Art. 4, DP 8 gennaio 1996, n. 1775.

¹⁷⁹ F. C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 39; C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006; P. DE B. ANTUNES, *A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91*, in *Revista da Procuradoria-Geral da República*, 1996, 8, p. 113.

¹⁸⁰ Cfr. STJ, RESP 802.412 - PB, *Rel.* Denise Arruda, 7 novembre 2006. Nella stessa sentenza si afferma sussistere un «diritto alla demarcazione, seppure non possa essere esercitato sulla base di un diritto di proprietà come definito nel diritto civile».

¹⁸¹ Cfr. STF, *Tribunal pleno*, ACO-QO 312-1/BA, *Rel.* Nelson Jobim, 27 febbraio 2002. In sintesi l'autore della causa, la FUNAI, chiedeva la dichiarazione giurisdizionale della nullità dei titoli di proprietà incidenti un'area in cui era stata rilevata, nella seconda decade del XIX secolo, la presenza della comunità Pataxó Hã Hã Hãe. Lo Stato di Bahia, che allora si reputava proprietario delle terre, trasferì tale area al *Serviço Pro Índio* (organo *indigenista* federale precedente alla FUNAI, creata nel 1967) affinché fossero destinate al possesso del gruppo *indígena*. Lo stesso organo pubblico però - seguendo una prassi non infrequente nella storia dell'*indigenismo* brasiliano - affittò a migliaia di piccoli agricoltori parte dell'area, generando posizioni che si consolidarono nel tempo in titoli di dominio, gli stessi che la FUNAI chiese di annullare invocando una *qualitas soli indígena*. I processi di acculturazione forzata cui la comunità fu sottoposta ne ridussero l'autonomia e la consistenza tanto che negli anni Sessanta, si affermò, peraltro sediziosamente, come nel territorio un tempo Pataxó Hã Hã Hãe non rimanessero che un «vecchio *cachique* [figura rivestita di funzioni istituzionali] e una trentina di *caboclos* acculturati». La vicenda si concluse con il riconoscimento della natura dell'area come terra *indígena*, con la sua conseguente disoccupazione.

una occupazione illegittima, da parte di un ente pubblico, di suolo privato da cui discende il diritto all'indennizzo. La *portaria* dichiarativa della *qualitas soli* non costituisce atto amministrativo finalizzato a estinguere o restringere un diritto di proprietà particolare, in quanto tale diritto di per sé non esiste e non può esistere su terre dichiarate indigene¹⁸².

3.4. La natura ed il contenuto dei diritti «indígenas»

I diritti territoriali riconosciuti dall'articolo 231, CRFB, inalienabili e imprescrittibili¹⁸³, si concretizzano nel possesso collettivo permanente delle terre tradizionalmente occupate e nell'usufrutto esclusivo sulle ricchezze del suolo, dei fiumi e dei laghi ivi presenti¹⁸⁴. Se può essere corretto, vista la specialità del regime giuridico, ritenere che esso non comporti la titolarità del dominio¹⁸⁵, è comunque necessario sottolineare come assorba tutti i possibili contenuti del diritto di proprietà. Trattasi di un diritto collettivo, che spetta nello stesso momento al gruppo come ad ogni suo componente, sulla base delle regole tradizionali e consuetudinarie.

Il modello che si è individuato per definire la struttura delle istituzioni appropriative collettive, con la netta separazione tra posizione individuale e collettiva, può risultare di difficile applicazione rispetto alla proprietà *indígena*. Questo perché l'ampio riferimento all'autonomia ordinamentale delle istituzioni comunitarie rende difficile individuare a priori il configurarsi della relazione tra individuo e patrimonio collettivo, come residuale si presenta l'ipotesi che la relazione tra posizione individuale e collettiva emerga in conflitti sottoposti all'autorità giurisdizionale, quindi "visibili" agli occhi del giurista. Sul punto sarà sufficiente richiamare il dispositivo costituzionale, il quale riferendosi ad *índios*, a nostro parere indica un insieme di soggetti presi in considerazione come collettività e

¹⁸² Cfr. STJ, RE 1.097.980/SC, *Rel.a* Denise Arruda, 3 marzo 2009: «il procedimento di demarcazione delle terre indigene non può essere comparato ad una presa di possesso amministrativo - anche chiamato *desapropriação indireta* - caratterizzato come un vero spossessamento senza la necessaria garanzia di un contraddittorio e del *devido processo legal*».

¹⁸³ Art. 231, § 4, CRFB.

¹⁸⁴ In termini simili si pronuncia l'art. 24 EI.

¹⁸⁵ Come afferma il giudice Grau, «queste terre sono beni dell'Unione. Gli *índios* detengono il possesso, non il dominio [...]. Questo deve essere ripetuto: l'Unione detiene il dominio di queste terre» (STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 354).

come individualità. Questo a nostro avviso è sufficiente per individuare quei requisiti minimi che rendono legittimo l'utilizzo sia del concetto di diritto collettivo originario, sia il diritto originario di uso individuale, proposti nel presente lavoro.

In dottrina si è tentato di analizzare i diritti individuali *indígenas* per mezzo della fattispecie codificata del compossesso¹⁸⁶. Tale figura non rende conto però della natura del diritto collettivo *indígena* per due ragioni. In primo luogo il possesso collettivo non si acquista *ex* diritto civile e non è trasferibile. Il titolo individuale deriva da uno *status*, che consiste nell'essere riconosciuto come appartenente a un gruppo e da cui discendono invece un diritto a nostro parere di natura pubblicistica. In secondo luogo non verrebbe evidenziata adeguatamente la posizione collettiva che invece sussiste nelle istituzioni appropriative collettive. Analogamente non si renderebbe conto dei poteri regolatori collettivi al cui esercizio il singolo partecipa determinando l'evolversi delle modalità tradizionali nelle quali il gesto appropriativo si consuma.

Il diritto di usufrutto perpetuo di cui gli *índios* sono titolari si articola nei diritti esclusivi sulla fauna e sui frutti naturali del suolo¹⁸⁷. È stato dibattuto invece se l'usufrutto assorbisse i diritti di utilizzazione delle risorse forestali. La questione venne inizialmente risolta negativamente, ritenendo che tali diritti dovessero appartenere al proprietario del suolo, ossia all'Unione¹⁸⁸. Anche quando si dubitò dell'applicabilità del detto principio alle terre *indígena*, il possibile sfruttamento venne ostacolato da un regime conservativo particolarmente rigido cui il Codice forestale sottopose la «vegetazione naturale destinata al mantenimento dell'ambiente necessario alla vita delle popolazioni *silvícolas*»¹⁸⁹.

Solo nel 2001 si è introdotto un principio generale che ammette la possibilità da parte delle comunità *indígenas* di attuare una gestione sostenibile delle risorse

¹⁸⁶ Art. 1.199, *Lei federal* 10 gennaio 2002, n. 10406.

Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

In dottrina si veda A. WALD, *Direito das coisas*, São Paulo, 2009, p. 71. A tale fattispecie fa riferimento la giudice Carmen Lucia per interpretare il possesso indigeno nel voto proferito in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 345.

¹⁸⁷ Art. 24, § 2, EI.

¹⁸⁸ Cfr. P. C. DE O. PANKARARU, *Do manejo florestal em terra indígena*, in A. LIMA (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002, pp. 135-136.

¹⁸⁹ Art. 3, g, *Lei federal* 15 settembre 1965, n. 4771 *Código das Florestas*. L'applicazione di tale regime giuridico discendeva *ope legis* in virtù dell'art. 3, § 2 del medesimo dispositivo.

forestali presenti nelle terre occupate¹⁹⁰. Se la deroga al principio civilista viene compreso dalla dottrina in virtù della specifica destinazione di uso che caratterizza le terre *indígenas*, per cui il divieto di sfruttamento contraddirebbe il profilo funzionale che lega le risorse territoriali al benessere delle comunità¹⁹¹, il fatto riconferma come il diritto di usufrutto ricomprenda ogni possibile contenuto della situazione proprietaria, per come conformata rispetto a interessi di pari valore costituzionale.

Vengono regolate da norme specifiche le attività economiche rivolte allo sfruttamento delle risorse minerarie¹⁹² e idriche, comprese quelle potenzialmente utili a fini energetici. Esse possono essere sfruttate solo in seguito all'autorizzazione espressa del *Congresso Nacional* e in seguito a previa consultazione della comunità, peraltro non vincolante¹⁹³. Qualora l'autorizzazione venga concessa, parte dei proventi dall'esercizio dell'attività economica spetterà alla comunità, nei modi stabiliti con legge peraltro non ancora emanata.

Se è pacifico il regime di indisponibilità del possesso sulle terre occupate tradizionalmente¹⁹⁴, in dottrina si dibatte se l'esclusività del diritto di usufrutto sulle risorse naturali implichi il divieto di «qualsiasi uso da parte dei popoli *indígenas* che non sia diretto»¹⁹⁵. Questa tesi sembra essere suggerita dal contenuto della

¹⁹⁰ Art.3-A, *Lei federal* 15 settembre 1965, n. 4771, *Código das Florestas*, come modificato dalla *Medida Provisória*, 24 agosto 2001, n. 2166-67.

¹⁹¹ Cfr. P. C. DE O. PANKARARU, *Do manejo florestal em terra indígenas*, in A. LIMA (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002, p. 140.

¹⁹² Tale norma è coerente alla disposizione costituzionale che dichiara beni pubblici «le risorse minerarie, comprese quelle del sottosuolo (Art. 20, X, CRFB).

¹⁹³ All'obbligo che pare meramente procedurale, la dottrina contrappone una valenza prescrittiva sostanziale, per la quale il *Congresso Nacional* dovrà «sempre prendere in considerazione la posizione della comunità» (G. SANTILLI, *Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas*, in ID. (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 149). La stessa autrice sostiene la necessità che la discrezionalità politica di cui è investito il *Congresso Nacional* possa essere correttamente esercitata solo in seguito a una perizia antropologica, l'unica fonte capace di identificare, materialmente, quali effetti il contatto tra mondi socio-economici potenzialmente differenti possa produrre.

¹⁹⁴ Nell'opinione di Tourinho Neto, «non essendo gli *índios* proprietari delle terre che occupano, non possono trasferirle, alienarle. Non possono trasferire neanche il dominio, che non hanno, come neanche il possesso. Neanche il possesso in quanto la Costituzione destinò tali terre all'utilizzazione da parte degli *índios*. Solo gli *índios* possono utilizzarle» (F. DA C. TOURINHO NETO, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, p. 36).

¹⁹⁵ Pare favorevole ad una autonomia della comunità nella gestione patrimoniale delle proprie risorse Marés, fermo restando che qualsiasi «rendita sia collettiva, della comunità *indígena* che collettivamente ne può disporre» (C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 122). A favore della validità di atti aventi ad oggetto lo sfruttamento di terra *indígena*, come espressione del loro possesso, si esprime R. LARANJEIRA, *A ocupação das*

disposizione dello EI per la quale «le terre indigene non potranno essere oggetto di contratti di affitto] o di qualunque altro negozio giuridico che restringa il pieno esercizio diretto della comunità»¹⁹⁶.

La risoluzione della vicenda dipende dal considerare applicabile non solo allo Stato, ma alla comunità stessa il regime di nullità assoluta che vizia gli atti aventi ad oggetto il possesso delle terre e l'usufrutto delle risorse ivi presenti¹⁹⁷. Visto che la conformazione del diritto collettivo originario *indígena*, sotto questo aspetto, è funzionale al mantenimento di un vincolo di destinazione delle stesse al benessere della comunità, è alla luce di questo criterio che si deve procedere ad una analisi in concreto della liceità dei possibili contenuti negoziali. Operativamente può essere utile assumere, come indice rivelatore, il grado di autonomia che il gruppo mantiene nell'organizzazione e nel controllo del processo economico. In questo senso in dottrina si considera lecito un contratto di impresa, la *parceria agropecuaria*¹⁹⁸, per mezzo della quale il gruppo *indígena* partecipi all'esercizio di attività agricola rendendo disponibili terre per il pascolo di animali in proprietà di terzi, ammesso che ciò non comporti la presenza stabile su terra *indígena* di persone estranee, tollerata solo occasionalmente¹⁹⁹.

La conformazione pubblica dei diritti *indígenas* è inoltre rilevante a fronte del possibile conflitto tra la tutela *indígena* e interessi di pari valore costituzionale, come quello ambientale. Assumendo la premessa che una gestione sostenibile dell'ambiente dipenda da una molteplicità di fattori che non possono essere ridotti ad una semplice variabile culturale - non ultimo la relazione tra la disponibilità di risorse naturali e la pressione demografica sussistente sul territorio di riferimento²⁰⁰ - due sono i profili pertinenti e interrelati. Da un lato si propone di un conflitto di compatibilità in via generale tra pratiche tradizionali e restrizioni ambientali, e dall'altro lato si presenta la specifica compressione dei diritti *indígenas* a fronte di

terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito a indenização por benfeitorias, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 98-99.

¹⁹⁶ Art. 18, *caput*, EI.

¹⁹⁷ Art. 231, § 6, CRFB.

¹⁹⁸ In senso favorevole di è espresso il giudice Peluso, nel voto proferito in STF, *Tribunal Pleno*, PET 3388-4/RO, *Rel.* Carlos Britto, 19 marzo 2009, p. 388.

¹⁹⁹ R. A. O. SANTOS, *A parceria rural em terras indígenas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 199-200.

²⁰⁰ Cfr. C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 147.

una destinazione pubblica di parte della terra *indígena* a finalità conservazioniste. La questione si presenta di estrema attualità, essendo fatto comune la sovrapposizione tra terre *indígenas* e aree del *Sistema Nacional das Unidades de Conservação* (SNUC).

Se è corretto ritenere conformabile anche il possesso *indígena* - non dovendosi considerare istituto estraneo all'ordinamento costituzionale e alla funzione sociale che è ivi sancito non solo con riferimento alla proprietà, ma in definitiva per ogni possibile posizione di natura dominicale - differenti saranno i risultati cui tale conformazione condurrà in virtù della specialità *indígena*. Il contenuto minimo del possesso indigeno avrà lineamenti e contenuti particolari, che individuano una incomprimibilità di un uso che si distingue per essere tradizionale, ossia facente parte delle pratiche culturali del gruppo, e destinato all'auto-consumo²⁰¹. Questi sono i contenuti che definiscono i limiti rigidi all'esercizio di un potere conformativo pubblico, sollevando anche dalla responsabilità penale chi integri la fattispecie di un crimine ambientale²⁰². Tale contenuto minimo è opponibile sia rispetto ad atto amministrativo applicativo della legislazione ambientale, sia rispetto alla pianificazione amministrativa del territorio e del suo uso programmato nella gestione di una unità di conservazione. Al di là di tale contenuto, al principio della prevalenza si sostituisce un principio di bilanciamento tra gli interessi in conflitto, sempre nell'ambito definito dai limiti che l'intangibilità di un contenuto dei diritti originari collettivi impone alla discrezionalità politica e amministrativa.

Questi sono in definitiva i tratti salienti del regime giuridico dei diritti collettivi originari dei popoli *indígenas* e delle terre sui quali ricadono. L'interpretazione che si è offerta dei dispositivi legali oggi vigenti, alla luce del

²⁰¹ Questa l'opinione di Marès, per il quale «l'usufrutto delle terre, secondo i loro costumi, tradizioni, implica la possibilità di utilizzare, senza restrizioni i beni dell'area. Pertanto gli *índios* possono dissodare, creare villaggi, estrarre legna e alimenti per l'uso della comunità, senza qualunque restrizione, in quanto le restrizioni imposte amministrativamente o per legge comporterebbero la loro incostituzionalità» (C. F. MARÉS DE SOUSA FILHO, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006, p. 145). Opinione analoga quella esposta da Baptista, per il quale è l'inserimento delle attività economiche indigene nel mercato a determinare il limite oltre il quale non trova più giustificazione la disapplicazione della legislazione ambientale. (Cfr. F. M. BAPTISTA, *A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o direito ambiental*, in A. LIMA (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002, pp. 185-186).

²⁰² Cfr. Cfr. F. M. BAPTISTA, *A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o direito ambiental*, in A. LIMA (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002, pp. 185-186.

sistema costituzionale e della giurisprudenza ritenuta rilevante, utilizza concetti che non differiscono sostanzialmente da quelli proposti per la comprensione della proprietà definitiva *quilombola*. Simile è l'interpretazione del concetto di originarietà che è direttamente desumibile dal riconoscimento dichiarativo in una prospettiva costituzionale. In entrambi i casi la riduzione degli articoli costituzionali considerati ad una mera pubblicizzazione di diritti acquisiti sulla base di un possesso storico, sia immemorabile, millenario o pre-colombiano, non rende conto della natura eminentemente pubblicistica che sottende sia il fondamento dei diritti, sia il regime dei beni, occultando invece il significato sistemico che i diritti originari collettivi presi in considerazione, assumono rispetto al progetto democratico inscritto nella CRFB.

In entrambi i casi ci sembra giusto sottolineare come le politiche pubbliche finalizzate al riconoscimento del possesso *indígena* o del diritto di proprietà *quilombola* trovino il proprio fondamento nel garantire da un lato il controllo collettivo dei processi economici che trovano spazio nel territorio socialmente appropriato, dall'altro lato un diritto di accesso in capo ai singoli, riconosciuti come parte del gruppo, a beni destinati all'esercizio di diritti fondamentali. Tale obiettivo è stato perseguito attraverso la titolazione di un diritto di proprietà, o di un diritto al possesso che, nel quadro delineato, viene ad essere conformato assumendo tratti peculiari. I diritti collettivi originari di natura dominicale assumono, in questo senso, una specifica funzione nell'approfondire, tra i molteplici istituti proprietari, una configurazione dell'istituto che articola complementariamente e in modo non contraddittorio il diritto di proprietà - quale diritto fondamentale garantito - e il diritto di accesso alla proprietà - quale diritto della persona che svolge una funzione inclusiva e promozionale.

4. I diritti di uso civico e di promiscuo godimento

4.1. Il concetto di diritto di uso civico e di promiscuo godimento

Gli istituti che integrano la fattispecie individuata per mezzo del concetto di diritto collettivo originario di natura dominicale sono, nell'ordinamento italiano, gli «usi civici» e i «diritti di promiscuo godimento»²⁰³ acquisiti collettivamente dagli abitanti o da alcuni abitanti di un Comune o di una frazione di Comune²⁰⁴. La ricostruzione dei tratti dell'istituto è stata svolta prevalentemente dalla giurisprudenza²⁰⁵, mentre alla dottrina si deve il merito di aver elaborato una cornice concettuale capace di comprendere la natura di quei diritti che il legislatore prese in considerazione al solo fine di regolarne, in via di principio, la tendenziale liquidazione. La L. 16 giugno 1927, n. 1766, non contiene una definizione del concetto di uso civico²⁰⁶, quanto un elenco descrittivo²⁰⁷ dei possibili contenuti in cui storicamente gli usi si sono manifestati, suddivisi in essenziali e utili²⁰⁸. I primi,

²⁰³ La promiscuità qualifica, in via generale, tutte le posizioni di condominialità contemplate dalla legge del 1927, individuando al contempo ed in termini specifici quelle situazioni in cui differenti gruppi godono, contemporaneamente, di diritti collettivi sui medesimi beni. Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 346.

²⁰⁴ Art. 1, L. 16 giugno 1927, n. 1766, *Conversione in legge del R.D. 22 maggio 1924, n. 751, Riguardante il riordinamento degli usi civici nel Regno, del R.D., 28 agosto 1924, n. 1484, che modifica l'art. 26 del R.D., 22 maggio 1924, n. 751, e del R.D., 16 maggio 1926, n. 895, che proroga i termini assegnati dall'art. 2 del Regio Decreto Legge 22 maggio 1924, n. 751.*

²⁰⁵ L'apporto della giurisprudenza alla tematica generale dei diritti collettivi in esame è stato tanto determinante da indurre la dottrina a rilevare l'esistenza di un «diritto giurisprudenziale» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 209).

²⁰⁶ Come osserva Germanò, «certo è che la legge nulla dice esplicitamente sulla natura giuridica dei diritti spettanti alle collettività» (A. GERMANÒ, *Carneade, chi era costui? Ovvero degli usi civici*, in *Riv. dir. agr.*, 1994, I, pp. 209-213).

²⁰⁷ Cfr. M. A. LORIZIO, *Usi civici*, in *Enc.giur.*, XXXII, Roma, 1994, p. 3. L'elenco menzionato dalla legge non è tassativo anche perché gli usi e il loro contenuto variano elasticamente rispetto alle necessità delle popolazioni. Nella giurisprudenza l'elencazione è dichiarata meramente «dimostrativa» (Corte di Appello di Roma, Sez. usi civici, 6 aprile 1934, in L. ACROSSO, G. RIZZI (a cura di), *Codice degli usi civici*, Roma, 1956, p. 27).

²⁰⁸ Alcune definizioni sono invece contenute nelle legislazioni regionali emanate in materia. Con riferimento alle Regioni a statuto ordinario, gli atti normativi vennero emanati inizialmente per disciplinare le funzioni amministrative trasferite loro dagli artt. 1, co. 3 e 4, lett. 1, D.P.R. 15 gennaio 1972, n. 11, *Trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di agricoltura e foreste, di caccia e di pesca nelle acque interne e dei relativi personali ed uffici*, e dall'art. 66 del D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616. A partire dalla Legge Costituzionale (L.C.) 3, 18 ottobre 2001, le Regioni esercitano una competenza concorrente in materia di governo del territorio, valorizzazione dei beni culturali e ambientali (art. 117, co. 3, CI), nonché di una competenza esclusiva nell'innominata materia agricoltura e foreste, nei quali gli usi civici sono stati tradizionalmente ricompresi (in dottrina si veda E. ROMAGNOLI, *Regole dell'arco alpino*, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1980, pp. 606). Il riconoscimento di un interesse

«necessari per i bisogni della vita», comprendono il diritto «di pascere e abbeverare il proprio bestiame, raccogliere legna per uso domestico o di personale lavoro, seminare mediante corrisposta al proprietario»²⁰⁹. I secondi, «esercitati a scopo di industria», sono costituiti dal diritto «di raccogliere o trarre dal fondo altri prodotti da poterne fare commercio, [...] di pascere in comunione del proprietario e per fine anche di speculazione; ed in generale [da]i diritti di servirsi del fondo in modo da

pubblico alla conservazione del patrimonio civico - sottoposto *ex lege* al vincolo paesaggistico *ex L.* 29 giugno 1939, n. 1497, in seguito al D.L. 27 giugno 1985, n. 312, convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 1985, n. 431 - rende inoltre rilevante l'art. 117, co. 2, lett. s, CI, ossia la competenza esclusiva statale in materia di «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali».

Con riferimento alle Regioni e alle Province a statuto speciale gli atti emanati esprimono una competenza primaria attribuita per mezzo degli Statuti speciali (art. 4, n. 4, L.C. 31 gennaio 1963, n. 1, *Statuto speciale della Regione Friuli-Venezia Giulia*; art. 2, lett. o, L.C. 26 febbraio 1948, n. 4, *Statuto speciale per la Valle d'Aosta*; art. 11, n. 7, L.C. 26 febbraio 1948, n. 5, *Statuto speciale per il Trentino-Alto Adige*; art. 14, lett. c, R. D. Lgs. 15 maggio 1946, n. 455, *Approvazione dello statuto della Regione siciliana*, convertito con L.C. 26 febbraio 1948, n. 2, *Conversione in legge costituzionale dello Statuto della Regione siciliana, approvato col decreto legislativo 15 maggio 1946, n. 455*; art. 3, lett. m, L.C. 26 febbraio 1948, n. 3, *Statuto speciale per la Sardegna*).

Vista la forte valenza ambientale che qualifica i diritti di uso civico e di promiscuo godimento, è indubbio che solo alla luce del principio di leale collaborazione tra autorità statali e regionali possa essere risolto il complesso quadro delle competenze (si veda Corte cost., 18 aprile 2008, n. 104, Corte cost. 14 novembre 2007, n. 378, Corte cost. 28 giugno 2006, n. 246).

Gli interventi regionali che, sulla base dell'indicizzazione operata nelle banche dati consultate, hanno introdotto una disciplina organica della materia sono: Legge Regionale (L.R.) Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25, *Norme in materia di usi civici e gestione delle terre civiche - Esercizio delle funzioni amministrative*; L.R. Basilicata 12 agosto 2000, n. 57, *Usi civici e loro gestione in attuazione della legge n. 1766/1927 e R.D. n. 332/1928*; L.R. Calabria 21 agosto 2007, n. 18, *Norme in materia di usi civici*; L.R. Campania 17 marzo 1981, n. 11, *Norme in materia di usi civici*; L.R. Lazio 3 gennaio 1986, n. 1, *Regime urbanistico dei terreni di uso civico e relative norme transitorie*; L.R. Liguria 2 luglio 2002, n. 27, *Disposizioni in materia di usi civici*; L.R. Lombardia 5 dicembre 2008, n. 31, *Testo unico delle leggi regionali in materia di agricoltura, foreste, pesca e sviluppo rurale* (abrogativo della precedente, L.R. 16 maggio 1986, n. 13, *Norme procedurali in materia di usi civici*); L.R. Molise 23 luglio 2002, n. 14, *Usi civici e gestione delle terre civiche*; L.R. Puglia 28 gennaio 1998, n. 7, *Usi civici e terre collettive in attuazione della legge 16 giugno 1927, n. 1766 e del regio decreto 26 febbraio 1928, n. 332*; Legge Provinciale (L.P.) Trento 14 giugno 2005, n. 6, *Nuova disciplina dell'amministrazione dei beni di uso civico*; L.R. Sardegna 14 marzo 1994, n. 12, *Norme in materia di usi civici - Modifica della legge regionale 7 gennaio 1977, n. 1 concernente l'organizzazione amministrativa della Regione sarda*; L.R. Umbria 17 gennaio 1984, n. 1, *Norme in materia di usi civici e sull'uso produttivo delle terre pubbliche*; L.R. Veneto 22 luglio 1994, n. 31, *Norme in materia di usi civici* e L.R. 19 agosto 1996, n. 26, *Riordino delle Regole*; L.R. Friuli Venezia Giulia 5 gennaio 1996, n. 3, *Disciplina delle associazioni e dei consorzi di comunioni familiari montane*.

Tra le definizioni rilevabili si può menzionare l'art. 1, L.P. Trento 14 giugno 2005, n. 6, che definisce gli usi civici i «diritti appartenenti ad una comunità di abitanti comunali o frazionali e quelli risultanti dai rispettivi titoli di acquisto, formali o consuetudinari, prescindendo dall'esercizio in atto dei diritti civici stessi». Parzialmente differente l'art. 2, L.R. Calabria 21 agosto 2007, n. 18 che definisce separatamente i diritti di uso civico su terre private e su terre del demanio comunale. I primi sono i «diritti spettanti a una collettività locale su terreni e loro pertinenze e accessioni, di uso e godimento secondo la destinazione dei beni, coesistenti con il diritto di proprietà privata» (art. 2, lett. a), i secondi sono i «diritti spettanti a una collettività locale, di uso e godimento secondo la destinazione dei beni, su terreni appartenente al comune, frazione o associazione» (art. 2, lett. b).

²⁰⁹ Art. 4, co. 2, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

ricavarne vantaggi economici, che eccedano quelli che sono necessari al sostentamento personale e familiare»²¹⁰.

L'unità della materia inizialmente affermata in sede legislativa²¹¹, avallata in certa dottrina²¹², viene invece criticata da quegli autori che considerano necessario differenziare qualitativamente i diritti collettivi esercitati *in re aliena* dai diritti ricadenti *in re propria*. Nel primo caso ci si troverà dinnanzi a diritti di "uso civico in senso stretto", ossia «quei diritti originariamente concessi o riconosciuti con atto formale o per *facta concludentia*, da un feudatario sulle terre infeudate e che si estrinsecano nell'esercizio di godimento di ben definito e ristretto godimento. [Essi] rappresentano sempre una limitazione al diritto di godimento delle *utilitates* del fondo, che altrimenti sarebbero spettate, tutte, al suo proprietario»²¹³. Al contrario le «terre civiche hanno invece di regola origine nel fatto apprensivo della terra, attraverso l'occupazione di un territorio inabitato, nel quale un gruppo di famiglie si insedia per coltivarlo e per goderne i frutti. In tal caso, tutte le utilità del fondo sono della collettività che si pone, rispetto alla terra occupata e lavorata, in un rapporto di tipo dominativo»²¹⁴.

²¹⁰ Art. 4, co. 3, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

²¹¹ Le ragioni che portarono il legislatore ad una trattazione uniforme furono principalmente due. Una prima di carattere sostanziale, in quanto l'esistenza di un diritto di uso imputato ad una collettività venne assunto quale criterio utile, seppur opinabile, per individuare l'ambito della riorganizzazione fondiaria specificamente promossa. Una seconda di carattere ideologico. L'intervento uniformizzante volle ricondurre, senza distinzioni, al controllo statale ogni esperienza che esprimesse o potesse esprimere una forma decentrata di autonomia locale. Cfr. A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 535.

²¹² In dottrina tale scelta è stata sostenuta da diversi autori. Come sostenuto da Palatiello e Zaccagnini, «pur nella disparità fenomenica degli usi» è rilevabile «tanto un tratto economico identico» quanto un medesimo «interesse pubblico, sotto il profilo economico e sociale» (M. ZACCAGNINI, A. PALATIELLO, *Gli usi civici*, Napoli, 1984, p. 117). Ciò è sufficiente a rendere accettabile un concetto unitario di uso civico, pur se un «concetto di comodo» (M. ZACCAGNINI, A. PALATIELLO, *Gli usi civici*, Napoli, 1984, p. 119). Si veda inoltre l'opinione di Petronio, favorevole ad una trattazione unitaria della materia sulla base di considerazioni di ordine storico-giuridico (U. PETRONIO, *Rileggendo la legge sugli usi civici*, in AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, pp. 91-92). Di opinione simile Fulciniti, per la quale «la nozione si pone, terminologicamente, come efficace sintesi espressiva di un fenomeno formalmente vario ma sostanzialmente unitario, stando ad indicare uno specifico ed identico contenuto dominicale» (L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 29).

²¹³ A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 542.

²¹⁴ A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 542. Come si è visto, l'autore distingue inoltre le terre civiche, sulla quali i diritti individuali vengono esercitati sulla base di un titolo di residenza, dalle terre collettive, ossia quelle sulle quali i diritti individuali vengono esercitati sulla base di una discendenza (cfr. A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 553).

Pare che la distinzione venga tratta da un fatto temporale. Mentre i diritti collettivi esercitati *in re propria* sarebbero frutto di una apprensione temporalmente primaria - ossia su territorio inabitato - i diritti collettivi esercitati *in re aliena* sarebbero frutto del riconoscimento da parte dell'autorità politica di un fatto consumatosi su terre oggetto di diritti preesistenti e, in virtù del riconoscimento giuridico, limitati da specifiche facoltà in favore della popolazione. Nella medesima dottrina a tale prima distinzione si accompagna una generale estraneità alla materia dei diritti collettivi, ritenuti di natura privatistica, esercitati su un patrimonio collettivo da gruppi chiusi²¹⁵.

La distinzione ora riportata discende dalle vicende storiche da cui gli usi nacquero, dovendosi verificare, però, in che misura la diversità storica sia da recepire come giuridicamente rilevante. Partendo dal presupposto che tale distinzione è stata in parte recepita dal legislatore nell'approntare una disciplina speciale - con riferimento sia alle comunioni familiari montane, sia alle associazioni agrarie nelle ex-Province dello Stato pontificio²¹⁶ - non sembra che dalle differenti vicende storiche si debba trarre un *quid* capace di smentire un comune fondamento giuridico posto alla base dei diritti collettivi originari, a sua volta in grado di riflettersi in differenti qualificazioni giuridiche, pubbliche o private, delle terre sulle quali essi ricadono²¹⁷.

²¹⁵ In definitiva, la materia originariamente rubricata sotto il nome "usi civici" contiene tre differenti espressioni dell'appropriazione originaria collettiva: i diritti di uso civico esercitati *in re aliena*, i diritti collettivi esercitati *in re propria* da un gruppo sulla base della residenza, i diritti collettivi esercitati *in re propria* da un gruppo i cui componenti sono individuati sulla base della discendenza.

²¹⁶ Come si è detto, le comunioni montane sono state sottratte all'applicazione della legge del 1927 con l'intervento del 1971, mentre il riconoscimento di una soggettività privata e di un'autonomia statutaria rispetto alla gestione dei patrimoni collettivi imputati alle associazioni agrarie sono stati riconosciuti con l'intervento legislativo del 1994.

²¹⁷ La qualificazione delle "terre collettive" - ossia delle terre chiuse in favore dei discendenti degli antichi originari - in dottrina è esemplificativa: di natura certamente privata per Germanò (A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 558), da presumere acquisite sulla base di titolo pubblico nell'opinione del Cerulli Irelli. Secondo quest'ultimo autore infatti anche i «beni imputati a soggetti collettivi, soggetti che si identificano sotto il profilo della pluri-soggettività con i discendenti egli originari del luogo, ovvero con una parte di essi individuata in base all'afferenza ad un gruppo di famiglie, ad una corporazione o arte, si presumono di natura collettiva di diritto pubblico, laddove non risultino essere stati acquisiti a titolo privato dai soggetti collettivi tessi» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 268-269). Di natura privata, seppur aperte al godimento di tutti i cittadini *ex lege*, le terre amministrate da associazioni nell'opinione di Germanò (A. GERMANÒ, *Carneade, chi era costui? Ovvero degli usi civici*, in *Riv. dir. agr.*, 1994, I, p. 210).

Giusto e divisibile è quindi l'orientamento che ravvede la sostanziale omogeneità dei diritti originari di uso individuali, siano essi esercitati su di un bene in proprietà della collettività o, invece, di terzi.

Questo è l'orientamento assunto dalla giurisprudenza consolidata, seppur non recentissima, dalla quale si può desumere come i diritti originari di uso, siano essi esercitati *in re propria* o *in re aliena*, debbano essere qualificati come usi civici²¹⁸. L'unitarietà della materia trova inoltre conferma nella definizione di un concetto di demanio civico. Infatti sui «beni che ne fanno parte, siano essi della comunità degli associati, o siano anche di privati, grava un uso civico a favore della popolazione, distinguendosi poi, secondo l'uno e l'altro caso, il demanio stesso, in demanio universale, o comunale, ovvero in demanio feudale»²¹⁹.

All'interno del concetto generale di uso civico la giurisprudenza stessa distingue tra quelli che la dottrina chiama usi civici in senso stretto, e diritti esercitati *in re propria*. Mentre i primi sono costituiti da «quelle facoltà che gli abitanti di un Comune, o di una frazione di Comune, hanno di godere, in maniera e diversa natura, di fondi comunali, o anche privati, fermo restando il carattere generale di codeste facoltà nel godimento, in natura e in forma collettiva, dei fondi soggetti al godimento»²²⁰, i secondi sono esercitati sulle «terre del demanio universale o comunale [e] sono in proprietà delle popolazioni»²²¹.

La medesima distinzione è stata rilevata nel limitare l'applicazione del termine, posto dall'articolo 3 della L. 16 giugno 1927, n. 1766, per dichiarare

²¹⁸ Tale orientamento è stato accolto nella giurisprudenza più recente, per la quale «la generica espressione “usi civici” indica, congiuntamente, due distinti istituti: gli usi che si esercitano su beni appartenenti alle comunità di utenti (demani collettivi, comunali o universali) e gli usi che si esercitano su terre aliene da parte di una comunità di utenti» (Corte di Appello di Roma, Sez. usi civici, 14 febbraio 1990, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 110).

²¹⁹ L'unità della materia è rilevabile nel concetto elaborato dalla giurisprudenza di demanio civico. «L'accezione “demanio civico” sta a significare che sui beni che ne fanno parte, siano essi della comunità degli associati, o siano anche di privati, grava un uso civico a favore della popolazione, distinguendosi poi, secondo l'uno e l'altro caso, il demanio stesso, in demanio universale, o comunale, ovvero in demanio feudale, senza che sia pertanto possibile contrapporre i beni di demanio civico ai beni patrimoniali» (Cass. civ., ss. uu., 16 luglio 1958, n. 2598, in *Riv. Giur. Umbro-abruzzese*, 1960, p. 197; conformi Cass. civ., ss. uu., 16 luglio 1957, n. 1903, in *Giur. agr. it.* 1958, p. 122; Cass. civ., 10 ottobre 1958, n. 3204, in *Giur. agr. it.*, 1959, p. 60).

²²⁰ Cass. civ., ss. uu., 4 febbraio 1928, in L. ACROSSO, G. RIZZI (a cura di), *Codice degli usi civici*, Roma, 1956, p. 16.

²²¹ Cass. civ., 5 gennaio 1950, n. 51, in *Giur. Cass. civ.*, 1950, II, n. 1215.

l'esistenza dei diritti di uso civico o di promiscuo godimento²²². La mancata dichiarazione, entro un termine di sei mesi avrebbe comportato l'estinzione di ogni azione diretta al riconoscimento dei diritti che non si trovassero più in esercizio. In altre parole la dichiarazione era necessaria per ottenere il riconoscimento della *qualitas soli* impressa su fondi dall'uso collettivo, il cui esercizio fosse caduto in desuetudine al tempo della promulgazione della legge. Sulla base dell'articolo 2, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332, che considerò facoltativa tale dichiarazione per «le terre comuni o demani comunali», la giurisprudenza ritenne ragionevole applicare tale termine ai soli diritti di uso *in re aliena*, escludendo che l'azione per la tutela dei diritti collettivi *in re propria* potesse estinguersi a causa del mancato ottemperamento degli oneri imposti dalla legge²²³. L'interpretazione restrittiva dell'articolo, oltre ad essere indicativa di una certa ostilità che la giurisprudenza delle corti superiori dimostrò verso il progetto liquidatorio, è giustificata dalla natura derogatoria²²⁴ che implicitamente connota il subordinare l'accertamento di un diritto di natura dominicale, di per sé imprescrittibile²²⁵, ad un termine perentorio così breve.

La distinzione tra *iura in re aliena* e *iura in re propria* viene peraltro rilevata dalla dottrina che al contempo ricostruisce sulla base del concetto di diritto collettivo

²²² Riportando l'opinione della Corte di Cassazione, «in tema di usi civici, la dichiarazione prevista dall'art. 3 l. 16 giugno 1927 n. 1766, secondo cui chiunque pretenda di esercitare diritti di uso civico di "promiscuo godimento" è tenuto a farne dichiarazione al commissario liquidatore entro sei mesi dalla pubblicazione della legge, pena l'estinzione dei relativi diritti, non riguarda i diritti sui terreni che, appartenendo al demanio universale o comunale, siano propri della stessa collettività degli utenti» (Cass. civ., Sez. II, 16 marzo 2007, n. 6165, in senso conforme si veda Cass. civ., Sez. II, 9 febbraio 2001, n. 1870, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2002, p. 113, con nota di G. DEL PAPA, *Terre civiche e usi civici in senso stretto: l'onere della dichiarazione ex art. 3 legge 1766/1927*; Cass. civ., Sez. II, 25 maggio 1992, n. 6231, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 116; Cass. civ., 9 aprile 1981, n. 2085, *Commiss. usi civici Roma*, 24 maggio 1982, n. 3, in *Riv. dir. agr.*, 1984, II, p. 45, con nota di L. RAMELLI DI CELLE, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze*).

²²³ Sulla base di una «profonda diversità dei contenuti» la stessa Corte di Cassazione ha ripetutamente dichiarato infondati i motivi addotti per sollevare l'incostituzionalità della distinzione ora menzionata per contrasto con gli artt. 3 e 42, CI. Cfr. Cass. civ., Sez. II, 16 marzo 2007, n. 6165; Cass. civ., Sez. II, 25 maggio 1992, n. 6231, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 116.

²²⁴ L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Digesto delle scienze pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, p. 588.

²²⁵ In virtù della propria imprescrittibilità, l'uso civico non si estingue per non uso. Si veda Cass. civ., II Sez., 27 febbraio 1946, n. 192, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, I, p. 354; Cassazione, 30 marzo 1951, n. 698. Il venir meno dell'uso non comporta la perdita della *qualitas soli*, non potendosi configurare una declassificazione tacita del patrimonio collettivo che lo renda disponibile e circolabile. Come evidenziato in dottrina il «regime di indisponibilità, inalienabilità nonché di inusucabilità [è] più rigoroso di quelli concernente il demani statale» (L. RAMELLI DI CELLE, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze* (nota a *Commiss. usi civici Roma*, 24 maggio 1982, n. 3), in *Riv. dir. agr.*, 1984, II, p. 68).

- informato da nozioni di natura pubblicistica - l'unitarietà della materia²²⁶. La differenza è rilevabile nelle diverse strutture che esprimono i diritti collettivi nell'uno e nell'altro caso: «proprietà collettiva» qualora i diritti di uso siano esercitati su bene *in re propria*, «proprietà divisa» qualora siano esercitati *in re aliena*²²⁷. La distinzione appare più come il riflesso dell'indirizzo accolto dal legislatore, che sancendo la liquidazione dei diritti collettivi su terre in proprietà privata, ha disposto la transitorietà di quegli istituti che possono essere considerati tra le ultime forme di proprietà divisa conosciute dal nostro ordinamento²²⁸. Tale transitorietà non colpisce invece i diritti originari di uso consolidati in «proprietà collettiva di diritto pubblico»²²⁹ per mezzo delle opere di sistemazione fondiaria previsti dalla L. 16 giugno 1927, n. 1766.

Quest'ultima prevede che, in seguito all'accertamento degli usi civici²³⁰, i fondi oggetto di diritti di proprietà privata, ma soggetti all'uso collettivo, vengano suddivisi, per mezzo di azione divisoria²³¹, in due porzioni, la prima destinata a costituire oggetto di un diritto di proprietà assoluto e pieno, la seconda da assegnare

²²⁶ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990.

²²⁷ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 213; adesiva la posizione di L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Digesto delle scienze pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, p. 586.

²²⁸ Sull'istituto della proprietà divisa, intesa alla luce di una «biappartenenza alla cosa in ragione di due interessi che la norma vuole tutelare», si veda M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pp. 81 e ss. L'autore peraltro esclude che i diritti di uso civico su bene privato configurino un esempio di proprietà divisa, considerandoli invece diritti reali parziari pubblici non contraddistinti dalla dominicalità (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 162).

²²⁹ Questa la formula usata da V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 265.

²³⁰ Proprio al fine di accertare gli usi la giurisprudenza ha recepito la famosa massima *ubi feuda, ibi demania*, elaborata dalla Commissione feudale per applicare la legge eversiva della feudalità del 1806 nel Regno delle Due Sicilie. Dall'accertamento storico dell'infeudazione di un territorio già abitato si desume «la presunzione di esistenza di usi civici [...] salva la prova di una diversa relazione tra l'investito del beneficio e i nuclei di popolazione ivi residenti» (Cass. civ., Sez. II, 5 maggio 2000, n. 5651, in *Riv. not.*, 2001, p. 159). Trattasi di una presunzione non assoluta (cfr. Cass. civ., 23 aprile 1960, n. 910, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1369), in quanto il fondo destinazione all'esercizio di uso civico poteva essere sottratto, con il consenso unanime della popolazione e con assenso regio, al diritto collettivo (trattasi dei ristretti nello stato pontificio, di difese legittime nel napoletano, o di altre chiuse nelle altre regioni d'Italia). In tali ipotesi i fondi erano «chiusi all'esercizio di usi civici e riservati (dette perciò anche chiuse, o riserve) all'uso esclusivo del feudatario» (Cass. civ., 24 marzo 1964, n. 677, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1127). La Corte di Cassazione ha ritenuto applicabile tal principio non solo alle Province Meridionali, ma all'intero territorio nazionale (cfr. Cass. civ., 6 agosto 1980, n. 2986).

²³¹ Il fatto che «il giudizio di liquidazione possied[a] natura di giudizio divisorio» è dato acquisito in giurisprudenza. Cfr. Commiss. usi civici Roma, 24 maggio 1982, n. 3, in *Riv. dir. agr.*, 1984, II, p. 46, con nota di L. RAMELLI DI CELLE, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze*; Cass. civ., Sez. II, 7 aprile 1975, n. 1240, in *Giur. it.*, 1975, I, 1, c. 1567.

al Comune in attesa che si compiano le successive procedure di sistemazione fondiaria²³². La ripartizione del fondo deve essere effettuata tenendo conto sia del valore e della natura degli usi accertati²³³, sia dei «bisogni delle popolazioni»²³⁴, indicando quindi una certa discrezionalità amministrativa²³⁵.

La legge esclude la divisione del fondo qualora il proprietario vi abbia apportato «sostanziali e permanenti migliorie»²³⁶, condizioni che pare debbano essere appurate d'ufficio²³⁷ dal Commissario regionale per gli usi civici²³⁸. L'estinzione dei diritti originari di uso - contestuale all'imposizione di un canone di natura enfiteutica²³⁹ corrispondente al loro valore che il proprietario deve versare al Comune - risponde alla *ratio* riposta nell'intervento fondiario promosso. Il

²³² In altre parole la legge ha trasformato «la comproprietà frazionata (tra *dominus* e collettività) in proprietà per quote, delle quali una viene attribuita alla comunità e l'altra resta al proprietario in dominio libero ed esclusivo» (L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Digesto delle scienze pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, p. 587).

²³³ La terra da trasferire al Comune, corrispondente al valore degli usi da liquidare, venne individuata in una porzione ricompresa tra un ottavo e la metà del fondo a fronte della liquidazione di usi essenziali. Se utili, invece, la porzione da trasferire al Comune avrebbe potuto raggiungere fino ai due terzi del fondo (art. 5, L. 16 giugno 1927, n. 1766).

²³⁴ Art. 8, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332, Approvazione del regolamento per la esecuzione della legge 16 giugno 1927, n. 1766, sul riordinamento degli usi civici del Regno.

²³⁵ Tale procedura viene comunemente chiamata liquidazione per scorporo. Cfr. L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Digesto delle scienze pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, p. 589.

²³⁶ Art. 7, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

In giurisprudenza si è stabilito che l'assegnazione al proprietario, verificate le condizioni definite dalla legge, costituisca un diritto, a fronte del quale non sussiste nessun tipo di discrezionalità amministrativa. Cfr. Cass. civ., 20 gennaio 1989, n. 297. In termini analoghi il Consiglio di Stato, il quale riconosce l'esistenza di «un diritto soggettivo del legittimato di natura potestativa il cui esercizio non può essere condizionato dal concedente, ancorché si tratti di un'amministrazione pubblica, cui spetta un'attività esclusivamente ricognitiva dell'esistenza e dei presupposti richiesti a tal fine dalla legge» (Cons. Stato, Sez. VI, 26 marzo 1992, n. 187, in *Cons. Stato*, 1992, I, p. 493).

²³⁷ L'art. 2, co. II., R.D. 26 febbraio 1928, n. 332, prevede infatti che «nel procedere alla liquidazione il Commissario esaminerà anzitutto se concorrano le condizioni stabilite dal primo comma del suddetto articolo, nel qual caso il fondo sarà lasciato per intero al proprietario col peso del canone».

²³⁸ Trattasi di organi istituiti per attuare la L. 16 giugno 1927, n. 1766, e incaricati di funzioni sia giurisdizionali - rispetto all'accertamento dei diritti di uso civico e di promiscuo godimento - sia amministrative - con competenza rispetto ai procedimenti di sistemazione del patrimonio collettivo. La concentrazione in un unico organo di funzioni amministrative e giurisdizionali, pensata per una rapida risoluzione degli impedimenti sorti nell'applicazione della legge, ha creato non pochi conflitti di competenza, sui quali si è pronunciata la Cassazione con una copiosa giurisprudenza. Si veda G. CERVATI, *Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 519-531.

²³⁹ I canoni enfiteutici differiscono dai canoni di natura enfiteutica in quanto i primi «costituiscono espressione di una cointeressenza in atto sui fondi gravati, sicché possono considerarsi come il corrispettivo spettante al direttario per il contributo che egli dà alla produzione mediante il conferimento del capitale terriero»; i secondi «attestano, invece, l'avvenuta estinzione di ogni comunanza di interessi sul terreno, essendo il diritto reale di uno dei condomini convertito nel diritto personale all'equivalente in denaro» (Cons. Stato, Sez. II, 825, 21 ottobre 1953; in termini analoghi si esprime Corte di Appello di Roma, Sez. usi civici, 12 dicembre 1950, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, I, p. 801, con nota di F. JANNITI PIROMALLO, *Natura giuridica dei canoni demaniali*).

perseguimento di una struttura agraria orientata a criteri di razionalità economica verrebbe meno qualora si frazionassero i fondi inseriti in unità economiche già produttive²⁴⁰. Il medesimo principio viene applicato sottraendo alla divisione quelle terre che, pur essendo oggetto di proprietà privata, siano economicamente utilizzate dalle popolazioni di un Comune, di una frazione, o di una associazione agraria, seppur limitatamente alle sole Province ex-pontificie²⁴¹. In questo caso l'affrancazione avviene tramite la corresponsione di un canone a favore del proprietario, al fine di liquidare la posizione dominicale sostenuta da titolo privato²⁴². Il tendenziale favore dimostrato verso l'individualismo agrario, trova riconferma nella disposizione che rende prioritario l'affrancamento del fondo per mezzo di canone a favore del proprietario, al quale solo in un secondo momento seguirà il possibile trasferimento delle terre alle popolazioni titolari dei diritti collettivi²⁴³, o, in alternativa, le operazioni divisorie.

Alle operazioni di scorporo della porzione di terra equivalente ai diritti collettivi seguono le procedure per mezzo delle quali - sulla base di una "discrezionalità amministrativa"²⁴⁴ che soppesi gli interessi sussistenti²⁴⁵ - legittimare con «sanzione sovrana»²⁴⁶ le occupazioni consolidate per un periodo di

²⁴⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 244.

²⁴¹ La disposizione richiama l'art. 9, R.D. 3 agosto 1891, n. 510, *Recante norme per l'abolizione delle servitù di pascolo nelle ex Province pontificie*.

²⁴² Tale procedura viene comunemente chiamata liquidazione invertita. Cfr. L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Digesto delle scienze pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, p. 589.

²⁴³ Art. 12, co. 3, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332.

²⁴⁴ Cfr. T.a.r. Abruzzo, Sez. Pescara, 27 giugno 2005, n. 411, in *Foro amm. - Tar*, 2005, p. 2091; Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2002, n. 2557, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2002, p. 1303; Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 1996, n. 404, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 474; Cons. Stato, Sez. VI, 19 febbraio 1994, n. 178, in *Foro amm.*, 1994, p. 520. Sull'orientamento costante della giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha sancito la competenza del giudice amministrativo, Cass. civ., ss.uu., 13 novembre 1961, n. 2653, in *Riv. giur. Umbro-Abruzzese*, 1962, col. 228; Cass. civ., 23 marzo 1957, n. 995, in *Foro amm.*, 1957, II, I, p. 389.

Tale discrezionalità pare essere negata dall'art. 5, co. 5-bis, L.R. Basilicata 12 agosto 2000, n. 57, per il quale sono legittimati, prescindendo quindi da una valutazione discrezionale, gli «abusivi possessi di beni civici ricadenti in zona agricola di durata ultradecennale [...] in presenza dei requisiti previsti dall'art. 9 della legge 16 giugno 1927, n. 1766».

²⁴⁵ Art. 9, L. 16 giugno 1927, n. 1766. Sulla base sia della «totale incertezza circa i tempi di definizione delle istanze di legittimazione», sia l'ampia discrezionalità di cui dispone la pubblica amministrazione, è stata sollevata una questione di costituzionalità dell'articolo in questione per violazione del "principio valore della certezza del diritto" e agli artt. 2, 3, 24, 28, 97 e 111, CI. La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le censure (si veda Corte cost. (ord.), 23 maggio 2008, n. 177, e le analoghe Corte cost., 8-20 febbraio 1995, n. 46, Corte cost. (ord.), 23 marzo -07 aprile 1995, n. 117; Corte cost. (ord.), 23-27 novembre 1998, n. 391).

²⁴⁶ Competenza esercitata, con l'istituzione della Repubblica, dal Presidente della Repubblica, e che rimase statale - ex art. 71 D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, *Attuazione della delega di cui all'art. 1 della*

almeno dieci anni di fondi nei quali l'usurpatore abbia apportato sostanziali e permanenti migliorie, a condizione che la zona occupata non interrompa la continuità dei terreni²⁴⁷. Come sottolineato in dottrina non possono essere considerate migliorie le modificazioni naturali, e qualora vi siano state modificazioni artificiali, esse, oltre

L. 382, 22 luglio 1975 - anche in seguito al trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative relative agli usi civici ex art. 4, lett. 1, D.P.R., 15 gennaio 1972, n. 11, *Trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di agricoltura e foreste, di caccia e di pesca nelle acque interne e dei relativi personali ed uffici*. Più precisamente l'approvazione delle legittimazioni delle occupazioni di beni civici avveniva mediante decreto del Presidente della Repubblica d'intesa con le regioni, elemento che ha indotto la giurisprudenza a escluderlo dagli atti posti in essere nell'esercizio di una «prerogativa sovrana» (cfr. Corte cost., 5 novembre 1991, n. 511, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1991, p. 1016 e in *Riv. not.*, 1992, p. 966, con nota di A. PASTORE, *Estinzione degli usi civici per sclassificazione; contra il Romano* - le cui tesi sono riportate in G. CERVATI, *Appunti circa la legittimazione delle terre di uso civico*, in *Riv. dir. agr.* 1963, I, pp. 296 - che evidenzia l'eccezionalità e l'anormalità dell'istituto). Per effetto dell'art. 2 della L. 12 gennaio 1991, n. 13, *Determinazione degli atti amministrativi da adottarsi nella forma del decreto del Presidente della Repubblica*, l'esercizio della competenza venne trasferita al Ministro dell'agricoltura. Attualmente vi sono tuttora leggi regionali che prevedono l'approvazione della legittimazione per mezzo di decreto del Presidente della Repubblica (si veda la l'art. 3, L.R. Umbria 17 gennaio 1984, n. 1; art. 2, co. 10, L.R. Campania 17 marzo 1981, n. 11). Le leggi regionali attualmente in vigore - emanate inizialmente per disciplinare le funzioni amministrative trasferite loro dal D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, e, in seguito alla L. Cost., 18 ottobre 2001, n. 3, espressione di una competenza concorrente in materia di governo del territorio, valorizzazione dei beni culturali e ambientali (art. 117, co. 2, CI), nonché di una competenza esclusiva nell'innominata materia agricoltura e foreste - hanno attribuito tendenzialmente alla Giunta regionale la competenza alla legittimazione delle occupazioni su beni civici, nonché quella relativa alla loro alienazione e al mutamento della loro destinazione d'uso. Adita a fronte di un conflitto di attribuzione, la Corte costituzionale ha confermato la competenza regionale, in quanto rispondente ai «principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza» (Corte cost., 20 febbraio 2007, n. 39). Si veda anche Corte cost., 5 novembre 1988, n. 511, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1991, p. 1016 e in *Riv. not.*, 1992, p. 966, con nota di A. PASTORE, *Estinzione degli usi civici per sclassificazione*.

Merita una specifica considerazione la Legge della Regione calabrese, che al proprio art. 14, n. 1, trasferisce ai Comuni alcune funzioni amministrative, tra le quali l'autorizzazione delle legittimazioni. Seppur tali provvedimenti debbano essere sottoposti ad un preventivo controllo regionale, deve essere criticata l'introduzione del meccanismo del silenzio assenso (art. 15, n. 3) che permette l'approvazione tacita delle delibere comunali. Il meccanismo individuato pare inidoneo a garantire la tutela degli interessi oggi sottesi alla conservazione del patrimonio civico, non ultimo un interesse ambientale e paesaggistico.

²⁴⁷ Il sussistere di queste condizioni determina nelle Legge della Regione Puglia la sanabilità delle occupazioni per mezzo di declassificazione del patrimonio civico e alienazione a prezzo di mercato (art. 2, L.R. Puglia 28 gennaio 1998, n. 7). Questo è un esempio del tendenziale favore dimostrato dalle amministrazioni locali ad una privatizzazione del patrimonio collettivo, e che ha trasformato l'istituto di legittimazione da strumento eccezionale in un mezzo ordinario per procedere alla «sistemazione delle terre d'uso civico» (G. CERVATI, *Appunti circa la legittimazione delle terre d'uso civico*, in *Riv. dir. agr.*, I, 1963, p. 309). Proprio il Cervati, oltre a rilevare come l'istituto venisse applicato anche in difetto dei presupposti oggettivi stabiliti per legge, non nasconde una certa perplessità dinnanzi ad un procedimento che di fatto espropria le collettività a favore di privati, al solo fine di costituire proprietà individuali (G. CERVATI, *Appunti circa la legittimazione delle terre d'uso civico*, in *Riv. dir. agr.*, 1963, p. 295). Nella giurisprudenza si rilevano sia posizioni che limitano l'applicabilità dell'istituto (Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 1987, n. 291, in *Cons. Stato*, 1987, I, p. 828), sia un orientamento che, al contrario, ritiene denegabile il provvedimento solo a fronte di rilevanti motivi di interesse pubblico (Cons. Stato, Sez. IV, 30 luglio 1974, n. 533, in *Foro amm.*, 1974, I, 2, p. 811, Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 1996, n. 404, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 473).

ad aumentare oggettivamente e stabilmente la produttività del fondo, non debbono essere imputabili alla realizzazione di opere pubbliche²⁴⁸. Deve trattarsi inoltre di opere «preordinate alla coltivazione o comunque allo sfruttamento agricolo o zootecnico del suolo e alla soddisfazione dell'interesse agrario della collettività»²⁴⁹, rendendosi necessario che «l'occupante abbia posto in essere una specifica attività di trasformazione fondiaria, in grado così elevato da far apparire contrario all'interesse pubblico il ricorso alla reintegrazione»²⁵⁰. In giurisprudenza si è affermata la massima per cui - essendo la legittimazione orientata a promuovere il razionale sfruttamento agricolo del suolo - la trasformazione del fondo che ne renda impossibile la destinazione agricola costituisce impedimento alla concessione della legittimazione²⁵¹.

Questa, se concessa, è contestuale all'imposizione di un canone di natura enfiteutica²⁵² a favore del Comune o dell'associazione, il cui capitale corrisponda al valore del fondo, diminuito delle migliorie ed aumentato di dieci annualità di interessi. Tale aumento, però, non deve essere applicato qualora l'occupante abbia già corrisposto una prestazione in genere o in denaro. Allo stesso tempo l'entità del canone può essere diminuita qualora il beneficiario del procedimento di legittimazione avesse potuto beneficiare dell'assegnazione di fondi utili al razionale sfruttamento agricolo cui il patrimonio collettivo è destinato in seguito alle operazioni di sistemazione fondiaria²⁵³. Anche in pendenza del procedimento di concessione, l'autorità competente può procedere alla reintegra del bene occupato, che ha come solo presupposto l'accertamento della *qualitas soli*²⁵⁴.

²⁴⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, pp. 235-236.

²⁴⁹ T.a.r. Abruzzo, Sez. Pescara, 27 giugno 2005, n. 411, in *Foro amm. - Tar*, 2005, p. 2091.

²⁵⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2002, n. 2557, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2002, p. 1303, Cons. Stato, Sez. IV, 14 ottobre 1998, n. 1379, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 1998, p. 2741, Cons. Stato, 5 maggio 1997, n. 291, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 277.

²⁵¹ Cfr. T.a.r. Abruzzo, Sez. Pescara, 27 giugno 2005, n. 411, in *Foro amm. - Tar*, 2005, p. 2091, Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2002, n. 2557, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2002, p. 1303, T.a.r. Campania, Sez. Salerno, Sez. II, 23 marzo 2004, n. 214, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 2004, p. 806.

²⁵² Sulla natura dei canoni in questione si veda Cass. civ., ss.uu., 3 aprile 1963, n. 827, in *Giust. civ.*, 1963, I, p. 997, Corte di Appello di Roma, Sez. usi civici, 12 dicembre 1950, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, I, p. 801, con nota di F. JANNITI PIROMALLO, *Natura giuridica dei canoni demaniali*. Alla tesi ivi sostenuta, che nega la natura enfiteutica del rapporto tra pubblica amministrazione e occupante, si contrappone l'opinione del Cervati, il quale ritiene vere e proprie enfiteusi i rapporti instaurati in seguito all'esito favorevole del procedimento (cfr. G. CERVATI, *Appunti circa la legittimazione delle terre di uso civico*, in *Riv. dir. agr.* 1963, I, p. 307).

²⁵³ Art. 10, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

²⁵⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 19 dicembre 2003, n. 8365

La massa di terre risultanti dalle procedure di liquidazione - escluse quindi sia quelle affrancate per mezzo di canone, sia quelle oggetto di un titolo soggettivo costituito in seguito al procedimento di legittimazione - devono essere trasferite al Comune affinché siano assegnate a una delle due categorie previste dalla legge, che distingue tra «terreni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente» e «terreni convenientemente utilizzabili per la coltura agraria»²⁵⁵. Il provvedimento di assegnazione a categoria è emesso sulla base di una discrezionalità amministrativa che contemperi «i bisogni della popolazione con quelli della conservazione del patrimonio boschivo e pascolivo nazionale»²⁵⁶.

I fondi convenientemente destinabili a coltura agraria debbono essere ripartiti e assegnati a titolo enfiteutico - con obbligo di operare le migliorie e di rispettare le osservanze determinate con provvedimento amministrativo²⁵⁷ - a famiglie di coltivatori diretti del Comune o della frazione, con preferenza per i nuclei familiari meno abbienti²⁵⁸. La divisione in quote imposta dall'art. 12, L. 16 giugno 1927, n. 1766, non è stata recepita da alcune legislazioni regionali, che, oltre a sospenderne

²⁵⁵ Trattasi delle lett. a e b, art. 11, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

²⁵⁶ Art 14, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

Come rilevato in dottrina (cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 368), l'assegnazione a categoria non è provvedimento dichiarativo, ma costitutivo. Contro il tenore letterale della normativa, la Corte costituzionale ha rilevato invece che, «nei casi in cui risulti da indici sicuri», l'atto di assegnazione «non ha funzione determinante della destinazione del terreno», risultando quindi di natura dichiarativa (Corte cost., 10 maggio 1995, n. 156; Corte cost., 27 maggio 1992, n. 237; Corte cost., 25 maggio 1992, n. 221). Le pronunce della Corte sono state emesse con riferimento all'art. 7, co. 4, L.R. Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25. Dalla natura dichiarativa discende il potere in capo alla pubblica amministrazione di convalidare le autorizzazioni al mutamento di destinazione o all'alienazione senza che siano precedute dall'assegnazione a categoria prevista dall'art. 11, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

²⁵⁷ Art. 19, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

²⁵⁸ Art. 13, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

In dottrina il Cerulli Irelli considera legittima l'esclusione di chi abbia beneficiato dell'assegnazione dal godimento dei beni invece rimasti in capo alla collettività, come se gli «assegnatari avessero ormai avuto la loro parte di diritto collettivo (tramutato in diritto individuale sulla quota loro assegnata)» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 377). La tesi pare criticabile, riconducendo, in maniera incoerente rispetto alla stessa ricostruzione dell'autore, la condominialità collettiva ad una sorta di condominio per quote. I diritti collettivi originari si caratterizzano per una propria marcata specialità, che non discende dai limiti posti alla divisibilità del patrimonio collettivo (o dalle straordinarie ipotesi in cui tale divisibilità è ammessa). Il diritto di accesso al patrimonio collettivo è di natura pubblica, non è alienabile, ed è legato nell'esperienza giuridica italiana ad un diritto che discende dall'appartenenza ad una collettività legata da vincolo di incolato. L'autore peraltro non precisa se la legittimazione incida sulla titolarità del diritto o sul suo esercizio. Tra le due potrebbe essere condivisibile la seconda tesi. Se è da ritenere illegittimo escludere dalla collettività l'occupante che abbia beneficiato della legittimazione, il diritto di accesso al patrimonio collettivo che comunque gli compete potrà essere sospeso per garantire un preferenziale accesso in capo a chi, invece, non ha usufruito dell'assegnazione.

l'applicazione²⁵⁹, hanno privilegiato, valorizzando il patrimonio collettivo quale strumento per l'esercizio associato di attività agricola, l'assegnazione a imprese cooperative di agricoltori, con preferenza per quelli residenti²⁶⁰.

I terreni utilizzabili come pascoli o boschi, sui quali permangono i diritti collettivi originari, devono essere invece assegnati al Comune, alle Amministrazioni separate qualora costituite²⁶¹, o alle Associazioni agrarie, salvo non se ne disponga lo scioglimento per mezzo di atto del Ministero dell'Economia nazionale, ora Ministero dell'Agricoltura e Foreste, su iniziativa del Commissario regionale per gli usi civici o della maggioranza degli utenti. Il provvedimento di scioglimento delle associazioni ora menzionate, che trasferisce i poteri di gestione al Comune, è adottato sulla base di una valutazione ampiamente discrezionale circa l'utilità o la dannosità dell'associazione stessa o circa l'insufficienza del patrimonio rispetto ai bisogni degli utenti²⁶². I medesimi beni debbono essere sottoposti al regime forestale, contenuto nel R.D. 30 dicembre 1923, n. 3267, mantenendosi i diritti di uso delle popolazioni, come conformati dalla pubblica amministrazione per evitare un loro eccessivo

²⁵⁹ Si veda l'art. 3, L.R. Campania 17 marzo 1981, n. 11, che dispone la sospensione delle operazioni di quotizzazione. Indicativo anche l'art. 173, L.R. Lombardia 5 dicembre 2008, n. 31, che esclude la possibilità di procedere alla ripartizione delle terre utilizzabili per coltura agraria. L'articolo peraltro suscita non poche perplessità, nel momento in cui le attribuisce in libera disponibilità al Comune, sentite le frazioni e le associazioni.

²⁶⁰ Si veda l'art. 8, L.R. Umbria 17 gennaio 1984, n. 1 e l'art. 6, Regione Campania, L.R. 17 marzo 1981, n. 11. Tale era la soluzione considerata preferibile anche in dottrina. Si veda V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 410

²⁶¹ L'art. 26 della L. 16 giugno 1927, n. 1766 dispone che «i terreni [...] di originaria appartenenza delle frazioni e gli altri che ad esse passeranno in seguito ad affrancazione o per effetto dell'art. 25, saranno amministrati dalle medesime». Trattasi di una forma organizzativa dotata di una propria autonomia, la cui costituzione venne regolata con la L. 278, 17 aprile 1957. L'Amministrazione separata è organo di durata quadriennale, e costituita da cinque membri, eletti in seno alla «generalità dei cittadini residenti nella frazione ed iscritti nelle liste elettorali» (art. 1).

In dottrina si riconosce la natura privata dell'Amministrazione separata. Come scrive Cerulli Irelli, «è da ritenere che essa sia soggetto di diritto privato, come del resto generalmente riconosciuto in dottrina. Non si rinvergono infatti nell'Amministrazione separata alcuni sintomi da utilizzare per il riconoscimento della personalità giuridica di diritto pubblico. Essa non è titolare di alcun potere amministrativo; non è legata da alcun rapporto organizzativo con lo Stato o con altro ente pubblico» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 316).

L'Amministrazione separata è modello organizzativo recepito anche nelle legislazioni regionali (si veda art. 9, Regione Veneto L.R. 22 luglio 1994, n. 31; art. 16, Regione Abruzzo L.R. 3 marzo 1988, n. 25; art. 12, L.R. Basilicata 12 agosto 2000, n. 57; art. 6, L.R. Puglia 28 gennaio 1998, n. 7, artt. 4 e ss; L.P. Trento 14 giugno 2005, n. 6; art. 2, L.R. Molise 23 luglio 2002, n. 14; art. 5, L.R. Liguria 2 luglio 2002, n. 27. Da evidenziare come l'art. 5-bis della legge regionale veneta, come modificata dall'art. 3, L.R. 5, 25 febbraio 2005, riconosca la personalità giuridica di diritto pubblico alle Amministrazioni separate.

²⁶² Art. 25, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

sfruttamento²⁶³. La legge dispone che la fruizione del patrimonio collettivo non possa eccedere i contenuti del diritto di uso *ex art. 1021, c.c.*²⁶⁴. Gli stessi usi devono essere regolati, in conformità ai piani economici emanati in esecuzione della legge forestale, per mezzo di regolamenti redatti dai Comuni e dalle Associazioni agrarie²⁶⁵ e sottoposti all'approvazione dei Consigli provinciali dell'economia, ora Camera di Commercio, Industria e Agricoltura.

L'esposizione dei principi sottesi alle procedure di liquidazione e sistemazione sono utili per evidenziare come il punto focale assunto dal legislatore per razionalizzare la materia, sia costituito da un concetto unitario di uso civico, come uso individuale esercitato, sulla base di una appartenenza, rispetto a un bene collettivo, prescindendo quindi dalla titolarità. In altre parole la distinzione tra diritti *in re propria* e *in re aliena* è rilevante per individuare le fattispecie in cui trova applicazione quell'eventuale fase del procedimento per mezzo del quale concludere le operazioni di scorporo dei diritti collettivi, affinché la massa risultante sia destinata, assieme alle terre in proprietà delle collettività, al perseguimento delle finalità pubbliche sottese all'intervento legislativo: trasformare la realtà agricola nazionale favorendo quelle strutture giuridiche ed economiche ritenute capaci di garantire l'aumento della produzione agricola e del benessere nazionale.

A nostro parere la discriminazione tra le "autentiche" istituzioni di proprietà collettiva - nelle quali i diritti collettivi vengono esercitati in *re propria* - e i diritti di «uso civico in senso proprio»²⁶⁶ - che spettano ad una comunità su beni al contempo in proprietà di terzi - è corretta nel momento in cui - non negando la medesima natura giuridica sia dei diritti, sia dei patrimoni collettivi - distingue le rispettive fattispecie, rilevando «la profonda diversità dei contenuti dei diritti di uso civico su beni privati [...] rispetto a quelli aventi ad oggetto beni della propria *universitas*»²⁶⁷. La distinzione attiene ai contenuti del diritto di uso civico, essendo concettualmente

²⁶³ Art. 45, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332.

²⁶⁴ Art. 12, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

²⁶⁵ Art. 43, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332.

²⁶⁶ Cfr. M. A. LORIZIO, *Usi civici*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXII, Roma, 1994, p. 1. Della stessa opinione Germanò, il quale ritiene «inadeguata e perciò fuorviante e, quindi, non corretta» «l'espressione "usi civici", solitamente adoperata per designare l'intero complesso e variegato fenomeno dei diritti goduti in comune da collettività di abitanti in determinate regioni italiane» (A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 535).

²⁶⁷ Cass. civ., Sez. II, 16 marzo 2007, n. 6165.

ininfluente a fini di una classificazione in cui si assuma come criterio il fondamento e la funzione dei diritti collettivi.

In entrambe le ipotesi si integrano gli elementi che li rendono ascrivibili al concetto proposto di diritto collettivo originario di natura dominicale. Anche nelle ipotesi in cui i diritti collettivi convivano con un diritto di natura privata basato su titolo di diritto civile, sono ravvisabili infatti una pluralità di posizioni dominicali, consistenti in una posizione collettiva - essendo gli usi in *re aliena* oggetto di un diritto dominicale imputato all'insieme dei condomini *uti universi* - e in una posizione di natura dominicale individuale imputata *uti singuli*, perpetua²⁶⁸ e logicamente originaria rispetto a un atto di volontà altrui. La presenza di un diritto di proprietà titolato, *ex* diritto civile, a soggetto pubblico o privato si presenta come accidentalità che non nega il medesimo principio giuridico di cui i diritti collettivi originari di natura dominicale sono espressione²⁶⁹. Sia i fondi privati gravati da usi civici, sia le terre appartenenti alla collettività su cui vengono esercitati diritti di uso, traggono la propria *qualitas soli* dall'esistenza di diritti collettivi, che se si possono esplicitare in termini quantitativamente differenti, non sono per questo qualitativamente dissimili²⁷⁰. Essi sono frutto di un'appropriazione collettiva, che esprime quel medesimo principio giuridico per cui una comunità di abitanti ha la capacità di acquisire originariamente, a titolo pubblico, diritti che compartecipano della natura dominicale sulle risorse che le sono territorialmente pertinenti. Tale acquisizione si fonda non sull'occupazione, ossia non solo su un'occupazione comprensibile alla luce delle categorie del diritto civile, ma su un fatto che trae il

²⁶⁸ La perpetuità, come caratteristica qualificante la natura dei diritti originari di uso, non viene smentita dal progetto liquidatorio cui i diritti stessi sono stati assoggettati. La possibilità di estinguere, in virtù di un intervento legislativo transitorio, diritti contraddistinti dalla dominicalità non incide sulla natura del diritto. Tale affermazione assume un ulteriore significato storicizzando i valori assunti a fondamento dell'intervento di riorganizzazione fondiaria. Il paradigma produttivista, che pervade la legislazione del 1927, infatti non può più essere ascritto tra i principi che orientano attualmente una politica agricola comunitaria, prima che nazionale. Da cui la profonda inattualità di una *ratio* che consideri la liquidazione di posizioni dominicali collettive su fondi privati strumento per promuovere l'interesse pubblico all'aumento della produttività agricola.

²⁶⁹ Concorda Fulciniti, per la quale «la distinzione [tra usi civici su terre demanio feudale, usi civici su terre di demanio universale] ha sicuramente ragion d'essere da un punto di vista fenomenico non, però, a mio avviso, se considerata in relazione alla natura giuridica del diritto espresso» (L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 34).

²⁷⁰ In questo senso i diritti individuali esercitati su bene in proprietà della comunità di abitanti, sono usi civici. «È infondata la tesi che ritiene che gli usi civici possano esistere solo su terre altrui e, quindi, che la comunità degli utenti non possa essere proprietaria delle terre su cui essi sono esercitati» (Cass. civ., Sez. II, 26 ottobre 1993, n. 10645, in *Riv. dir. agr.*, 1994, II, p. 207).

proprio fondamento da un «titolo dominicale eminentemente pubblicistico (originario)»²⁷¹. Dal fondamento pubblico dei diritti collettivi deriva *la qualitas soli* dei beni, a loro volta da classificare come «cose pubbliche»²⁷².

Ragionando sui motivi posti alla base delle divergenti tesi dottrinali circa la natura qualitativa o quantitativa della distinzione tra diritti *in re aliena* o *in re propria*, si può affermare che essa - come si è evidenziato criticando la discriminazione operata tra terre collettive e terre civiche - sia stata strumento argomentativo utilizzato per restringere, sulla base di argomentazioni storiche, l'applicazione delle legge liquidatoria del 1927, di modo che fosse possibile evitare, almeno in parte, l'espropriazione dei diritti collettivi goduti da quelle comunità locali nelle quali con maggior evidenza si palesava il profilo organizzativo-istituzionale. La forte critica all'equiparazione effettuata nella L. 16 giugno 1927, n. 1766, tra gli usi civici in senso tecnico e le proprietà autenticamente collettive ha infatti offerto sostegno al processo di rivendicazione di un regime giuridico differenziato, i cui frutti sono maturati nei dispositivi che hanno da un lato sottratto le comunioni familiari montane dall'applicazione della legge del 1927²⁷³, dall'altro lato riconosciuto la personalità giuridica e un'ampia autonomia statutaria alle «organizzazioni montane [ma non solo, estendendosi l'applicazione dell'articolo alle associazioni delle Province ex-pontificie] per la gestione di beni agro-silvo-pastorali» in «proprietà collettiva indivisibile e inusucapibile»²⁷⁴.

A fronte della legislazione speciale si deve sottolineare come la progressiva soggettivizzazione degli enti di che rappresentano l'istituzione appropriativa collettiva, permettendo quella «corrispondenza dell'*unus dominus* all'*una res*»²⁷⁵, facilita infatti un'attrazione dei diritti collettivi originari esercitati *in re propria* all'interno dell'ortodosso istituto giuridico che risolve la relazione bene-soggetto attraverso lo schema della proprietà solistica²⁷⁶ e contemporaneamente l'attrazione

²⁷¹ L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 48.

²⁷² V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, pp. 166 e ss.

²⁷³ Art. 10, co. 2, L. 30 dicembre 1971, n. 1102.

²⁷⁴ Art. 3, L. 31 gennaio 1994, n. 97.

²⁷⁵ E. ROMAGNOLI, *Le comunioni familiari montane: natura privata e interesse pubblico*, in G. C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia*, Padova, 1990, p. 144.

²⁷⁶ In questo sembra legittimo chiedersi se la soggettivizzazione dell'ente non conduca ad una definitiva risoluzione della problematica posta dal modello proprietario collettivo. La risposta a tale interrogativo pare influenzata anche dalla rilevanza che si attribuisce all'art. 43 CI nell'attualizzare,

nello schema romanistico dei diritti di uso su beni *in re aliena*, ridotti quindi a meri diritti reali parziari²⁷⁷. Non a caso in dottrina si è evidenziato come in presenza di una soggettivizzazione dell'ente, i diritti individuali vengano ridotti a meri diritti di uso (venendo a perdersi quella elasticità che originariamente li contraddistingueva in ragione della dominicalità²⁷⁸) o a interessi legittimi, a seconda che sia pubblica o privata la qualificazione della personalità giuridica riconosciuta²⁷⁹. È evidente che tale schema, razionalizzando le istituzioni collettive all'interno dell'ordinamento giuridico sulla base di una operazione di «indubbia filologia romanistica»²⁸⁰, non raccoglie la ricchezza ed il senso delle istituzioni appropriative collettive, sia nei suoi profili auto-organizzativi, sia nei variabili ed elastici contenuti dei diritti individuali che garantiscono.

La riduzione delle autentiche proprietà collettive allo schema della proprietà individualistica giustifica, in termini di politica del diritto, la conservazione dei diritti collettivi originari, in quanto - trattandosi in definitiva di proprietà, seppur anomala - si garantisce quell'uso razionale perseguito originariamente con l'intervento fondiario del 1927 e reso possibile dall'attribuzione delle facoltà proprietarie, seppur conformate, ad un unico soggetto giuridico capace di esprimere una volontà. L'indebolimento della tutela dei diritti originari di uso al contempo permette una gestione orientata a quella modernizzazione dell'esercizio di attività agricola che per lungo tempo è stata la *ratio* di ogni intervento pubblico in ambito fondiario. Lo stesso obiettivo viene impedito qualora i diritti collettivi originari si siano consolidati su di un terreno in proprietà di privati, da cui deriva l'esigenza di procedere ad una loro liquidazione.

Ma considerando il fatto che il paradigma produttivista non orienta più le politiche agricole comunitaria e nazionale, la liquidazione dei diritti originari di uso esercitati *in re aliena* - quelli che impediscono il consolidarsi di una proprietà

sotto un profilo funzionale, un modello proprietario collettivo. Cfr. L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 107.

²⁷⁷ Cfr. L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 28.

²⁷⁸ Cfr. L. RAMELLI DI CELLE, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze* (nota a Commiss. usi civici Roma, 24 maggio 1982, n. 3), in *Riv. dir. agr.*, 1984, II, p. 57.

²⁷⁹ Cfr. A. PALERMO, *Enfiteusi - superficie - oneri reali - usi civici*, Torino, 1965, p. 667.

²⁸⁰ L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 28.

modernamente dinamica - perde in larga parte la propria ragion d'essere²⁸¹. Il discriminante in base al quale procedere alla liquidazione o conservazione dei diritti collettivi originari quindi, alla luce della di una più profonda consapevolezza della valenza ambientale che qualifica il fondo destinato all'esercizio di attività agricola, deve essere criticato²⁸². La distinzione - basata da un lato sulle variabili storiche che hanno caratterizzato la nascita dei diritti originari collettivi, dall'altro lato sull'esigenza di promuovere quantitativamente la produzione agricola - viene a cadere nel momento in cui il fondo agricolo non sia più strumento per la sola produzione di prodotti, bensì un bene funzionalmente vincolato all'erogazione di servizi ambientali, compatibili quindi con i diritti originari di uso e con i diritti collettivi originari.

Ritenendo come i diritti collettivi originari articolino un modello proprietario che gode di pari dignità rispetto a differenti statuti proprietari in vista del perseguimento di specifici interessi pubblici²⁸³, deve essere criticata ogni operazione ermeneutica che, manipolando la struttura dell'istituto, cerchi di ricondurne i tratti alla disciplina romanistica della proprietà individualista. In questo senso si pensa che la progressiva soggettivizzazione della collettività possa essere operazione illegittima nella misura in cui induca una normalizzazione dei diritti originari di uso nel sistema del diritto civile, riducendoli quindi ad una somma di diritti individuali di uso su beni imputati a titolo di proprietà in capo a un terzo²⁸⁴.

²⁸¹ Sulla nozione di produttivismo e post-produttivismo nella letteratura economica occupatasi di politica agricola si veda A. S. MATHER, G. HILL, M. NIJNIK, *Post-productivism and rural land use: cul de sac or challenge for theorization?*, in *Journal of rural studies* 2006, 22, pp. 441-455; G. A. WILSON, *From 'weak' to 'strong' multifunctionality: conceptualising farm-level multifunctional transitional pathways*, in *Journal of rural studies*, 2008, 24, pp. 367-383, N. EVANS, C. MORRIS, M. WINTER, *Conceptualizing agriculture: a critique of post-productivism as the new orthodoxy*, in *Progress in Human Geography*, 2002, 3, pp. 313-332, G. A. WILSON, *From productivism to post-productivism... and back again? Exploring the (un)changed natural and mental landscapes of European agriculture*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2001, 1, pp. 77-102.

²⁸² Sulla trasformazione dell'impresa agricola da produttrice di beni agricoli a produttrice di servizi anche ambientali, alla luce di una sua multifunzionalità nello spazio rurale, si veda G. GALLONI, *Nuovi confini del diritto agrario fra il diritto comunitario ed il diritto ambientale*, in *Riv. dir. agr.*, 2000, 3, pp. 381 - 411, P. MAGNO, *Sul diritto agrario modernizzato*, in *Riv. dir. agr.*, 2006, I, pp. 76-115, L. COSTATO, *L'evoluzione del diritto agrario dal codice civile del 1942 a oggi*, in *Riv. dir. agr.*, 2001, I, pp. 3-17, L. PAOLONI, *Diritti degli agricoltori e tutela della biodiversità*, Torino, 2005.

²⁸³ L. RAMELLI DI CELLE, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze* (nota a Commiss. usi civici Roma, 24 maggio 1982, n. 3), in *Riv. dir. agr.*, 1984, II, p. 61.

²⁸⁴ Come rilevato in dottrina, «l'assunzione da parte della personalità giuridica da parte della forma organizzativa della comunità di abitanti, per disposizione di legge, certamente non trasforma il diritto collettivo della comunità stessa in diritto individuale della persona giuridica» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 306).

4.2. *La struttura dei diritti di uso civico e di promiscuo godimento*

Le considerazioni svolte inducono ad un approfondimento della struttura dei diritti collettivi presi in considerazione. Riconoscendone la complessità, la Corte di Cassazione ha rilevato la pluralità di posizioni che gravitano sul bene civico. Secondo la Corte infatti «tradizionalmente, con l'uso civico si intende, sia il diritto dell'intera collettività sia quello del singolo utente, il quale gode dell'uso *uti civis* e *uti singulus*, ma sempre come singolo appartenente a quella collettività; esso da un lato è un diritto dell'intera collettività e dall'altro l'esercizio di un diritto, che non può avvenire se non per mezzo del singolo utente, che a sua volta, come utente e come membro della collettività, è titolare di un diritto di partecipazione al godimento promiscuo della collettività»²⁸⁵. Tale soluzione appare approfondire il dato positivo che, non distinguendo tra una posizione collettiva ed una posizione individuale, riduce entrambe al concetto di uso civico. Proprio alla luce della giurisprudenza si è pensato opportuno distinguere, nel presente lavoro, il diritto collettivo originario dal diritto originario di uso, i quali, come si è avuto modo di evidenziare, traggono il proprio fondamento da presupposti autonomi e indipendenti.

La collettività mantiene sui beni gravati dai diritti individuali di uso una posizione autonoma che può desumersi sia dal consolidato orientamento giurisprudenziale, sia dalla lettura sistematica del dato positivo.

Tale posizione si palesa in due differenti aspetti: in primo luogo nel persistere di un diritto all'esercizio diretto di attività economica sui beni collettivi²⁸⁶, per le utilità che sopravanzano al concreto esercizio degli usi da parte dei componenti la collettività; in secondo luogo nei poteri regolativi che l'art. 43 del R.D. 26 febbraio 1928, n. 332, attribuisce ai Comuni e alle associazioni, in quanto enti strumentali che organizzano e rappresentano la collettività. Come si è già avuto modo di dire, tale

²⁸⁵ Cass. civ., 2 febbraio 1962, n. 210, in *Foro amm.*, 1962, II, p. 394.

²⁸⁶ Come evidenziato in dottrina con riferimento ai «beni civici a destinazione pubblica» (ossia quei beni che la legge del 1927 sottopone a regime forestale mantenendovi i diritti collettivi originari) «la presenza del diritto dominicale pur sui beni civici a destinazione pubblica comporta tuttavia, come si mostrerà, che la popolazione proprietaria ed utente al di là del mero esercizio del diritto di uso che le spetta, è legittimata ad organizzare forme di utilizzazione produttiva dei beni compatibile con le destinazioni pubbliche di essi (che si configurino anzi come forme di attuazione organizzativa della stessa destinazione pubblica), che tendenzialmente prevalgono sulle forme di utilizzazione produttiva dei beni stessi imposti dalla pubblica amministrazione nei modi di legge» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 279).

potere regolativo è stato considerato in dottrina espressione di un potere pubblico di polizia²⁸⁷. Tale considerazione poteva essere ritenuta corretta prima che, con l'intervento legislativo del 1994, si affermasse la tendenziale natura privatistica degli enti associativi deputati alla gestione del patrimonio collettivo. A fronte di tale affermazione, non può più considerarsi legittima un'interpretazione che attribuisca poteri di natura pubblica, come sono i poteri per mezzo dei quali si regolano i diritti originari di uso, a enti privati quali le associazioni agrarie. Il fondamento deve essere trovato nella posizione dominicale collettiva, in ragione della quale le collettività regolano l'esercizio degli usi nell'ambito di una propria autonomia per mezzo dei propri enti rappresentativi²⁸⁸. Tale affermazione trova conferma anche qualora tale regolazione sia effettuata dal Comune, ente pubblico cui sono trasferite residualmente²⁸⁹ tali facoltà in assenza di una struttura organizzativa autonoma della collettività. Gli atti attraverso i quali il Comune regola in via generale l'esercizio di diritti soggettivi, o gli usi derivanti dall'appartenenza alla collettività, attengono a sfere distinte, atti emanati nel primo caso in qualità di ente pubblico territoriale sulla base di poteri originari di *imperium* di natura conformativa²⁹⁰, nel secondo caso sulla

²⁸⁷ Cfr. L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 113.

²⁸⁸ I termini in cui la questione si pone, alla luce dell'intervento legislativo del 1994, vengono ben espressi dalla qualificazione giuridica della fida, ossia quella somma di denaro che gli utenti devono corrispondere all'associazione per l'utilizzo del patrimonio collettivo, qualora le entrate patrimoniali dell'associazione non siano sufficienti per sostenere le spese necessarie alla sua gestione. Coerentemente alla generale attribuzione, prima del 1994, di una natura pubblica agli enti associativi, la fida era considerata «prestazioni di natura sostanzialmente tributaria» (Cass. civ., 20 dicembre 1985, n. 6522, in *Nuovo dir. agr.*, 1986, p. 506), la cui entità prescindeva quindi dalla sinallagmaticità che contraddistingue i rapporti sorti in ambito privatistico (Comm. Usi Civici Roma, 28 ottobre 1959, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 630: «per la configurabilità del diritto di fida occorre che la tassa da pagare per il pascolo sia tenue, tanto da lasciare all'uso un margine apprezzabile di utilità e non consista nel prezzo e nell'equivalente del godimento»). Differente invece l'opinione espressa della Cassazione, la quale recentemente ha definito la fida «un "corrispettivo" per l'esercizio degli usi civici che può essere imposto quando le rendite delle terre non bastano al pagamento delle imposte su di esse gravanti e delle spese necessarie per la loro amministrazione e sorveglianza» (Cass. civ. (ord.), ss.uu., 11 marzo 2004, n. 5050).

²⁸⁹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 310.

²⁹⁰ Di particolare interesse è la conformazione dei diritti collettivi su terre incluse nel perimetro di parchi, nazionali e regionali. La Corte costituzionale ha avuto modo di precisare come anche i diritti individuali di godimento possano e debbano essere conformati per assicurarne la funzione sociale. (cfr. Corte costituzionale, 3 ottobre 1990, n. 430; Corte costituzionale, 11 luglio 1989, n. 391). Entrambe le sentenze sono precedenti alla L. 394, 6 dicembre 1991, *Legge quadro sulle aree protette*, che nell'art. 11 riconosce e mantiene nelle aree protette «i diritti reali e gli usi civici delle collettività locali, che sono esercitati secondo le consuetudini locali», sottraendoli quindi al potere conformativo esercitato dalle autorità del parco per mezzo del regolamento. L'esercizio secondo consuetudini deve considerarsi, in questo caso, il contenuto minimo del diritto dominicale.

base di poteri derivati in quanto ente strumentale per mezzo del quale la collettività esercita la propria autonomia²⁹¹.

Le considerazioni svolte preannunciano la relazione che intercorre tra collettività e ente rappresentativo, sia esso il Comune, la associazione, o l'amministrazione frazionale: trattasi di un rapporto di strumentalità, non essendo l'ente titolare originariamente di una autonoma posizione rispetto al bene collettivo. L'ente in definitiva organizza e rappresenta la collettività²⁹², senza divenire proprietario dei beni oggetto di diritti collettivi²⁹³.

La questione si presenta comunque problematica, in quanto la normalizzazione dei diritti collettivi di natura dominicale all'interno degli schemi del diritto civile indusse parte della dottrina a imputare, seppur formalmente²⁹⁴, i beni collettivi agli enti menzionati. A tale imputazione formale si contrappone un'appartenenza sostanziale alla collettività. Tale operazione, rivolta ad appianare le frizioni concettuali tra il modello proprietario collettivo e la proprietà individualista, se evita il completo assorbimento della prima nella seconda, non le riconosce però la piena autonomia che, a nostro parere, le compete. Le stesse considerazioni non possono essere sostenute alla luce della giurisprudenza e della dottrina maggioritaria²⁹⁵, che correttamente ha evidenziato come le «terre del demanio universale o comunale sono di proprietà delle popolazioni»²⁹⁶. Tale principio deve

²⁹¹ A conclusioni diverse giunge Fulciniti, autrice di una delle poche opere che sistematicamente ha affrontato il tema dopo l'intervento legislativo del 1994. Corretta l'opinione dell'autrice, la quale assume la premessa per cui i poteri di regolazione da parte di enti - siano essi il Comune, l'associazione, o la Amministrazione separata - non derivano da una posizione dominicale dell'ente (cfr. L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, pp. 111 e ss.). L'ente infatti non è proprietario dei beni collettivi, essendo mero strumento organizzativo della collettività. È quest'ultima, in virtù della propria posizione dominicale rispetto al bene collettivo, a esercitare, per mezzo dell'ente, alcuni poteri regolativi complementari agli ordinari poteri pubblici che continuano a permanere in capo a enti pubblici territoriali.

²⁹² Cfr. Cass. civ., 3 febbraio 1962, n. 210, in *Foro amm.*, 1962, II, p. 394.

²⁹³ Nella giurisprudenza tale statuizione è ampiamente consolidata. Si veda Cassazione, 26 maggio 1939, n. 1754; Corte di Appello di Roma, Sez. usi civici, 13 maggio 1978, n. 7. In dottrina la tesi è certamente maggioritaria. Cfr. L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 62; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 215-216, A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 547 (che fonda le proprie considerazioni sia sulla consolidata giurisprudenza, sia sul dato letterale della L. 31 ottobre 1994, n. 97), M. A. LORIZIO, *Usi civici*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXII, Roma, 1994, p. 5.

²⁹⁴ Cfr. S. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 166.

²⁹⁵ E. CASAMASSIMA, *La Corte costituzionale ripristina la tutela giuridica demaniale ed ambientale*, in *Giust. civ.*, 1995, 4, p. 865.

²⁹⁶ Cass. civ., 11 febbraio 1974, n. 378, Cass. civ., 3 febbraio 1962, n. 210, in *Foro amm.*, 1962, II, p. 394, Cass. civ., 5 gennaio 1950, n. 51, in *Giur. Cass. civ.*, 1950, II, n. 1215; Si veda inoltre Cass. civ.,

essere considerato applicabile anche ai beni frazionali, non ritenendo corretto pensare che la soggettivizzazione del gruppo avvenuta con l'art. 25 della L. 16 giugno 1927, n. 1766, e riconfermata con L. 17 aprile 1957, n. 278, possa aver risolto i diritti collettivi originari in un diritto di proprietà imputato a persona giuridica²⁹⁷, che invece è mero strumento funzionale all'esplicarsi della posizione collettiva. Tale principio deve inoltre essere affermato per quelle realtà in cui il titolo all'esercizio dei diritti di uso dipende, in virtù di norme consuetudinarie o statutarie, dalla discendenza. Anche in questo caso ha senso parlare di un diritto collettivo nel momento in cui vi sia una pluralità di posizioni dominicali che non vengono sostituite dalla titolazione a una persona giuridica di un diritto di proprietà *ex* diritto civile.

Alla posizione della collettività si sovrappongono le posizioni individuali, che sono contraddistinte dalla dominicalità. Se la dominicalità dei diritti *in re aliena* è desumibile dalla natura divisoria del procedimento destinato allo scorporo dei diritti collettivi²⁹⁸, tale appare anche la posizione individuale rispetto ai diritti *in re propria*, anche qualora siano esercitati su beni già sottoposti a sistemazione *ex* artt. 11 e ss, L. 16 giugno 1927, n. 1766. Anche i diritti di uso su beni collettivi che non sono stati destinati, nell'ambito di una valutazione discrezionale, ad essere ripartiti ed assegnati a famiglie di coltivatori diretti, debbono essere considerati di natura dominicale, seppur ridotti, in virtù di conformazione pubblica, al diritto di uso contemplati dall'art. 1021, c.c. Questo deve essere considerato il contenuto minimo del diritto originario di uso²⁹⁹, che però non trova il proprio fondamento nel provvedimento

18 dicembre 1952, n. 3233, in *Foro it.*, 1953, I, p. 966; Cass. civ., 27 novembre 1954, n. 4329, in *Giur. Civ.* 1954, p. 2835.

Di contenuto analogo l'art. 2, n. 1, L.R. Sardegna 14 febbraio 1994, n. 12, il quale recita «1. Gli usi civici, intesi come i diritti delle collettività sarde ad utilizzare beni immobili comunali e privati, rispettando i valori ambientali e le risorse naturali, appartengono ai cittadini residenti nel Comune nella cui circoscrizione sono ubicati gli immobili soggetti all'uso». Si veda inoltre l'art. 3, n. 1, L.R. Calabria 21 agosto 2007, n. 18, che riconosce la titolarità alla comunità locale dei diritti di uso civico.

²⁹⁷ Se è corretto riconoscere l'autonomia dell'amministrazione frazionale, è incorretto definirla proprietaria dei beni civici che rimangono in proprietà della collettività. In questo senso «le frazioni dei comuni, pur costituendo circoscrizioni amministrative del comune, possono essere titolari di beni di proprietà o uso collettivo, come quelli destinati ad uso civico» (Cass. civ., Sez. II, 23 dicembre 1994, n. 11127). Se la titolarità cui fa riferimento la Cassazione fosse la titolarità del diritto di proprietà, implicitamente non vi sarebbe più ragione di rilevare il suo carattere collettivo, come peraltro confermato dalla stessa Cassazione nel passo riportato.

²⁹⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 227.

²⁹⁹ L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 110.

amministrativo che destina a uso pubblico il patrimonio collettivo non liquidato. Contrariamente i diritti originari di uso discendono - anche con riferimento ai fondi privi di vocazione agricola e permanentemente assegnati al Comune, alle associazioni separate, alle associazioni agrarie - dall'appartenenza alla collettività, che rimane titolare del diritto di proprietà³⁰⁰. Il procedimento amministrativo che la legge prevede non modifica la natura ed il fondamento dei diritti, modificandone e trasformandone al più i contenuti³⁰¹.

Tale affermazione trova conferma nella giurisprudenza della Cassazione, la quale ha escluso che l'esercizio dei poteri regolativi *ex art. 42, R. D. 26 febbraio 1928, n. 332*, possa produrre una «degradazione del diritto di uso civico a semplice interesse legittimo» (Cass. civ., ss.uu., 23 marzo 1999, n. 181). Tale statuizione induce ad una riflessione. La regolazione conformativa del diritto di uso civico per mezzo di strumenti autoritativi, che deve essere ammessa non sottraendosi al principio della funzione sociale che contraddistingue ogni posizione reale rispetto ad un bene, non si svolge per mezzo dei poteri attribuiti al comune o associazione *ex art. 42, R. D. 26 febbraio 1928, n. 332*. Questo riconferma che la regolazione complessiva dei diritti di uso si attua per mezzo sia di strumenti di natura privatistica, sia per mezzo di strumenti autoritativi di natura pubblica. Il fatto che i medesimi strumenti possano essere nella disponibilità del medesimo ente, non nega che possano essergli imputati sulla base di differenti titoli (strumento organizzativo della generalità di abitanti nel primo caso, ente territoriale titolare di un potere di *imperium* nel secondo caso). Concorde l'opinione di Cerulli Irelli, il quale «una volta ricevuto il testo del decreto accertativo degli usi civici, e sulla base di esso, l'ente rappresentativo della comunità d'abitanti provvede alla redazione di una proposta di regolamento degli usi civici accertati, tenendo conto dei piani economici dell'autorità forestale [...] In questa fattispecie il comune, come l'Amministrazione separata o l'associazione agraria, è presente nella sua veste di ente rappresentativo della comunità proprietaria ed utente, nella sua veste privata» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, pp. 397-398).

³⁰⁰ Concorde l'opinione di L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 102. Trattasi infatti di diritti soggettivo perfetto, che non discende dalla destinazione ad uso pubblico di un bene. Sulla distinzione tra usi civici e diritti di uso pubblico, si veda V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 253.

³⁰¹ Concorde L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 62. Nell'opinione di chi scrive deve quindi essere criticata la tesi, sostenuta in dottrina, per la quale i diritti collettivo di uso sarebbero stati trasformati con la legge del 1927 in diritti di uso di natura privatistica, riconducibili al novero tassativo dei diritti reali contemplati dal codice. Si veda P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici e interesse pubblico*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, p. 185.

Incerta e criticabile la posizione del Cerulli Irelli, il quale afferma come «l'uso civico sui beni collettivi a destinazione pubblica [...] non si configura più come diretta emanazione della situazione dominicale ma trova invece la sua fonte immediata nel procedimento che lo accerta e lo regola» (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 277). Adesiva l'opinione di L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Digesto delle scienze pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, p. 594, per il quale «gli usi civici sulle terre di categoria a), pur rimanendo di proprietà collettiva, trovano la loro fonte non più nella situazione dominicale, ma nell'atto amministrativo che li accerta e regola».

4.3. *La natura dei diritti di uso civico e di promiscuo godimento: il fondamento storico e logico-sistematico*

L'approfondimento di un concetto di uso civico è stato compiuto in dottrina da diverse angolazioni. Il dibattito sviluppatosi in seno alle discipline storico-giuridiche sull'origine dell'istituto ha cercato di chiarire «l'oscuro argomento dei beni collettivi»³⁰², e l'atipica natura dei diritti che vi sono esercitati, rintracciando ora nel diritto feudale³⁰³, ora in quello romano³⁰⁴ l'archetipo del modello da cui i essi discendono. Ciò che si può comunque affermare, prescindendo dall'origine dell'istituto, è che storicamente i diritti collettivi nacquero dalla giuridicizzazione di un fatto apprensivo nell'ambito del sistema feudale³⁰⁵.

La tesi che individua l'origine dell'istituto nel diritto feudale ha permesso di comprendere i diritti collettivi come il frutto della penetrazione di istituti del diritto germanico nell'esperienza giuridica italica, introducendo una figura di condominio differente rispetto a quella della tradizione romanistica. La comunione a mani riunite, infatti, si è dimostrata figura giuridica capace di render conto sia dello speciale rapporto a doppio filo che lega gli individui - come singoli e come parte di una collettività - al bene collettivo, sia la natura permanente e non transitoria della comunione, da cui desumere l'indivisibilità del patrimonio. Seppur recuperato per mezzo di un'operazione di dubbia purezza filologica³⁰⁶, tale istituto ha inoltre permesso di evidenziare la natura dominicale che caratterizza le posizioni individuali e collettive rispetto al bene.

Nella speculazione della scuola giuridica napoletana - quella che, nel corso dei secoli, si è maggiormente preoccupata di ricostruire con attenzione i tratti dell'istituto e a cui hanno attinto sia il legislatore post-unitario, sia la giurisprudenza³⁰⁷ - i diritti collettivi sono stati concepiti come un condominio per

³⁰² V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 167.

³⁰³ Sulle differenze tra gli istituti del diritto romano e gli usi civici, si veda G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui, demani comunali ed usi civici*, Milano, 1939, pp. 16-17.

³⁰⁴ Cfr. M. ZACCAGNINI, A. PALATIELLO, *Gli usi civici*, Napoli, 1984, pp. 7 e ss.

³⁰⁵ L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 14

³⁰⁶ Cfr. P. GROSSI, *Il dominio e le cose: percezioni medioevali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992, pp. 723 e ss.

³⁰⁷ Cfr. L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Digesto delle scienze pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, p. 585.

*facultates*³⁰⁸, riconosciuti in quanto diritti naturali e perciò imprescrittibili³⁰⁹, nel cui esercizio la comunità d'abitanti ha titolo per ritrarre dal territorio pertinenziale quanto necessario ai propri bisogni. Il diritto ha il proprio fondamento non in un titolo di diritto privato, ma di diritto pubblico³¹⁰. Su tale base la giurisprudenza ha potuto distinguere tra consuetudine e uso civico, la prima di natura prettamente privatistica, il secondo di natura pubblicistica³¹¹.

Tale massima è stata recepita nella consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, per la quale gli usi civici sono «diritti primari necessari ai bisogni essenziali della vita, spettanti, *uti siguli* e *uti cives*, agli appartenenti ad una determinata comunità»³¹². Il concepire, quindi, i diritti collettivi originari come diritti naturali, oltre a costituire la premessa da cui desumere la loro imprescrittibilità³¹³, permette di relativizzare l'importanza delle vicende storiche da cui gli usi civici sono sorti.

Nella giurisprudenza si evidenzia da un lato come tali diritti collettivi, oltre a trarre «il loro fondamento nel diritto alla vita delle popolazioni», siano stati acquisiti

³⁰⁸ Cfr. G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui, demani comunali ed usi civici*, Milano, 1939, p. 239.

³⁰⁹ Storicamente l'imprescrittibilità dei diritti collettivi originari impedì la loro estinzione pur a fronte dell'abbandono del territorio da parte della comunità locale. Nel momento in cui si ricostituì un nuovo abitato in un feudo divenuto nel tempo deserto, gli antichi usi risorgevano in beneficio della nuova comunità locale. Cfr. A. PALERMO, *Enfiteusi - superficie - oneri reali - usi civici*, Torino, 1965, p. 784.

³¹⁰ Cfr. L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, pp. 48-49; P. M. CATALANI, *Riflessione intorno alla cosiddetta demanialità dei beni soggetti ad usi civico*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2007, 1, p. 23.

³¹¹ Cfr. Cass. civ., 24 marzo 1964, n. 677, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1127, nella quale si distingue tra consuetudine di compascolo, fatto tollerato, e uso civico di pascolo, «onde al carattere spiccatamente pubblicistico del diritto civico si contrapponeva quello eminentemente privatistico della consuetudine».

³¹² Cass. civ., 19 ottobre 1967, n. 2553, in *Giust. civ. rep.*, 1967, voce Usi civici, n.1; si veda inoltre Cass. civ., 18 marzo 1949, n. 604, in *Mass. foro it.*, 1949, p. 127; Cass. civ., 21 giugno 1966, n. 1592, in *Riv. dir. agr.*, 1966, II, p. 330; Cass. civ., 7 luglio 1934, n. 2245, in *Sett. Cass. civ.* 1934, p. 1312; Cass. civ., 14 ottobre 1953, n. 3345, in *Giur. Cass. civ.* 1953, V, è. 299; Cass. civ., 27 febbraio 1946, n. 192, in *Arch. ricerche giuridiche*, 1947, p. 76.

³¹³ In questo senso «la impossibilità e la difficoltà di esercizio degli usi civici non comportano la estinzione di essi» (Commiss. usi civici Roma, 4 febbraio 1983, n. 3, *Riv. dir. agr.*, 1984, II, p. 45, con nota di L. RAMELLI DI CELLE, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze*).

L'imprescrittibilità e l'inalienabilità dei diritti di uso civico sono state positivizzate in alcune legislazioni regionali. L'art. 3, n. 1, L.R. Calabria 21 agosto 2007, n. 18, dichiara gli usi civici «diritto inalienabile, imprescrittibile e inusucapibile». Analogamente l'art. 1, n. 5, L.R. Molise 23 luglio 2002, n. 14, impone la tutela dei «diritti originari ed imprescrittibili delle popolazioni molisane sulle terre civiche». Tale principio viene vistosamente limitato dall'art. 1, L.R. Basilicata 12 agosto 2000, n. 57, come modificato con L.R. 25, 5 luglio 2002, in virtù del quale si escludono dal patrimonio civico quei fondi che «abbiano per disuso ultraventennale perso irreversibilmente la destinazione all'uso collettivo dei cittadini residenti».

grazie alla «occupazione e [al] lavoro compiuti per rendere fruttifero il terreno»³¹⁴. Tale considerazione, se in parte vera, non tiene presente come molti degli usi siano atti di mera rapina che non implicano una modificazione del territorio. Anche qualora l'applicazione del lavoro - e il conseguente miglioramento fondiario - sia da considerare rilevante, lo sarebbe in quanto fondamento di un'appropriazione individuale delle utilità ritratte da beni già collettivi.

Dall'altro lato si considera rilevante l'occupazione primaria, riconosciuta nell'atto di infeudazione con cui il territorio occupato venne attratto nel sistema politico feudale. In questo senso «perché all'atto dell'infeudazione il diritto civico potesse rimanere in vita in favore della popolazione, era necessario anzitutto che una popolazione vi fosse, con i suoi insopprimibili bisogni cui l'esercizio degli usi sopperiva, e che, quindi, non si fosse in presenza di un fondo rustico o disabitato»³¹⁵. Questa affermazione viene però contraddetta dalla stessa giurisprudenza, la quale, in altro frangente, ha dichiarato come anche in feudi originariamente disabitati si potessero costituire diritti di uso civico³¹⁶, anche se in questo caso sarebbe stato necessario provarne l'esistenza e l'esercizio, non trovando applicazione la presunzione *ubi feuda, ibi demania*³¹⁷.

I diritti di uso civico, quindi, nacquero in alcuni casi da un'apprensione originaria riconosciuta dal sistema feudale, in altri da un uso di fatto tollerato, o da

³¹⁴ Cass. civ., 21 giugno 1966, n. 1592, in *Riv. dir. agr.*, 1966, II, p. 330; analoga la massima contenuta in Cass. civ., 18 marzo 1949, n. 604, in *Mass. foro it.*, 1949, p. 127.

³¹⁵ Cass. civ., 21 giugno 1966, n. 1592, in *Riv. dir. agr.*, 1966, II, p. 330.

Tale è la tesi assunta da Alvisi sulla base della sentenza del Commiss. usi civici Roma, 4 febbraio 1983, n. 3, in *Riv. dir. agr.*, 1984, II, p. 45, con nota di L. RAMELLI DI CELLE, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze*. Nella sentenza però si specifica come «l'originario possesso di popolazioni prima della costituzione di proprietà privata ed anteriormente alla stessa formazione del Comune come ente esponenziale» sia sì la «principale, se non esclusiva» fonte del demanio civico (*rectius* dei diritti di uso civico sul demanio universale, come dice l'autrice), non escludendo però altre forme di appropriazione collettiva (come gli usi civici in senso stretto su terre già infeudate). Cfr. C. ALVISI, *Usi civici*, in *Contratto e impr.*, 2005, 2, p. 837.

³¹⁶ Cfr. Cass. civ. 23 gennaio 1930, n. 229, in *Foro it.*, 1930, I, p. 992.

Come osserva il Raffaglio «è importante rilevare come il fondamento giuridico dell'uso dei singoli abitanti sui demani regi, feudali, universali, non era già la concessione del re o del barone, la riserva, il privilegio all'atto della infeudazione, delle terre su cui si godevano gli usi, ma il diritto stesso degli abitanti; l'uso civico competeva *iure naturali*» (G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui, demani comunali ed usi civici*, Milano, 1939, p. 30).

³¹⁷ Cfr. Cass. civ., 6 agosto 1980, n. 2986; Cass. civ., 23 aprile 1960, n. 910, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1369.

una concessione fatta dall'autorità politica³¹⁸. Ma seppur l'uso di fatto di fondi ricompresi in territori già infeudati potesse essere tollerato o concesso, il medesimo fatto o diritto diveniva il contenuto di un uso civico nel momento in cui venne riconosciuto come necessario alle esigenze di vita della comunità di abitanti.

Nel tentativo di razionalizzare il fondamento storico e logico dei diritti collettivi, sembra che si invocino giustificazioni di tipo moderno (lavoro e occupazione primaria). In verità è corretto pensare che il riconoscimento giuridico dell'appropriazione collettiva di un territorio sia giustificato dal sussistere in capo alla collettività di un diritto naturale, logicamente precedente ai fatti appropriativi individuali. Solo in questo senso i beni civici possono dirsi beni strumentali all'esercizio di un diritto alla vita delle popolazioni - siano queste insediate prima o dopo l'infeudazione del territorio - i cui componenti esercitarono gesti appropriativi avendo come titolo per l'accesso l'appartenenza e come titolo per l'appropriazione individuale, l'applicazione del proprio lavoro.

La massima per cui i diritti collettivi originari sono «diritti primari necessari ai bisogni primari ed essenziali della vita, spettanti, *uti siguli* e *uti cives*, agli appartenenti ad una determinata comunità»³¹⁹ è stata recepita dal legislatore, nel momento in cui ha aperto alla generalità dei residenti il godimento dei beni originariamente civici, sui quali si erano, però, consolidate posizioni particolari di gruppi più ristretti rispetto alla comunità di abitanti. Per mezzo di tale obbligo, il legislatore ha inteso determinare direttamente i criteri in base ai quali si acquista lo *status* di membro della collettività, titolare dei beni civici. Ne consegue che i diritti collettivi originari sono stati concepiti nell'ordinamento giuridico moderno per permettere l'esercizio di diritti fondamentali³²⁰, seppur profondamente condizionati

³¹⁸ Tale elemento è rilevante ai fini dell'accertamento degli usi, in quanto la pre-esistenza di una popolazione in un territorio successivamente infeudato implica l'applicazione del principio *ubi feuda, ibi demania* e la presunzione di esistenza di usi civici.

³¹⁹ Cass. civ., 19 ottobre 1967, n. 2553, in *Giust. civ. rep.*, 1967, voce Usi civici, n.1; si veda inoltre Cass. civ., 18 marzo 1949, n. 604, in *Mass. foro it.*, 1949, p. 127; Cass. civ., 21 giugno 1966, n. 1592, in *Riv. dir. agr.*, 1966, II, p. 330; Cass. civ., 7 luglio 1934, 2245 in *Sett. Cass. civ.* 1934, p. 1312; Cass. civ., 14 ottobre 1953, 3345, in *Giur. Cass. civ.* 1953, V, p. 299; Cass. civ., 27 febbraio 1946, n. 192, in *Arch. ricerche giuridiche*, 1947, p. 76.

³²⁰ È interessante citare il giudizio di costituzionalità (Corte costituzionale (ord.), 26 maggio 2006, n. 208) sollevato con riferimento all'art. 7, n. 5, L.P. Trento 5, 13 marzo 2002, il quale imponeva il requisito della cittadinanza italiana per partecipare all'assemblea degli utenti. Quest'organo avrebbe dovuto eleggere al proprio interno il Comitato di gestione dell'ASUC. Gli atti furono rimessi al giudice *de quo* in virtù di un nuovo intervento legislativo (L.P. Trento 14 giugno 2005, n. 6, *Nuova disciplina dell'amministrazione dei beni di uso civico*), che infatti eliminò la discriminazione tra

nel loro esercizio da variabili territoriali. In altre parole il territorio pertinenziale di una comunità costituisce l'ambito in cui esercitare - sulla base di un criterio tendenzialmente universale come la residenza - un diritto inerente la persona. I criteri che definiscono l'inclusione o l'esclusione alla comunità locale non debbono essere assunti come contraddittori rispetto all'universalità che contraddistingue, invece, l'esercizio di un diritto fondamentale, in quanto ognuno ha il diritto di esercitare, nella comunità in cui risiede, quel diritto di accesso ai beni che storicamente sono stati collettivamente appropriati in quanto necessari a soddisfare esigenze primarie collettive e individuali³²¹. Universale è il diritto, particolare è l'ambito territoriale nel quale può essere esercitato, storicamente accidentale è l'entità e la natura del patrimonio sul quale sono stati acquisiti i diritti collettivi originari non ancora liquidati.

I differenti contenuti che i diritti possono assumere dipendono infatti dalle vicende storiche vissute da ogni comunità locale. La semplicità del principio giuridico che dichiara l'esistenza di un diritto naturale alla vita della comunità locale nasconde gli innumerevoli e complessi conflitti che ne caratterizzarono l'applicazione. Sia i beni sui quali si sono storicamente affermati i diritti collettivi, sia quelli che le comunità locali sono riuscite a sottrarre alle usurpazioni e ai progetti di liquidazione, ci consegnano il risultato di tale conflitto, ossia gli esiti applicativi di un principio giuridico che mantiene però una propria autonomia.

Per queste ragioni l'accertamento del fatto appropriativo storicamente consumatosi esteriorizza l'applicazione del principio giuridico, cristallizzandone gli esiti ma neutralizzandone l'operatività. La presunta impossibilità di ricostituire o

residenti stranieri e residenti di cittadinanza italiana. Peraltro la nuova disciplina stabilisce che l'esercizio dei diritti, titolati in virtù dell'appartenenza necessaria conseguente al risiedere, possa essere subordinato ad un periodo minimo di residenza (art. 2, n. 2).

La medesima discriminazione è prevista dall'art. 2, n. 1, Bolzano, L.P. 12 giugno 1980, n. 16, norma che non è stata impugnata e da cui trarre ulteriore conferma della speciale configurazione del quadro normativo altoatesino rispetto alle tendenze nazionali e regionali.

³²¹ Il concetto di territorio, come «dimensione di significato» (C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva*, Bologna, 2005, p. 196) nella quale si sedimenta un senso di appartenenza ad una vicenda collettiva, seppur locale, può essere strumento di un progetto politico inclusivo alternativo alle incompiute promesse di inclusione universale, ma de-territorializzata, predicate dal paradigma moderno. Sugli eccessi e i deficit del progetto moderno, da cui emergono quelle che l'autore definisce neo-comunità, si veda B. DE S. SANTOS, *A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência*, São Paulo, 2005, pp. 50 e ss, e p. 109.

costituire *ex novo* diritti originari collettivi³²² - che sarebbero originari in quanto dichiarativamente riconosciuti, per mezzo di procedimenti pubblici normativi - si baserebbe sulla supposta estraneità rispetto all'ordinamento giuridico costituzionale del principio giuridico sotteso al riconoscimento dei diritti collettivi originari. Tale tesi è a nostro parere errata, in quanto il medesimo principio viene declinato nell'istituto della riserva, non a caso originaria, di determinati beni, che, in virtù di procedimenti deliberativi di natura normativa, divengono pubblici e destinati a garantire un accesso universale³²³. Proprio alla luce di tale principio si deve dubitare che la capacità appropriativa collettiva, da cui tali diritti sono sorti, sia da considerare storicamente esaurita o incompatibile rispetto all'ordinamento giuridico contemporaneo.

Queste considerazioni ci indicano in che termini debba essere considerata l'originarietà che contraddistingue sia il diritto collettivo, sia il diritto di uso. Trattasi di diritti originari in una accezione non temporale, che coincide con una occupazione primaria, ma logico-sistematica: originari dunque anche se acquisiti in seguito alla modificazione del titolo che permise di rivendicare su di un terreno già infeudato l'esercizio di un diritto nato da un uso inizialmente tollerato o concesso. Nei casi in cui l'appropriazione di determinate utilità divenne il contenuto di un diritto civico, se ne modificò il fondamento, estinguendosi un titolo privato e individuale - come si presenta la consuetudine - e ricostituendosi uno di natura collettiva eminentemente pubblicistica³²⁴.

³²² Il principio si può desumere dal divieto che l'art. 25, co. 3, L. 16 giugno 1927, n. 1766 impone alla costituzione *ex novo* di associazioni agrarie, potendosi al massimo riconoscersi quelle esistenti. Alcune legislazioni regionali derogano al detto principio. L'art. 17, L.P. Trento 14 giugno 2005, n. 6, prevede che la Amministrazione separata possa accrescere il proprio patrimonio, con un procedimento per l'apposizione del vincolo di uso civico. L'art. art. 18-ter, L.R. Sardegna 14 marzo 1994, n. 12, introdotto dall'art. 3, L.R. 18, 4 aprile 1996, permette il trasferimento del vincolo dai fondi originariamente gravati da usi civici ad altri beni in proprietà del Comune. Da menzionare infine l'art. 8-bis, n. 1, lett. a, L.R. Lazio 3 gennaio 1986, n. 1, che destina i capitali provenienti dall'alienazione, dalla legittimazione di occupazioni abusive, dalla liquidazione dei diritti collettivi, «all'acquisto di terreni di proprietà collettiva di uso civico».

Inoltre alcune norme regionali specificamente emanate per regolare le associazioni agrarie in genere (L.P. Bolzano 7 gennaio 1959, n. 2) o le organizzazioni montane per la gestione di beni agro-silvo-pastorali (L.R. Veneto 19 agosto 1996, n. 26, sulla base di una competenza concorrente delimitata dai principi della L. 31 gennaio 1994, n. 97) permettono la ricostituzione degli antichi patrimoni.

³²³ Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 52. Sulla politicità della scelta orientata alla pubblicizzazione di determinate categorie di beni, si veda U. MATTEI, *Proprietà*, in *Digesto delle scienze privatistiche, sezione civile*, XV, Torino, 1997, p. 448.

³²⁴ In questo senso «la natura dei diritti di uso civico e dei beni che ne formano l'oggetto è essenzialmente pubblicistica; dal che consegue l'iusucapibilità e la imprescrittibilità degli usi civici,

4.4. *Il regime dei beni gravati da diritti di uso civico e di promiscuo godimento*

La qualificazione dei diritti di uso civico e di godimento promiscuo come funzionalmente legati all'esercizio di diritti fondamentali si riflette nel regime giuridico dei diritti e dei beni. Questi ultimi sono stati catalogati giustamente dalla miglior dottrina tra le «cose pubbliche»³²⁵, ed oggi, alla luce di una proposta tesa a riorganizzare sistematicamente i beni pubblici, tra quelli comuni³²⁶.

Le terre gravate dai diritti collettivi potevano essere originariamente oggetto di atti dispositivi, seppur con il consenso di tutti gli utenti e con sanzione sovrana³²⁷. La dottrina e la giurisprudenza però, rilevando il nesso tra i beni soggetti a uso civico e la garanzia di diritti fondamentali, hanno dichiarato il patrimonio collettivo inusucapibile, incommerciabile e vincolato a una destinazione agro-silvo-pastorale³²⁸. Tale è il regime da applicare sia alle terre in piena proprietà della collettività³²⁹, sia alle utilità che le spettano a titolo condominiale su fondi al contempo oggetto di titolo di diritto privato. Questi ultimi possono essere alineati dal “proprietario”, pur se tale atto non incide sulla titolarità delle facoltà invece spettanti alla collettività, la quale a sua volta trova nell'ordinamento limiti di diritto pubblico ad atti di disposizione.

Affinché le terre a vocazione agricola risultanti dalla liquidazione dei diritti collettivi in *re aliena* e quelle già in possesso della collettività a titolo di dominio non venissero distratte dalle operazioni di sistemazione fondiaria previste dalla legge del

gravanti su beni privati, o su beni della stessa collettività» (Com. Usi civici Venezia, 24 gennaio 1965, in *Corti Brescia, Venezia, Trieste*, 1966, p. 339).

³²⁵ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983. Si veda inoltre L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963.

³²⁶ Cfr. E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici: le proposte della Commissione Rodotà*, in *Politica del diritto*, 2008, 3, pp. 531-536.

³²⁷ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, pp. 382 e ss.

³²⁸ Cfr. Cass. civ., 19 ottobre 1967, n. 2553, in *Giust. civ. rep.*, 1967, voce Usi civici, n.1. In termini analoghi alcune legislazioni regionali. Merita attenzione l'art. 3, L.R. Calabria 21 agosto 2007, n. 18, che dichiara applicabili, residualmente, ai beni di uso civico le norme previste per i beni demaniali dello Stato e della Regione. Allo stesso modo si dispone la applicabilità ai diritti di uso civico su terre private le norme inerenti i diritti demaniali su beni altrui, come disciplinati dall'art. 825, c.c. Sulla riconducibilità dei diritti civici su bene privato ai diritti demaniali si veda l'opinione critica di V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 179.

³²⁹ Seppur la giurisprudenza abbia precisato che i beni civici non siano «beni demaniali in senso tecnico» (Cass. civ., 19 ottobre 1967, n. 2553, in *Giust. civ. rep.*, 1967, voce Usi civici, n.1.), ad essi si applica un regime nei propri tratti fondamentali simile.

1927, gli atti dispositivi posti in essere dagli enti gestori - siano essi il Comune, le associazioni agrarie o le amministrazioni separate - per mezzo dei quali procedere all'alienazione o alla modificazione della destinazione dei beni civici sono stati dichiarati nulli per impossibilità giuridica dell'oggetto³³⁰. Solo in seguito all'assegnazione a categoria si può disporre, nei modi stabiliti dalla legge del 1927, il mutamento di destinazione e l'alienazione dei beni convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente³³¹. La predisposizione di procedimenti amministrativi che rendono commerciabili beni destinati all'esercizio dei diritti collettivi originari, ha sostituito ad un regime di inalienabilità assoluta, un regime di «inalienabilità relativa»³³² o di «circolazione controllata»³³³.

Il regime di nullità degli atti dispositivi precedenti l'assegnazione a categoria deriva dalla natura costitutiva del provvedimento³³⁴, il quale deve essere adottato tenendo in considerazione sia le esigenze della popolazione, sia l'interesse pubblico alla conservazione del patrimonio boschivo. Tale orientamento è stato in parte smentito dalla Corte costituzionale, la quale ha rilevato come in presenza di chiari ed evidenti indici il provvedimento di assegnazione a categoria sia di natura dichiarativa³³⁵. Alla luce di tale massima si sono ritenute costituzionali le leggi regionali che permettono la convalida, pur in assenza del provvedimento di assegnazione, di atti dispositivi stipulati e registrati nel momento in cui la relativa legge entrò in vigore³³⁶. La Corte ha peraltro precisato come le leggi regionali non costituissero un potere di convalida contrario ai principi generali postulati nella legge

³³⁰ Cfr. Cass. civ., 22 novembre 1990, n. 11265.

³³¹ M. L. ACCIARI, *Autorizzazione a vendere usi civici* (nota Cons. Stato, Sez. IV, 17 ottobre 1985, n. 444), in *Giur. agr.*, 1987, p. 52; G. DE TOMMASO, *Usi civici e demani collettivi. Il quadro normativo*, in *Nuovo dir. agr.*, 1983, p. 391; F. ADORNATO, *Nullità di vendite di beni civici prima della loro assegnazione a categoria* (nota a Cass. civ., ss. uu., 10 novembre 1980, n. 6017), in *Giur. it.*, 1982, I, 1, p. 1622; in giurisprudenza si veda anche T.a.r. Abruzzo, Sez. L'Aquila, 7 novembre 1991, n. 358, in *Trib. amm. reg.*, 1992, I, p. 285; Cass. civ. Sez. II, 22 novembre 1990, n. 11265, in *Foro it.* 1990, I, c. 3396.

³³² V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 382 e ss.

³³³ Corte cost., 11 luglio 1989, n. 391, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1806.

³³⁴ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 275.

³³⁵ Cfr. Corte cost., 27 maggio 1992, n. 237.

³³⁶ Si veda l'art. 7, co. 4, L.R. Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25, il quale attribuisce al Consiglio regionale, previo parere del Comune interessato, il potere di convalida delle « autorizzazioni all'alienazione di terre civiche non previamente assegnate a categoria, rilasciate dall'Autorità competente, sempre che i relativi atti di alienazione siano stati stipulati e registrati anteriormente all'entrata in vigore della presente legge»; analogo l'art. 6, L.R. Veneto 22 luglio 1994, n. 31 e l'art. 5, n. 2, L.R. Molise 23 luglio 2002, n. 14, che peraltro attribuisce tale potere alla Giunta regionale.

del 1927, ma regolassero l'esercizio di una competenza attribuita loro in seguito al trasferimento delle funzioni amministrative in materia di usi civici³³⁷.

I procedimenti per alienare o mutare di destinazione le terre convenientemente utilizzabili come bosco o come pascolo permanente sono contenuti nell'art. 12 della L. 16 giugno 1927, n. 1766 e negli artt. 39 e 41 del R.D. 26 febbraio 1928, n. 332. L'alienazione, richiesta all'autorità amministrativa competente dagli enti gestori con debita motivazione, è possibile nel perseguimento di interessi di natura pubblica.

Questi vengono desunti in dottrina³³⁸ dalla normativa generale afferente i beni forestali. La dismissione del patrimonio collettivo si presenta legittimo qualora, non pregiudicando il patrimonio forestale nazionale, sia necessaria a soddisfare esigenze produttive o abitative della comunità locale³³⁹. Analoga l'opinione della giurisprudenza, la quale ha ritenuto possibile l'atto di disposizione qualora risulti un reale beneficio per la collettività, quando il fondo sia sostanzialmente inutilizzato o quando non risulti più necessario rispetto ai bisogni delle popolazioni locali³⁴⁰.

Analogamente il mutamento di destinazione, contemplato dall'art. 12 della L. 16 giugno 1927, n. 1766 e dall'art. 41, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332, è possibile su richiesta dell'ente gestore, a condizione che «rappresenti un reale beneficio per la generalità degli abitanti, quali l'istituzione di campi sperimentali, vivai e simili»³⁴¹, salvo procedere al ripristino dell'originaria destinazione quando l'interesse pubblico venga a decadere. La giurisprudenza ha specificato che tale beneficio debba essere diretto - non potendo essere assorbito in «un vantaggio indiretto che può derivare dall'utilizzazione del terreno da parte dei soggetti privati»³⁴² - e valutato non *ex lege*, ma in concreto³⁴³. La giurisprudenza ha inoltre ampliato le ipotesi in cui un interesse

³³⁷ Cfr. Corte cost., 25 maggio 1992, n. 221; Corte cost., 27 maggio 1992, n. 237, entrambe riferite ai co. 4 e 5, art. 7, L.R. Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25. Le affermazioni della Corte sono a maggior ragione valide a fronte del nuovo assetto con cui, a partire dal 2001, il novellato art. 117 CI ha articolato la ripartizione di competenze tra Stato e Regioni.

³³⁸ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, pp. 387 e ss.

³³⁹ Art. 119, R.D. 30 dicembre 1923, n. 3267.

³⁴⁰ Cfr. L. DE LUCIA, *Usi civici*, in *Digesto delle scienze pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, p. 594.

³⁴¹ Art. 41, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332.

³⁴² Cons. Stato, Sez. IV, 25 settembre 2007, n. 4962, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2007, p. 2454; si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2003, n. 1247, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2003, p. 1080, T.a.r. Lazio, Sez. Latina, 11 febbraio 1991, n. 47, in *Trib. amm. reg.*, 1991, I, p. 904.

³⁴³ Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345, in *Giur. cost.*, 1997, II, pp. 3390, con nota di F. G. COCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale*.

collettivo può legittimare il mutamento di destinazione, precisando come esso possa essere non solo di natura agricola, bensì «industriale, commerciale, igienico-sanitario, turistico, ambientale»³⁴⁴.

Pare corretta la tesi che considera il mutamento di destinazione, se influente rispetto all'esercizio del diritto originario di uso, irrilevante rispetto alla posizione dominicale che la collettività continua a vantare sull'immobile³⁴⁵. In particolare non sembra che per mezzo del mutamento di destinazione si possa parlare di una «cessazione della natura civica»³⁴⁶ del fondo o di una modificazione della sua *qualitas soli*.

La legislazione regionale, se ha riconosciuto l'ampiezza di interessi che possono sostenere la legittimità del mutamento di destinazione³⁴⁷, si è discostata in parte dai principi della legge del 1927. Al «reale beneficio per la generalità di abitanti»³⁴⁸ si sono sostituite delle generiche finalità di interesse pubblico³⁴⁹, aumentando quindi la discrezionalità posta in capo alle autorità regionali.

L'alienazione e il mutamento di destinazione possono essere disposte infatti dagli enti gestori solo previa autorizzazione del Ministero dell'Economia nazionale - successivamente attribuita al Ministero dell'Agricoltura e Foreste e oggi di competenza delle autorità regionali³⁵⁰ - e dopo aver assunto il parere del

³⁴⁴ Cass. civ., Sez. II, 30 gennaio 2001, n. 1397, in *Foro it.*, 2001, I, p. 3677, Cons. Stato, Sez. II, 11 gennaio 2006, n. 1572, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, I, p. 1380. *Contra* T.a.r. Lazio, Sez. I, 9 luglio 1986, n. 905, in *Trib. amm. reg.*, 1986, I, p. 2604, che invece desume dal riferimento a campi sperimentali, vivai e simili, seppur non tassativo, l'obbligo di non mutare la destinazione agricola del fondo. Analoga l'opinione di Fulciniti, secondo la quale la norma «richiama utilizzazioni omogenee a quella originariamente prevista» (L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 254).

³⁴⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 394.

³⁴⁶ C. ALVISI, *Usi civici*, in *Contratto e impr.*, 2005, 2, p. 863.

³⁴⁷ La legittimità di un mutamento di destinazione che renda utilizzabile a fini turistici i beni gravati di uso civico è espressamente dichiarata dall'art. 3, n. 4, L.R. Molise 23 luglio 2002, n. 14.

³⁴⁸ La formula contenuta nel R.D. 26 febbraio 1928, n. 332 è stata recepita dall'art. 13, n. 2, L.P. Trento 14 giugno 2005, n. 6, che permette a tal fine la variazione d'uso, la sospensione temporanea o l'estinzione del vincolo, e l'art. 15, n. 1, L.R. Sardegna 14 marzo 1994, n. 12, il cui articolo 17 prescrive che il mutamento di destinazione non possa pregiudicare «l'appartenenza dei terreni alla collettività».

³⁴⁹ Si veda l'art. 8, n. 2, L.R. Veneto 22 luglio 1994, n. 31, l'art. 4, n. 2, L.R. Liguria 2 luglio 2002, n. 27, l'art. 6, n. 8, L.R. Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25, l'art. 8-ter, n. 2, L.R. Lazio 3 gennaio 1986, n. 1, come modificata dall'art. 10, L.R. 27 gennaio 2005, n. 6.

³⁵⁰ Come ha specificato la Corte costituzionale, alle Regioni spetta sia la competenza amministrativa all'autorizzazione, sia la competenza normativa circa la regolazione di tale potere. Nel delimitarne il legittimo esercizio, la stessa Corte (Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345, in *Giur. cost.*, 1997, II, pp. 3390, con nota di F. G. SCOCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale*) ha ritenuto incostituzionale l'art. 1, n. 3, L.R. Abruzzo 27 aprile 1996, n. 23, che ha attribuito al Sindaco il potere di autorizzare la l'uso dei suoli di natura civica, se utilizzati per la «realizzazione di reti e di relativi accessori di

Commissario regionale per gli usi civici. La giurisprudenza ha precisato come non si tratti «di un controllo preventivo volto a consentire all'ente interessato di compiere un atto che rientri nei suoi poteri», quanto piuttosto di un atto «diretto [...] ad attribuire, all'ente che ne ha la gestione, il potere di disporre dei beni di uso civico»³⁵¹. Tale autorizzazione si pone come presupposto dell'esercizio del potere di disposizione, che se esercitato in difformità alle prescrizioni contenute nella legge del 1927 genera atti nulli per illiceità dell'oggetto³⁵², quindi insanabili³⁵³. Per mezzo di tali procedure il legislatore ha attribuito agli organi pubblici competenti un potere che supera il mero controllo. Pare corretto pensare tali limiti come espressione di una conformazione della posizione dominicale collettiva, tale da comprimerne le facoltà dispositive escludendo un autonomo potere di alienare o mutare la destinazione del bene collettivo³⁵⁴.

Dall'analisi degli atti legislativi regionali, ritenuti costituzionalmente legittimi, si rileva come il regime di nullità assoluta, che dovrebbe colpire gli atti posti in essere senza autorizzazione, venga derogato consentendosi la successiva convalida da parte dell'autorità regionale competente³⁵⁵. Dalle leggi regionali

impianti pubblici o di pubblico interesse destinati al trasporto energetico, dell'acqua, del gas e allo smaltimento di liquami».

L'allocazione di tale competenza presso l'organo comunale, tenuto conto degli interessi generali alla conservazione degli usi civici, non si dimostra razionale alla luce dello stesso principio di sussidiarietà richiamato dalla Corte per legittimare la competenza regionale in materia di legittimazione delle occupazioni abusive (Corte costituzionale, 20 febbraio 2007, n. 39). Di tenore simile l'art. 56, L.R. Calabria 30 ottobre 1997, n. 10, emanata in materia di gestione delle risorse idriche, dichiarato incostituzionale (Corte costituzionale, 18-27 luglio 2006, n. 310).

³⁵¹ Cons. Stato, Sez. II, 11 gennaio 2006, n. 1572, in *Giurisdir. amm.*, 2006, I, p. 1380.

³⁵² V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 382, A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 551. Nella giurisprudenza si veda T.a.r. Puglia, 30 dicembre 1986, n. 1259, in *Trib. amm. reg.*, 1987, I, p. 731; Cass. civ., 20 dicembre 1940, n. 3117, Cass. civ., 14 marzo 1959, n. 759, in *Riv. dir. agr.*, 1959, II, p. 149.

³⁵³ La tesi contraria è sviluppata da Alvisi sulla base della sentenza pronunciata dalla Corte Costituzionale, 25 maggio 1992, n. 221. La sentenza in questione peraltro ha ad oggetto la legge regionale dell'Abruzzo, giudicata costituzionale, ma da cui non è possibile trarre principi valevoli per l'intero territorio nazionale. Cfr. C. ALVISI, *Usi civici*, in *Contratto e impr.*, 2005, 2, p. 860.

³⁵⁴ In tal senso non sembra possibile pensare che la determinazione dell'organo pubblico competente abbia la funzione di surrogare la decisione collettiva (V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 282). Trattasi di una conformazione della posizione collettiva dominicale, che sottrae il potere stesso alla disponibilità sia della collettività, pur se espressasi unanimemente, sia dell'ente gestore.

³⁵⁵ Si veda l'art. 5, n. 4, L.R. Basilicata 12 agosto 2000, n. 57, come modificato dalla L.R. 5 luglio 2002, n. 25, che permette l'autorizzazione in sanatoria su parere tecnico favorevole del Comune; di tenore analogo l'art. 9, n. 4, L.R. Puglia 28 gennaio 1998, n. 7. Il mancato rispetto delle procedure ex art. 12, L. 16 giugno 1927, n. 1766 può condurre alla classificazione del regime demaniale civico ex art. 18-bis, lett. b e c, L.R. Sardegna 14 marzo 1994, n. 12.

emergono inoltre due principi: in primo luogo l'alienazione dovrebbe essere disposta solo qualora il medesimo interesse pubblico perseguito non possa essere raggiunto attraverso strumenti alternativi e meno invasivi come il mutamento di destinazione; in secondo luogo, nel caso in cui le finalità per le quali si autorizza l'alienazione non vengano realizzate, il bene alienato dovrà essere devoluto, in virtù di una clausola di retrocessione, all'originario titolare³⁵⁶.

Accanto alle procedure previste dalla legge del 1927 per permettere l'alienazione e il mutamento di destinazione del patrimonio collettivo, alcune leggi regionali hanno introdotto un ulteriore strumento capace di ricondurre alla libera disponibilità dell'ente gestore le terre gravate da diritti collettivi. Trattasi della classificazione³⁵⁷, provvedimento che può essere adottato qualora il fondo abbia subito una trasformazione tale da renderlo inidoneo alla destinazione agro-silvo-pastorale³⁵⁸. Tale modificazione può dipendere da una occupazione abusiva consumatasi contestualmente a un'utilizzazione impropria del fondo. Il provvedimento permette di alienare all'occupante il bene originariamente collettivo che, in quanto declassificato per mezzo di provvedimento dichiarativo dell'autorità regionale³⁵⁹, è rientrato nella piena disponibilità dell'ente gestore.

La Corte costituzionale, nell'emettere una pronuncia di non fondatezza delle censure di incostituzionalità sollevate con riferimento all'istituto di classificazione

³⁵⁶ Art.18, n. 3 e n. 5, L.R. Sardegna 14 marzo 1994, n. 12, art. 6, L.R. Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25, art. 3, L.R. Molise 23 luglio 2002, n. 14. Contiene la sola clausola di retrocessione l'art. 4, n. 4, L.R. Liguria 2 luglio 2002, n. 27 e l'art. 8, n. 3, L.R. Veneto 22 luglio 1994, n. 31.

³⁵⁷ In dottrina si veda A. PASTORE, *Estinzione degli usi civici per sclassificazione* (nota a Corte cost., 30 dicembre 1991, n. 511), in *Riv. not.*, 1992, pp. 966-969, M. MAZZA, *In tema di sclassificazione di terre civiche* (nota a Corte cost., 26 gennaio 1990, n. 31), in *Giur. agr. it.*, 1991, II, pp. 25-26.

³⁵⁸ Art. 18-bis, lett. a, L.R. Sardegna 14 marzo 1994, n. 12, aggiunto dall'art. 1, L.R. 18, 4 aprile 1996; art. 10, co. 2, L.R. Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25; art. 5, L.R. Basilicata 12 agosto 2000, n. 57, come modificato dall'art. 3, primo comma, lett. c), L.R. 5 luglio 2002, n. 25; art. 24, n. 1, L.R. Calabria 21 agosto 2007, n. 18, il quale prevede la cessazione e conseguente classificazione mediante delibera del consiglio comunale, sottoposta a controllo regionale preventivo che può essere acquisito tacitamente; art. 8, L.R. Molise 23 luglio 2002, n. 14; art. 9, n. 3, L.R. Puglia 28 gennaio 1998, n. 7; art. 7, L.R. Veneto 22 luglio 1994, n. 31. Soluzione differente - da condividere anche a fronte della possibilità prevista dalla legge provinciale di apporre *ex novo* il vincolo di uso civico a beni acquisiti dall'ente gestore - è adottata dall'art. 3, lett. a, L.P. Trento 14 giugno 2005, n. 6, che prevede l'estinzione del diritto di uso civico. Si prevede invece l'alienazione, debitamente autorizzata, nell'art. 10, L.R. Campania 17 marzo 1981, n. 11; art. 5, L.R. Umbria 17 gennaio 1984, n. 1.

³⁵⁹ Tale la qualifica operata dalla Corte costituzionale (Corte cost., 30 dicembre 1991, n. 511, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1991, p. 1016 e in *Riv. not.*, 1992, p. 966, con nota di A. PASTORE, *Estinzione degli usi civici per sclassificazione*), e positivizzata nell'art. 9, n. 3, L.R. Puglia 28 gennaio 1998, n. 7.

previsto dall'art. 10, co. 2, L.R. Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25³⁶⁰, ha rinvenuto nelle alienazioni poste in essere dagli enti gestori, pur nel mancato rispetto delle procedure contenute nella L. 16 giugno 1927, n. 1766, il perseguimento di «finalità di pubblico interesse connesse ai bisogni di urbanizzazione [...] o ai bisogni dell'industrializzazione, apportatrice di nuovi posti di lavoro»³⁶¹. Il principio che si può trarre è pericoloso, in quanto rileva un interesse pubblico *per sé* nel sanare la privatizzazione incontrollata di fondi sottratti al patrimonio collettivo per la realizzazione di opere di urbanizzazione.

Dal tenore della sentenza si può comprendere come gli stessi strumenti della legge nazionale del 1927 si presentino di scarsa efficacia di fronte a ipotesi in cui la privatizzazione del patrimonio collettivo si sia irrimediabilmente consolidato. La situazione di fatto creatasi impedisce la stessa assegnazione a categoria che dovrebbe precedere qualsiasi atto di alienazione, anche se autorizzato *ex post*. Inadeguata è la legittimazione delle occupazioni abusive, a meno che non si reputi possibile qualificare i manufatti abusivi come «migliorie [...], entrando in tal modo in pieno contrasto con la legislazione statale e regionale»³⁶². Interessante l'argomentazione della Corte nel punto in cui, in un'analisi dei costi e dei benefici, considera prevalente l'interesse a sanare ipotesi di illegalità dinnanzi alla responsabilità che graverebbe sull'ente gestore a titolo risarcitorio verso chi fece giusto affidamento su atti che sarebbero da dichiarare invece nulli.

La soluzione della sclassificazione, se strumento transitorio ed eccezionale per sanare ipotesi di consolidata illegalità, deve essere criticato qualora diventi facile ed ordinaria scorciatoia per permettere una privatizzazione che prescindano dagli specifici interessi pubblici, invece necessari nei procedimenti di mutamento di

³⁶⁰ Corte cost., 19-30 dicembre 1991, N. 511, in *Riv. not.*, 1992, p. 966, con nota di A. PASTORE, *Estinzione degli usi civici per sclassificazione*. Ricordando come la controversia debba essere compresa alla luce della ripartizione di competenze precedente all'art. 117 CI novellato, i parametri di costituzionalità invocati sono stati gli artt. 117, 118 e 42, CI.

³⁶¹ Corte cost. 19-30 dicembre 1991, n. 511, in *Riv. not.*, 1992, p. 966, con nota di A. PASTORE, *Estinzione degli usi civici per sclassificazione*.

³⁶² P. FEDERICO, *Usi civici*, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, Torino 1987, p. 1032. L'autore rileva giustamente come la funzione del patrimonio collettivo non venga snaturata laddove venga destinato a soddisfare esigenze primarie, tra le quali non si possono non menzionare anche finalità edilizie o produttive, seppur con l'introduzione di criteri che discriminino le operazioni speculative o parassitarie. È naturale che il medesimo principio, in una società agricola ancora alle prese con una questione agraria, venisse trasposto in un dispositivo che destinasse ad attività agricole il patrimonio collettivo via via affrancato, legittimato o quotizzato. Ma la positivizzazione del principio in formule storicamente contingenti, non deve ingannare l'interprete.

destinazione e di alienazione del patrimonio. Come si avrà modo di approfondire, tale affermazione è a maggior ragione condivisibile alla luce della funzione socio-ambientale cui è stato destinato il patrimonio collettivo a partire dal 1985. Tale funzione sussiste in ragione della semplice esistenza dei diritti collettivi originari, prescindendo da una *qualitas* che naturalisticamente e ontologicamente possa contraddistinguere il patrimonio collettivo, ed il cui venir meno legittimerebbe - in applicazione di un meccanismo simile a una sdemanializzazione tacita³⁶³, la dichiaratività del provvedimento di classificazione.

I terreni gravati da diritti collettivi possono inoltre essere oggetto di atti dispositivi che trasferiscano a terzi il godimento del fondo o di alcune utilità che da esso possono essere ritratte. La giurisprudenza ha precisato che la concessione di un terreno «temporaneamente non utilizzato» può essere disposta dall'ente gestore senza l'autorizzazione dell'autorità regionale, sia precedentemente che successivamente all'assegnazione a categoria, purché sia «temporanea e non determini l'alterazione della qualità originaria dei beni»³⁶⁴.

La transitorietà e la precarietà con cui si può procedere alla concessione o al trasferimento a titolo contrattuale di un bene gravato da diritti originari di uso sono giustificate dall'esigenza di «condizionarne la continuazione e la rinnovazione alle valutazioni, in concreto, della sua compatibilità con la destinazione ad uso civico del terreno»³⁶⁵. Per queste ragioni la proroga legale dei contratti di affitto di fondi rustici - ritenuta applicabile dalla giurisprudenza nell'interpretazione dell'art. 22 L. 11 febbraio 1971, n. 11, come modificata dall'art. 51, L. 3 maggio 1982, n. 203, ai soli beni pubblici patrimoniali disponibili trasferiti per mezzo di contratto³⁶⁶ - non è stata ritenuta applicabile ai rapporti aventi ad oggetto beni gravati da diritti collettivi³⁶⁷. A

³⁶³ Tale è indubbiamente il modello cui la sclassificazione direttamente rimanda, rilevata in dottrina (cfr. C. ALVISI, *Usi civici*, in *Contratto e impr.*, 2005, 2, p. 868) anche se, nell'opinione di chi scrive, differenti siano i fondamenti da cui la demanialità in senso tecnico e il regime semidemaniale derivano.

³⁶⁴ Cass. civ., Sez. II, 12 maggio 1999, n. 4694, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2000, p. 107; analoga Cass. civ., ss.uu., 10 marzo 1995, n. 2806; Cons. Stato, Sez. IV, 16 maggio 1983, n. 305, Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 1996, n. 577.

³⁶⁵ Cass. civ., Sez. III, 5 maggio 1993, n. 5187.

³⁶⁶ Cfr. Cass. civ., Sez. III, 1 febbraio 1985, n. 660; Cass. civ., Sez. III, 22 agosto 1985, n. 4485, Cass. civ., ss.uu., 21 aprile 1989, n. 1889.

³⁶⁷ Come puntualizzato dalla Cassazione «con riguardo a terreni silvo-pastorali appartenenti al demanio, o comunque soggetti alla disciplina ed al vincolo di destinazione dei beni demaniali, come i terreni comunali di uso civico che siano stati assegnati dal commissario liquidatore alla categoria dei boschi o dei pascoli permanenti, e per i quali non sia stata autorizzata una diversa destinazione con

partire dal 2001 però un nuovo intervento legislativo ha dichiarato applicabili ai «terreni demaniali o soggetti al regime dei beni demaniali di qualsiasi natura»³⁶⁸ la disciplina contenuta nelle L. 12 giugno 1962, n. 567, L. 11 febbraio 1971, n. 11 e L. 3 maggio 1982, n. 203, ferma restando la possibilità in capo all'amministrazione (o all'ente gestore) di «recedere in tutto o in parte dalla concessione o dal contratto di affitto mediante preavviso non inferiore a sei mesi e pagamento di una indennità per le coltivazioni in corso che vadano perdute»³⁶⁹. Seppur i beni gravati da usi civici non siano beni demaniali in senso tecnico, è difficile pensare che le disposizioni ora menzionate non indichino un principio applicabile anche ai beni collettivi, per il quale si ha un tendenziale rafforzamento della posizione del soggetto privato che ne acquista, per mezzo di concessione o su base contrattuale, la disponibilità.

I capitali derivanti dalla «affrancazione dei canoni per effetto di liquidazione di diritti, per legittimazione di occupazioni, per quotizzazione», nonché il prezzo delle vendite debitamente autorizzate debbono essere investiti in titoli del debito pubblico, intestati al Comune, alla frazione, o all'associazione, per essere destinati ad «opere permanenti di interesse generale della popolazione»³⁷⁰. La Corte costituzionale ha avuto modo di precisare come il medesimo vincolo debba essere dato alla somma di denaro risultante dall'alienazione degli immobili alienati in seguito a sclassificazione³⁷¹.

provvedimento del Ministro della agricoltura e delle foreste, il conferimento di un godimento individuale in favore di privati, in relazione ad un'attuale mancanza dell'esercizio dell'uso civico, ancorché derivi non da un atto di concessione, ma dalla stipulazione di un contratto privatistico di affitto, costituisce un rapporto di carattere precario e temporaneo, la cui protrazione o rinnovazione resta sottoposta alle valutazioni discrezionali dell'Amministrazione ed esula dalla disciplina della proroga legale dei rapporti agrari» (Cass. civ., Sez. III, 24 marzo 1983, n. 2069). La Cassazione ha peraltro ritenuto applicabile la detta disciplina per terre gestite da Università agrarie (Cass., Sez. III, 1 luglio 1987, n. 5753).

³⁶⁸ Art. 6, n. 1, D. Lgs. 18 maggio 2001, n. 228.

³⁶⁹ Art. 6, n. 2, D. Lgs. 18 maggio 2001, n. 228.

³⁷⁰ Art. 24, L. 16 giugno 1927, n. 1766.

Nelle leggi regionali i capitali pervenuti dalla gestione e dall'alienazione, legittimazione, quotizzazione vengono destinate ad opere permanenti di interesse generale della popolazione (art. 3, co. 2, L.R. Sardegna 14 marzo 1994, n. 12, alla realizzazione di opere pubbliche e allo sviluppo socioeconomico di demani civici, (art. 6, n. 6, L.R. Abruzzo 3 marzo 1988, n. 25; art. 13, n. 1, L.R. Molise 23 luglio 2002, n. 14), al miglioramento e alle trasformazioni fondiari e culturali, (art. 8, co. 2, L.R. Campania 17 marzo 1981, n. 11). Da menzionare l'art. 8-bis, n. 1, lett. a, L.R. Lazio 3 gennaio 1986, n. 1, che destina i suddetti capitali all'acquisto di «terreni di proprietà collettiva di uso civico». Disposizione analoga è contenuta nell'art. 10, n.1, lett. a, L.P. Trento 14 giugno 2005, n. 6 che permette l'acquisizione di fondi su cui apporre il vincolo di uso civico *ex art. 17*.

³⁷¹ Cfr. Corte cost. 19-30 dicembre 1991, n. 511, in *Riv. not.*, 1992, p. 966, con nota di A. PASTORE, *Estinzione degli usi civici per sclassificazione*.

Il principio che si può desumere dal dispositivo impedisce che la patrimonializzazione delle utilità e dei beni collettivi venga disposta per acquisire direttamente un utile economico privato³⁷², sia esso attribuita all'ente gestore o ai singoli utenti. Quello che si vuole in definitiva evitare è la divisione del patrimonio collettivo che si potrebbe realizzare nel momento in cui il capitale risultante dalla vendita fosse ripartito tra gli attuali componenti della collettività, in detrimento di un suo utilizzo in beneficio sia degli attuali che dei futuri "comunisti".

Il principio dell'indivisibilità del patrimonio collettivo (seppur quotizzabile nelle operazioni di sistemazione fondiaria), desumibile dalle disposizioni prese in esame, è stato affermato dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Esso è invece stato formalmente positivizzato nelle legislazioni regionali approntate - sia dalle Regioni a statuto speciale, in virtù di competenza primaria³⁷³, sia dalle Regioni a statuto ordinario, nell'esercizio delle competenze attribuite dalla L. 31 gennaio 1994, n. 97 - nel regolare il patrimonio delle organizzazioni montane per la gestione di beni agro-silvo-pastorali.

L'art. 6, n. 1, L.R. Veneto 19 agosto 1996, n. 26, dispone che il «patrimonio antico delle Regole è inalienabile, indivisibile, inusucapibile e vincolato alle attività agro-silvo-pastorali». Il mutamento di destinazione è possibile solo «per consentirne l'utilizzazione abitativa, diretta e personale, da parte dei regolieri o, eccezionalmente, l'utilizzazione a fini turistici, artigianali, o per la realizzazione di opere pubbliche»³⁷⁴. Esso può essere disposto per mezzo di delibera degli organi rappresentativi dell'ente, previamente autorizzata dalla Giunta regionale, dovendosi al contempo disporre il ripristino della consistenza del patrimonio a destinazione agro-silvo-pastorale. Indivisibile e inalienabile è il patrimonio delle associazioni e dei consorzi di comunioni familiari montane, riconosciuti dall'art. 1, L.R. Friuli Venezia Giulia 5

³⁷² Esprime tale principio il divieto di dividere gli utili provenienti dalla vendita delle erbe e della legna che sopravvanzano l'uso civico (art. 46, R.D. 26 febbraio 1928, n. 332), contenuto in termini analoghi nell'art. 8, co. 1, L.R. Campania 17 marzo 1981, n. 11.

³⁷³ È interessante peraltro il caso delle Consorzerie, enti speciali di diritto pubblico che non possono essere prese in considerazione nel presente lavoro in quanto i diritti di uso non sono acquisiti a titolo originario ma derivato, in quanto legati allo status di proprietario residente di un fondo rustico (art. 1, Regione autonoma della Valle d'Aosta, L.R. 5 aprile 1973, n. 14). L'art. 3 dichiara l'indivisibilità dei «beni immobili di uso collettivo delle Consorzerie», che non possono essere alienati a privati, ma solo ceduti al demanio comunale o regionale per mezzo di delibera approvata da almeno i tre quarti dei consortisti. In dottrina si veda E. CORTESE, *Domini collettivi*, in *Enc. del dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 925 e ss.

³⁷⁴ Art. 7, L.R. Veneto 19 agosto 1996, n. 26, *Riordino delle Regole*.

gennaio 1996, n. 3, come soggetti di diritto privato costituiti al fine di esercitare «il godimento collettivo di diritti reali su fondi di natura agro-silvo-pastorale di comune proprietà o di proprietà di terzi anche non associati»³⁷⁵.

I dispositivi riportati ci indicano come, pur a fronte della specialità riconosciuta a queste istituzioni appropriative, il regime cui le terre collettive sono sottoposte sia simile a quello previsto in genere per i beni gravati da usi civici. L'autonomia che dovrebbe discendere dal riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato agli enti gestori non comporta maggiori poteri di disposizione. L'esigenza di formalizzare esplicitamente l'indivisibilità del patrimonio testimonia la volontà di evitare che la soggettivizzazione dell'ente amministratore in persona di diritto privato potesse permettere l'elusione di un vincolo di destinazione tendenzialmente pubblica.

Se la distinzione tra autentiche proprietà collettive e diritti collettivi *in re aliena* è stata utile per evitare che i patrimoni fossero liquidati o incamerati al patrimonio del Comune, il regime di natura pubblica cui i beni collettivi sono assoggettati - in virtù del solo sussistere dei diritti collettivi - ci indica un loro comune fondamento, a fronte del quale la distinzione stessa si presenta superata. È nel regime dei beni collettivi che si palesa l'identità degli interessi al cui soddisfacimento il patrimonio è destinato. Il regime di natura pubblicistica attualmente previsto dal legislatore - applicabile sia a terre civiche che a terre collettive - ci indica allo stesso modo il riconoscimento di un interesse pubblico sotteso alla conservazione dei diritti collettivi, almeno quelli che nell'idea del legislatore non si sarebbero dovuti liquidare. Tale interesse si pone come limite di diritto pubblico alla capacità di compiere atti che dispongano del patrimonio collettivo, riconfermato da un ulteriore vincolo amministrativo apposto alle terre in questione a partire dal 1985.

Con D.L. 27 giugno 1985, n. 312, convertito con modificazioni dalla L. 8 agosto 1985, n. 431³⁷⁶, si integrò il co. 5 dell'art. 82, D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616,

³⁷⁵ Si veda inoltre la qualifica dei diritti collettivi come «inalienabili, indivisibili ed inusucapibili, con destinazione di uso agro-silvo-pastorale» previsto dall'art. 16, L.R. Lombardia 29 giugno 1998, n. 10, *Disposizioni per la valorizzazione, lo sviluppo e la tutela del territorio montano in attuazione della legge n. 97 del 1994*, successivamente abrogato dall'art. 11, co. 1, lett. a, L.R. 15 ottobre 2007, n. 25.

disponendo l'apposizione *ex lege* del vincolo paesaggistico - contemplato dalla L. 29 giugno 1939, n. 1497 - alle «aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici». La disposizione è stata recepita nei due decreti legislativi con cui si è riorganizzata la materia dei beni culturali, rispettivamente nell'art. 146, n. 1, lett. h, D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (*Testo unico in materia di beni culturali e ambientali*) e nell'art. 142, n. 1, lett. h, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*) attualmente in vigore. Al fine di tutelare l'interesse pubblico alla conservazione del paesaggio il codice - oltre ad imporre una specifica pianificazione territoriale tale da conformare *ab origine* l'esercizio dei poteri spettanti a privati su beni ricompresi nelle porzioni di territori riconosciuti, per mezzo di dichiarazione da parte di autorità amministrativa o per legge, «espressione di valori culturali»³⁷⁷ e di «identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni»³⁷⁸ - subordina in via generale gli interventi sugli immobili vincolati ad un regime autorizzatorio preventivo³⁷⁹. Di competenza della Regione, l'autorizzazione può essere emessa solo previa acquisizione del parere vincolante della Soprintendenza per i beni e le attività culturali. La violazione di tale obbligo comporta un onere di riduzione in ripristino, che può essere intimata dalla pubblica amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri di vigilanza.

³⁷⁶ L. 8 agosto 1985, n. 431, *Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 27 giugno 1985, n. 312, recante disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale. Integrazioni dell'art. 82 del decreto del Presidente della Repubblica 24 luglio 1977 n. 616.*

³⁷⁷ Art. 131, n. 2, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

³⁷⁸ Art. 131, n. 1, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

La definizione riprende i contenuti della definizione di paesaggio proposta nell'art. 1, co. I, lett. a, Convenzione europea del paesaggio, approvata a Firenze il 20 ottobre 2000, ratificata con L. 9 gennaio 2006, n. 14. Se però nella Convenzione i tratti identitari del paesaggio vengono assunti per come sono percepiti dalla comunità locale, nel Codice si tutelano gli «aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali». L'espressione è criticata da E. BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 7, pp. 798 e ss. Il codice infatti introduce sia una soglia di rilevanza quantitativa tendenzialmente restrittiva rispetto all'ambito disegnato dalla convenzione - strumento applicabile all'intero territorio delle parti (art. 2) - sia qualitativa, essendo rilevanti quelle sole porzioni di territorio che esprimono un valore culturale. Sulla Convenzione si veda G. F. CARTEI (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007, pp. 220 e ss. Dello stesso autore si veda G. F. CARTEI, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2006, 1, pp. 19-32, nel quale si evidenziano, a partire dalla tendenziale onnicomprensività che pare caratterizzare la pianificazione paesaggistica nel nuovo codice, le ricadute che la natura conformativa, e non espropriativa, tradizionalmente riconosciuta al vincolo paesaggistico, può produrre sul sistema costituzionale posto a garanzia della proprietà.

³⁷⁹ Art. 131, n. 2, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

Con specifico riferimento ai beni gravati da diritti di uso civico o assegnati a università agrarie, l'autorizzazione è senza dubbio necessaria per il mutamento di destinazione, qualora esorbiti l'ambito agro-forestale. Al generale obbligo di autorizzazione si sottraggono infatti sia «gli interventi inerenti l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili, e sempre che si tratti di attività ed opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio»³⁸⁰, sia, nei territori ricoperti da foreste e da boschi³⁸¹, «il taglio colturale, la forestazione, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e di conservazione»³⁸².

La Corte costituzionale ha avuto modo di precisare come l'autorizzazione al mutamento di destinazione, da richiedere su istanza dell'ente di gestione all'autorità competente in conformità alla L. 16 giugno 1927, n. 1766, non comprenda l'autorizzazione che, invece, deve essere richiesta per poter verificare in che misura l'intervento o il mutamento di destinazione sia conforme ai valori paesaggistici contenuti nella pianificazione pubblica³⁸³. Ciò evidenzia come gli interessi pubblici sussistenti sui beni gravati da diritti collettivi siano molteplici e di differente natura.

Proprio a partire dagli interessi pubblici desumibili dalla regolazione giuridica dei beni collettivi, si può individuare la funzione che i diritti collettivi originari di natura dominicale svolgono attualmente all'interno del sistema costituzionale italiano. Tale operazione verrà effettuata comparandone la natura rispetto alla funzione che la proprietà definitiva *quilombola* e il possesso *indígena* assumono nel sistema costituzionale brasiliano.

³⁸⁰ Art. 149, n.1, lett. b, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

³⁸¹ Nell'art. 2, co. 6, D.Lgs. 18 maggio 2001 n. 227, Orientamento e modernizzazione del settore forestale, è contenuta una definizione di bosco, da ritenersi equivalente a foresta, in attesa che le Regioni esercitino la propria competenza. Nei termini della legislazione nazionale, sono boschi quei fondi coperti di vegetazione forestale arborea di superficie minima pari a duemila metri quadrati, larghezza media non inferiore a venti e copertura superiore al 20% dell'intera superficie. Non interrompono la continuità del bosco le radure d'estensione inferiore ai 2000 metri quadrati.

³⁸² Anche «i territori coperti da foreste e da boschi, ancorché percorsi o danneggiati dal fuoco» sono infatti sottoposti *ex lege* a vincolo paesaggistico, *ex art.* 142, n.1, lett. g, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

³⁸³ Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345, in *Giur. cost.*, 1997, II, p. 3390, con nota di F. G. SCOCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale*. La sussistenza di differenti interessi pubblici rispetto alla conservazione del patrimonio collettivo non viene modificata dall'attribuzione alla Regione della competenza in merito all'autorizzazione di modificazioni di beni soggetti a vincolo paesaggistico.

5. *I diritti collettivi originari di natura dominicale nei sistemi costituzionali italiano e brasiliano*

5.1. *La funzione dei diritti collettivi originari di natura dominicale nei sistemi costituzionali italiano e brasiliano*

Si è già avuto modo di introdurre la funzione attribuita ai diritti collettivi originari di natura dominicale nell'ordinamento brasiliano. Il possesso perpetuo *indígena* e la proprietà definitiva *quilombola* sono istituti che, alla luce di una auto-sufficienza del sistema giuridico, devono essere interpretati alla luce di una specificità etnico-culturale costituzionalmente riconosciuta *ex artt. 215, 216 CRFB*.

Specificamente il diritto alla proprietà definitiva delle terre occupate, riconosciuto alle comunità *remanescentes* di *quilombos*, impone la predisposizione di una politica pubblica finalizzata alla ricostituzione del territorio storicamente occupato da una comunità portatrice di una diversità etnico-culturale. In altre parole la funzione dell'articolo, nell'interpretazione data nel presente lavoro, è costituire un diritto collettivo pretensivo presso gli organi responsabili dell'implementazione del dettato costituzionale.

Analogamente il possesso *indígena* delle terre tradizionalmente occupate trova fondamento nel riconoscimento di una capacità appropriativa originaria, che imprime al territorio occupato una *qualitas soli* accertabile dichiarativamente, seppur nei limiti in cui l'imprescrittibilità che qualifica i diritti *indígenas* non ceda a fronte di esigenze di certezza giuridica. L'art. 231, CRFB - a differenza dell'art. 68, ADCT, che attribuisce un diritto alla proprietà di natura pretensiva delle comunità presso le autorità pubbliche - si presenta come dichiarativo di un diritto acquisito.

L'interpretazione sistematica degli artt. 231, CRFB, e 68, ADCT, permette il superamento di una argomentazione che trae il proprio fondamento dalla volontà politica di risarcire, per mezzo di misure di natura compensatoria - per ciò transitorie - un debito storico che la Nazione ha contratto verso gruppi marginalizzati e discriminati nel processo di formazione dello Stato nazionale brasiliano. La medesima operazione ermeneutica - necessaria anche per risolvere, nel caso della proprietà definitiva *quilombola*, i possibili punti di frizione esistenti tra dispositivo

costituzionale e normativa di implementazione infra-costituzionale - pur lasciando in secondo piano il ruolo che un modello proprietario collettivo può svolgere all'interno di un sistema costituzionale della proprietà, integra i dispositivi contenuti negli artt. 231, CRFB, e 68, ADCT, nel sistema costituzionale.

Sia con riferimento ai popoli *indígenas*, sia con riferimento alle comunità *remanescentes dos quilombos* si sono sottolineate le ambiguità che sottendono una politica pubblica orientata alla tutela di una minoranza, illegittima nella misura in cui persegua la “conservazione” della specifiche culture giuridicamente riconosciute³⁸⁴. Al contrario si ritiene che il riconoscimento dei diritti territoriali in questione, oltre ad accertare un diritto di possedere e un diritto alla proprietà, garantisca l'auto-determinazione di gruppi minoritari, assicurando il controllo locale sui processi economici, politici e sociali da cui dipende la fluida riarticolazione delle relazioni inter e intra-etniche nel più ampio contesto nazionale.

La tesi è coerente rispetto ad un principio affermato a livello internazionale.

L'obbligo in capo agli Stati di garanzia dell'autonomia di gruppi indigeni o minoritari per mezzo del riconoscimento di diritti originari sulle risorse tradizionali è stato statuito, a livello internazionale, nell'interpretazione di due articoli dell'*International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR)*³⁸⁵: il primo sancisce il principio di auto-determinazione (art. 1)³⁸⁶, il secondo riconosce i diritti linguistici, culturali e religiosi (art. 27)³⁸⁷.

³⁸⁴ Il rischio di una “folklorizzazione” delle culture tutelate con intervento pubblico è rilevato sia da giuristi che da antropologi. Si veda A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, p. 42; I. B. LEITE, *Os Quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas*, in *Etnográfica*, 2000, IV, II, pp. 333 e ss.

³⁸⁵ La Convenzione, aperta alla firma nel 1966 ed entrata in vigore nel 1976, è reperibile nel sito <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/>

³⁸⁶ Art. 1, ICCPR.

1. *All peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development.*

2. *All peoples may, for their own ends, freely dispose of their natural wealth and resources without prejudice to any obligations arising out of international economic co-operation, based upon the principle of mutual benefit, and international law. In no case may a people be deprived of its own means of subsistence.*

³⁸⁷ Art. 27, ICCPR.

In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language.

In applicazione del principio di auto-determinazione³⁸⁸ lo *Human Rights Committee* (HRC) affermò l'obbligo per le autorità statali di predisporre gli strumenti giuridici che garantiscano in capo alle comunità indigene o minoritarie un diritto sulle risorse territoriali tradizionalmente occupate. Nel commento allegato al *Report* presentato dal Canada nel 1999, ex art. 40 dell'ICCPR³⁸⁹, l'organo delle Nazioni Unite riconobbe come il diritto all'auto-determinazione «*requires, inter alia, that all peoples must be able to dispose freely of their natural wealth and resources and that they may not be deprived of their own means of subsistence*»³⁹⁰. Lo stesso *Human Rights Committee* riconobbe, in definitiva, come lo Stato canadese avesse violato l'art. 1 del ICCPR, negando il riconoscimento alle popolazioni indigene di facoltà dispositive sulle risorse naturali presenti nei territori tradizionalmente occupati.

A conclusioni simili giunse lo stesso organo dell'ONU nell'interpretazione evolutiva dell'articolo 27 ICCPR, che riconosce a ogni individuo il diritto di esercitare le proprie pratiche religiose, culturali, linguistiche³⁹¹. I diritti in questione sono diritti di libertà, in cui il profilo individuale prevale sul profilo collettivo, seppure rilevante ai fini del loro esercizio³⁹². Eucleato secondo formule utilizzate nella tradizione liberale per i diritti di prima generazione, l'articolo impone allo stato l'obbligo di astenersi dal discriminare tra soggetti sulla base del loro orientamento

³⁸⁸ L'interpretazione del principio di autodeterminazione - originariamente pensato come diritto collettivo all'*external self-determination* - ha subito nel tempo una marcata evoluzione. La progressiva frammentazione del concetto monolitico di sovranità in strutture istituzionali multi-livello, capaci di tollerare e promuovere pronunciate forme di auto-governo locale, permette oggi declinare il principio di auto-determinazione all'interno della cornice statale (*internal self-determination*). Il decentramento politico amministrativo è oggi ritenuto uno strumento utile nella risoluzione dei conflitti scaturiti dalla presenza di minoranze all'interno dei confini di uno stato, a cui si accompagnano speciali diritti di partecipazione ai processi decisionali centrali. In dottrina si veda G. ULFSTEIN, *Indigenous peoples' right to land*, in *Max Planck UNYB*, 2004, 8, p. 4; A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, p. 37; G. ARANGIO RUIZ, *Autodeterminazione (diritto dei popoli alla)*, in *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma, 1988, p. 1; F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, pp. 139 e ss.

³⁸⁹ Article 40, ICCPR.

1. *The States Parties to the present Covenant undertake to submit reports on the measures they have adopted which give effect to the rights recognized herein and on the progress made in the enjoyment of those rights [...]*.

³⁹⁰ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 23*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994, par. 230.

³⁹¹ Come evidenziato in dottrina, l'art. 27 ICCPR costituisce il «riferimento quasi esclusivo della *soft jurisprudence* degli organismi ONU che si occupano di questioni minoritarie» (F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, p. 83).

³⁹² «Seppur non si possa definire tali diritti come collettivi, la dimensione collettiva non è sconosciuta nella stessa formulazione dell'articolo, la quale fa riferimento all'esercizio congiunto del diritto» (V. PIERGIGLI, *Diritti dell'uomo e diritti delle minoranze nel contesto internazionale ed europeo: riflessioni su alcuni sviluppi nella protezione dei diritti linguistici e culturali*, in *Rassegna Parlamentare*, 1996, 1, p. 51).

religioso e dalla loro appartenenza etnico-culturale³⁹³, sancendo l'invulnerabilità di una sfera di autonomia riconosciuta all'individuo³⁹⁴.

Per evitare che l'applicazione del principio di parità di trattamento produca rispetto alle minoranze delle discriminazioni indirette, nell'interpretazione dell'articolo si è statuito l'obbligo dello Stato di intervenire con *positive measure*³⁹⁵ laddove il trattamento diseguale sia necessario per promuovere sostanzialmente un principio di uguaglianza³⁹⁶.

Tale interpretazione evolutiva ha trovato applicazione nel caso *Ominayak and The Lubicon Lake Band v. Canada*, dove lo HRC affermò la violazione dell'articolo 27 ICCPR in conseguenza dell'omesso riconoscimento di una posizione collettiva preferenziale su quelle risorse costituenti la base materiale di pratiche culturali minoritarie³⁹⁷. Lo stesso HRC ebbe modo di affermare inoltre come l'articolo 27 comporti l'obbligo, per lo stato firmatario, di garantire strumenti di partecipazione ai processi decisionali rilevanti per la gestione delle risorse che costituiscono la base materiale di stili di vita minoritari³⁹⁸.

Il principio che sancisce un obbligo in capo agli Stati firmatari di riconoscere diritti collettivi sulle risorse tradizionalmente appropriate - quali misure essenziali per integrare la tutela internazionale dei diritti umani di minoranze etnico-culturali - è stato positivizzato anche nella Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (*International Labour Organization* - ILO) 169/89 sulle Popolazioni Indigene e Tribali³⁹⁹.

³⁹³ Art. 26, ICCPR.

All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

³⁹⁴ V. PIERGIGLI, *Diritti dell'uomo e diritti delle minoranze nel contesto internazionale ed europeo: riflessioni su alcuni sviluppi nella protezione dei diritti linguistici e culturali*, in *Rassegna Parlamentare*, 1996, 1, p. 50; A. PIZZORUSSO *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, p. 37.

³⁹⁵ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 23*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994, par. 6.2.

³⁹⁶ A. PIZZORUSSO, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, p. 8.

³⁹⁷ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *Communication No. 164/1984*, UN Doc. CCPR/C/38/D/1667/1984. In dottrina si veda D. MCGOLDRICK, *Canadian Indians, cultural rights and the Human Rights Committee*, in *The International and comparative law quarterly*, 1991, 3, pp. 658-669.

³⁹⁸ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No. 23*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 1994.

³⁹⁹ La Convenzione, entrata in vigore nel 1991, è reperibile nel sito <http://www.ilo.org>. Non volendo analizzare sistematicamente gli atti di diritto internazionale dedicati ai popoli indigeni, non prenderò in considerazione, anche perché strumento di *soft law*, la Dichiarazione dell'Assemblea Generali delle

La Convenzione - da applicare a tutti i gruppi che nel contesto statale si considerano, secondo criteri auto-percettivi⁴⁰⁰, differenti rispetto alla collettività nazionale⁴⁰¹ - riafferma il principio di autodeterminazione⁴⁰², articolandone i contenuti in tre specifici diritti: il diritto di partecipazione ai processi decisionali statali rilevanti per la comunità⁴⁰³, il diritto al riconoscimento dell'autonomia del gruppo nella regolazione - secondo consuetudine seppur nei limiti dei diritti umani - delle proprie relazioni interne; il diritto al riconoscimento di titoli dominicali sulle risorse territoriali tradizionalmente possedute⁴⁰⁴. In applicazione della Convenzione gli Stati firmatari devono vincolare all'esercizio preferenziale dei diritti posti in capo a gruppi indigeni e tribali i beni materiali e immateriali afferenti ad un concetto

Nazioni Unite sui Diritti delle Popolazioni Indigene del 2007 (il documento è disponibile alla pagina http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_it.pdf, accesso 20 gennaio 2010).

⁴⁰⁰ Art. 1 Convenzione 169/89 ILO.

Self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply.

Considerate le difficoltà nell'individuare una definizione del concetto di minoranza (F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, pp. 13 ss), è opportuno - sulla base di quanto viene indicato nella letteratura antropologica pronunciata sul tema (cfr. F. BARTH, *Los grupos étnicos e sus fronteras: la organización de las diferencias culturales*, Cidade do México, 1976) - avallare il criterio auto-percettivo, quello individuato dalla Convenzione per definire il proprio ambito applicativo.

⁴⁰¹ L'art. 1, co. I, Convenzione 169/89 ILO, definisce tribali i gruppi «*whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations*»; allo stesso modo definisce indigeni i gruppi «*who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions*».

Definizione simile è stata avanzata per il concetto di minoranza da Pizzorusso (PIZZORUSSO A. 1976: 160).

⁴⁰² Art. 7, Convenzione 169/89 ILO.

The peoples concerned shall have the right to decide their own priorities for the process of development as it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or otherwise use, and to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development. In addition, they shall participate in the formulation, implementation and evaluation of plans and programmes for national and regional development which may affect them directly.

⁴⁰³ Art. 6, Convenzione 169/89 ILO.

In applying the provisions of this Convention, governments shall:

(a) consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly.

⁴⁰⁴ Art. 14, Convenzione 169/89 ILO.

1. The rights of ownership and possession of the peoples concerned over the lands which they traditionally occupy shall be recognised. In addition, measures shall be taken in appropriate cases to safeguard the right of the peoples concerned to use lands not exclusively occupied by them, but to which they have traditionally had access for their subsistence and traditional activities. Particular attention shall be paid to the situation of nomadic peoples and shifting cultivators in this respect.

ampio di territorio, e che, come viene specificato dalla Convenzione stessa⁴⁰⁵, non può essere assorbito dal termine “*land*”⁴⁰⁶.

Dai dispositivi delle convenzioni internazionali menzionate, di cui il Brasile è Stato firmatario⁴⁰⁷, e dall'interpretazione che ne è stata offerta dagli organi deputati a vigilare sulla loro applicazione, si può estrapolare un principio utile nell'interpretare i diritti riconosciuti *ex art.* 231, CRFB, e 68, ADCT. Lo stesso principio ci indica come i beni titolati debbano essere destinati all'esercizio dei diritti collettivi, o collettivamente esercitati, fondamentali per garantire una autonomia del gruppo culturalmente o etnicamente minoritario.

Se da un lato il regime costituzionale riconosce espressamente il vincolo di destinazione delle terre tradizionalmente o storicamente occupate all'uso da parte delle comunità *indígenas* e *quilombolas*, dall'altro lato è rilevabile un conflitto tra la funzione del principio di auto-determinazione - come sancito nel diritto internazionale - e i limiti di diritto pubblico posti ad atti di disposizione che abbiano ad oggetto il patrimonio collettivo.

In linea di principio è da escludere che i vincoli di inalienabilità e di indivisibilità che limitano atti dispositivi privati delle comunità *quilombolas*, o il trasferimento del possesso da parte della comunità *indígena*, possano essere considerati formalizzazione legale di una tradizione comunitaria che presuntivamente concepisce come non-economico il bene terra. Una positivizzazione, per mezzo di strumento legale, delle regole o delle tradizioni minoritarie deve essere considerato contraddittorio infatti rispetto al principio di auto-determinazione. Rimane da valutare in che misura il regime di natura pubblicistica, cui il patrimonio collettivo è sottoposto, possa essere ritenuto legittimo alla luce dell'ordinamento. Si è già avuto

⁴⁰⁵ Art. 13, Convenzione 169/89 ILO.

2. *The use of the term lands in Articles 15 and 16 shall include the concept of territories, which covers the total environment of the areas which the peoples concerned occupy or otherwise use.*

⁴⁰⁶ Della stessa opinione Jose R. Martinez Cobo, Relatore speciale della Sub-commissione per la prevenzione delle discriminazioni e per la protezione delle minoranze, secondo il quale: «*it is essential to know and understand the deeply spiritual special relationship between indigenous peoples and their land as basic to their existence as such and to all their beliefs, customs, traditions and culture... for such people, the land is not merely a possession and a means of production... Their land is not a commodity which can be acquired, but a material element to be enjoyed freely*» (J. R. MARTINEZ COBO, *Study on the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, UN Document No.E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1, parr. 196-197)

⁴⁰⁷ Si veda J. SHIRAIISHI NETO, *A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais face às declarações internacionais*, in J. SHIRAIISHI NETO (org.), *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil*, Manaus, 2007.

modo di rilevare come i limiti pubblici ad atti di autonomia privata possano essere giustificati assumendo come giuridicamente rilevante l'interesse delle generazioni future alla conservazione del patrimonio collettivo. Tale sembra essere l'unico argomento che rende ragionevole una limitazione alla capacità dispositiva che naturalmente compete ad ogni soggetto giuridico riconosciuto dall'ordinamento, a maggior ragione se la sua autonomia sia rafforzata dallo *status* di minoranza etnico-culturale.

Al di fuori di tale giustificativa, il medesimo regime giuridico dovrebbe essere considerato come illegittimo, in quanto riproposizione di quell'approccio paternalistico-tutelare che, se ha orientato per lungo tempo la politica *indigenista* brasiliana, non si ritiene più compatibile con i principi dello EDD positivizzati con la ri-democratizzazione del sistema politico. Alla luce dei medesimi principi deve essere letta la predeterminazione dell'assetto istituzionale e gestionale previsto per le comunità *quilombolas*, che pur limitandone l'autonomia, costituisce - in linea con i principi democratici - strumento per riorganizzare su base tendenzialmente paritetica le posizioni dei singoli nelle strutture tradizionali che presiedono alla regolazione collettiva degli usi individuali e alla destinazione degli utili conseguenti al potenziale esercizio collettivo di attività economica.

In sintesi la funzione dei diritti contemplati dagli artt. gli artt. 231, CRFB, e 68, ADCT, nel sistema costituzionale consiste nel garantire l'autonomia dei gruppi *quilombola* e *indígena*, necessaria per esercitare il controllo sui processi economici e sociali che si svolgono nei territori storicamente o tradizionalmente appropriati, garantendo al contempo l'esercizio di diritti individuali fondamentali. Il regime delle terre, da cui discendono i limiti ai poteri dispositivi conseguenti alla titolazione, è di natura pubblicistica in quanto pubblico è l'interesse alla conservazione non della cultura minoritaria, ma alla trasmissione del patrimonio collettivo alle generazioni future *indígenas* e *quilombolas*.

Tale prospettiva è l'unica che permette di considerare legittimi, in un sistema costituzionale fondato sulla dignità della persona, dei limiti altrimenti invasivi di una sfera ordinariamente inviolabile, come si presenta nell'ordinamento brasiliano quella garantita da diritti di natura dominicale.

Nell'ordinamento italiano invece la funzione dei diritti collettivi originari delle «popolazioni indigene»⁴⁰⁸, come potrebbero essere nominate le comunità locali titolari di diritti di uso civico e di promiscuo godimento, deve essere compresa a partire dall'apposizione sul patrimonio collettivo del vincolo paesaggistico.

Il concetto di paesaggio infatti, per come enucleato nell'art. 131, n. 1, D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, supera evolutivamente una nozione basata sulla rilevanza estetico-naturalistica delle zone soggette a specifica tutela, per rendere prevalente l'interesse non alla conservazione, ma alla gestione controllata dell'uso delle porzioni di territorio che assumono dei tratti identitari⁴⁰⁹. La centralità assunta, nel concetto di paesaggio, dall'interazione tra uomo e ambiente, desumibile dalle disposizioni legali vigenti, dimostra come il perseguimento dell'interesse paesaggistico comporti una regolazione dei diritti e delle libertà individuali al fine di evitare che il loro esercizio possa produrre un impatto pregiudizievole dell'ambiente⁴¹⁰. La costituzionalizzazione dell'interesse ambientale, avvenuta ad opera della Corte costituzionale ex artt. 9 e 32, CI⁴¹¹, pur costituendo un'interpretazione evolutiva del dispositivo costituzionale a fronte della mutata sensibilità sociale a questioni di natura ambientale, ha potenziato l'incisività dell'originario disegno del programma costituzionale. Tale programma è già di per sé racchiuso nella costituzionalizzazione di interessi collettivi tutelati e promossi attraverso una regolazione pubblica dei poteri privati e in special modo dei poteri proprietari. L'interesse paesaggistico, oltre ad aver permesso l'introduzione dell'interesse ambientale tra i valori primi dell'ordinamento costituzionale, continua

⁴⁰⁸ F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Napoli, 2000, p. 102.

⁴⁰⁹ Cfr. Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2690.

È esemplificativo inoltre l'art. 2 della Convenzione europea del paesaggio, approvata a Firenze il 20 ottobre 2000, ratificata con L. 9 gennaio 2006, n. 14 la Convenzione trova applicazione sia dinnanzi ai «paesaggi che possono essere considerati eccezionali», sia a quelli «della vita quotidiani, sia i paesaggi degradati».

⁴¹⁰ Sul concetto giuridico di ambiente si veda N. LUGARESÌ, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2008, pp. 5 e ss.

⁴¹¹ Si vedano, tra le tante, Corte cost., 21 dicembre 1985, n. 359, in *Foro it.*, 1986, I, c. 1196, Corte cost., 30 dicembre 1987, n. 641, in *Cons. Stato*, 1987, II, p. 1925, Corte cost., 24 febbraio 1992, n. 67, in *Cons. Stato*, 1992, II, p. 240, Corte cost., 4 giugno 1993, n. 269, in *Cons. Stato*, 1993, II, p. 915. Sull'evoluzione della giurisprudenza della Corte si veda G. D'ALFONSO, *La tutela dell'ambiente quale «valore primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 3 e ss.

a dimostrare una certa capacità espansiva nel riassumere, in buona parte, i molteplici aspetti di cui esso si compone⁴¹².

L'apposizione del vincolo alle terre assegnate ad associazioni agrarie e gravate da usi civici venne contestato, sotto un profilo di costituzionalità, in quanto assoggettò una serie disparata di beni ad un «regime particolarmente affittivo [...] senza che lo stesso sia in rapporto di sintonia con interessi effettivamente sussistenti»⁴¹³.

I beni sottoposti al regime amministrativo infatti non presentano delle specifiche caratteristiche fisiche-morfologiche che oggettivamente possano giustificare la scelta operata dal legislatore. Si contestò in definitiva l'irragionevolezza di una tipizzazione dei beni effettuata a partire non da fatti naturali oggettivamente accertabili, ma da fatti artificiali e accidentali, come in effetti si presenta la qualificazione giuridica di un insieme di beni come collettivi.

La Corte, nel ritenere manifestamente infondate le questioni sollevate, ha rilevato come l'esistenza dei diritti collettivi, o meglio, lo specifico regime giuridico cui i beni sono sottoposti in virtù dell'esistenza di tali diritti, abbia permesso la conservazione, allo stato "naturale", di territori, mantenendone la destinazione ad usi tradizionali agricoli⁴¹⁴. In prima battuta sembrerebbe che la Corte abbia legittimato la scelta del legislatore in quanto ritenne che il vincolo di destinazione ad attività agricole fosse indice sufficiente, seppur presuntivo, di un oggettivo valore naturalistico del patrimonio collettivo.

In verità la Corte si spinse oltre, rilevando come il valore protetto fosse costituito da un patrimonio non solo naturale bensì tradizionale. In altri termini la Corte affermò come il rilievo paesaggistico che giustifica il regime amministrativo,

⁴¹² Per una critica all'espansività dell'interesse paesaggistico rispetto agli interessi ambientali, si veda G. F. CARTEI, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2006, 1, pp. 19 e ss.

⁴¹³ Tale argomentazione venne proposta in differenti contenziosi, di cui la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza. Si veda Corte cost. (ord.), 22 luglio 1998, n. 316, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2321, Corte cost. (ord.) 17 marzo 1998, n. 68, in *Giur. cost.*, 1998, p. 711, Corte cost. (ord.), 18 marzo 1999, n. 71, in *Giur. cost.*, 1999, p. 804. Il medesimo argomento venne menzionato nel contenzioso sollevato dalla Regione Veneto che, assumendo come parametri gli artt. 117 e 118 CI, contestò la costituzionalità del D.L. 27 giugno 1986, n. 312. La norma statale, ledendo una competenza regionale in materia urbanistica, venne contestata in quanto emanata dallo Stato al fine di «ritagliare (a proprio favore) un'autonoma materia ambiente», senza che tale nozione fosse «giustificata da criteri razionalmente correlati alla natura obiettiva dei beni protetti» (Corte cost. 27 giugno 1986, n. 151, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2690).

⁴¹⁴ Cfr. Corte cost. (ord.), 22 luglio 1998, n. 316, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2321.

derivi non solo da una «particolare sensibilità alla conservazione» dimostrato dalle collettività - ulteriore indice da cui desumere, seppur in termini apodittici, il valore ambientale che oggettivamente il patrimonio collettivo possederebbe - ma anche da un uso del territorio orientato «alla partecipazione collettiva o comunitaria»⁴¹⁵.

Se da un lato la conservazione del valore naturalistico dei patrimoni collettivi è certamente da addurre, in termini oggettivi, al vincolo di destinazione agro-silvo-pastorale che ha impedito, o meglio ha reso più difficile, la progressiva antropizzazione del territorio⁴¹⁶, dall'altro lato si rileva come, prescindendo da un valore oggettivamente naturalistico, il sussistere di una gestione partecipata e comunitaria costituisca ragione autonoma e sufficiente - visto l'innegabile degrado ambientale subito in parte dai patrimoni collettivi usurpati e impropriamente utilizzati - a legittimare la qualificazione del patrimonio come bene paesaggistico⁴¹⁷.

Il medesimo profilo partecipativo è stato evidenziato dalla Corte in altro frangente. Il riconoscimento giuridico di istituzioni appropriative collettive, e quindi di diritti di uso civico e di promiscuo godimento, ha indotto un decentramento e una localizzazione diffusa del potere decisionale, che si presenta meritevole di tutela alla luce del valore ambientale-paesaggistico positivizzato *ex art. 9, CI*. La Corte infatti ha affermato come «vi [sia] una stretta connessione fra l'interesse generale della collettività alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio, in ragione del vincolo paesaggistico [...] e il principio democratico di partecipazione alle decisioni in sede locale»⁴¹⁸,

⁴¹⁵ Corte cost. (ord.), 22 luglio 1998, n. 316, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2321.

⁴¹⁶ Questo l'elemento ritenuto assorbente del vincolo in F. MARINELLI, *Gli usi civici*, Napoli, 2000, p. 43.

⁴¹⁷ Le affermazioni della Corte si presentano contraddittorie rispetto alla sentenza 19-30 dicembre 1991, n. 511, in *Riv. not.*, 1992, p. 966, con nota di A. PASTORE, *Estinzione degli usi civici per sclassificazione*, nella quale si ritenne costituzionalmente legittima la sclassificazione, quale strumento amministrativo per dichiarare accertativamente la perdita della *qualitas soli*, in conseguenza di utilizzazioni improprie che abbiano determinato l'irreversibile perdita della conformazione fisica necessaria per corrispondere alla destinazione agro-silvo-pastorale. Se il vincolo paesaggistico dipende non da qualità ontologica de fondi ma da una modalità gestionale, l'interesse alla conservazione dei diritti collettivi originari non viene meno pur a fronte di una irreversibile trasformazione del territorio.

⁴¹⁸ Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2171 e in *Giur. cost.*, 1997, II, pp. 3390, con nota di F. G. COCCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale*.

Il contenzioso venne sollevato con riferimento all'art. 1, n. 3, L.R. Abruzzo, 27 aprile 1996, n. 23, *Impianti pubblici o di pubblico interesse*, il quale attribuiva al Sindaco il potere di autorizzare la realizzazione di alcuni impianti pubblici o di pubblico interesse anche qualora la loro realizzazione insistesse su terreni di natura civica. Il venir meno delle procedure di consultazione previste dalla legge regionale emanata in materia degli usi civici al fine di autorizzare le alienazioni o i mutamenti di

facendo peraltro esplicito riferimento al principio di previa consultazione delle popolazioni locali contenuto nell'art. 4, n. 6, L. 30 dicembre 1989, n. 439, che ha ratificato la Carta europea dell'autonomia locale, firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985.

L'esistenza di diritti collettivi originari rafforza quindi la posizione dei singoli nella partecipazione ai processi decisionali che hanno ad oggetto la modificazione del paesaggio⁴¹⁹ - peraltro già assicurata dall'assoggettamento di atti di pianificazione generale alla valutazione ambientale strategica, e di provvedimenti amministrativi puntuali alla valutazione di impatto ambientale⁴²⁰. Il rafforzamento della partecipazione ai processi decisionali pubblici che determinano l'uso del territorio, e quindi l'impatto delle attività umane sull'ambiente in senso ampio, non costituisce però l'unico elemento da cui la Corte desume un interesse pubblico alla conservazione dei diritti di uso civico e di promiscuo godimento. L'esercizio di un diritto diffuso all'uso del territorio, sulla base di un titolo pubblico, integra inoltre uno «specifico interesse della comunità nazionale [...] nella misura in cui concorre a determinare la forma del territorio»⁴²¹. Non è la qualità naturalistica dei patrimoni collettivi a costituire la precondizione all'apposizione del vincolo paesaggistico⁴²², ma il fatto che, permettendo l'accesso collettivo a porzioni di territorio, esso veicola l'interazione tra comunità locale e ambiente naturale di cui il paesaggio è esteriorizzazione⁴²³.

destinazione, venne considerato decisivo dalla Corte costituzionale nella sua pronuncia di incostituzionalità.

⁴¹⁹ Nell'opinione di Federico il modello proprietario collettivo costituisce uno degli strumenti utili per una «corretta pianificazione territoriale, perché [garantisce] a priori l'indifferenza degli interessi proprietari» (P. FEDERICO, *Usi civici*, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1987, p. 1027).

⁴²⁰ Sui procedimenti ambientali amministrativi si veda N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2008, pp. 99 e ss. Si veda inoltre G. GUIDARELLI, *Commento art. 4*, in N. LUGARESI, S. BERTAZZO (a cura di), *Nuovo codice dell'ambiente*, Rimini, 2009, pp. 86 3 ss. e la bibliografia ivi citata.

⁴²¹ Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 46, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 865, con nota di E. CASAMASSIMA, *La Corte costituzionale ripristina la tutela giuridica demaniale ed ambientale*, e di F. MARINELLI, *Usi civici, tutela dell'ambiente e poteri d'ufficio del commissario liquidatore*, ora in ID., *Gli usi civici*, Napoli, 2000, pp. 123-130.

⁴²² L'interesse ambientale di cui il vincolo paesaggistico è espressione supera quindi l'interesse alla mera conservazione di un patrimonio ambientalmente integro. Cfr. P. FEDERICO, *Usi civici*, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1987, p. 1027.

⁴²³ Come evidenziato in dottrina, la «dimensione identitaria, quale profilo idoneo e sufficiente a giustificare la valenza paesaggistica di un territorio, in quanto riassuntiva dei diversi processi di riconoscimento del valore simbolico, testimoniale od estetico di un territorio, entro un processo in cui il carattere identitario viene assunto quale condizione morfologicamente riconoscibile e socialmente

Alla luce di un interesse pubblico alla conservazione del patrimonio collettivo - come bene paesaggistico - e all'esercizio dei diritti di uso civico - sia sotto il profilo collettivo (in virtù di una partecipazione a una politica decentrata di gestione del territorio), sia sotto il profilo individuale (per mezzo del quale contribuire direttamente alla conformazione del territorio in cui si vive) - la Corte costituzionale ha giustificato una "transitoria"⁴²⁴ sospensione del principio di terzietà del giudice nei contenziosi di competenza del Commissario agli usi civici. La Corte si pronunciò in seguito ad un consolidato orientamento giurisprudenziale della Cassazione⁴²⁵ che, alla luce del generale trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative in materia di usi civici, ritenne di competenza regionale il potere di impulso nei processi aventi ad oggetto il loro accertamento. Come rilevato dalla Corte, il primario interesse pubblico alla conservazione sia dei diritti collettivi originari, sia del patrimonio collettivo, verrebbe subordinato ad atto connotato da discrezionalità amministrativa posto in capo ad autorità regionale. L'interesse regionale può essere di fatto divergente rispetto sia all'interesse generale della collettività, sia all'interesse delle popolazioni locali titolari degli usi civici⁴²⁶. In questo senso la Corte pronunciò l'incostituzionalità dell'art. 29, co. 2, L. 16 giugno 1927, n. 1766, «nella parte in cui non consent[e] la permanenza del potere del commissario agli usi civici di esercitare d'ufficio la propria giurisdizione anche dopo il trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative»⁴²⁷. La conservazione quindi dei diritti collettivi originari nell'ordinamento giuridico contemporaneo si impone non solo in virtù di una garanzia posta ai diritti acquisiti, ma anche nel perseguimento di un interesse pubblico primario alla tutela del paesaggio.

riconosciuta» (E. BOSCOLO, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 7, p. 798).

⁴²⁴ L'art. 5, L. 4 dicembre 1993, n. 491, emanata per riordinare la ripartizione di competenza in materia di agricoltura e foreste, preannunciò una riforma generale in materia egli usi civici (peraltro mai varata). La transitoria prevalenza dell'interesse pubblico all'accertamento dei patrimoni collettivi rispetto al principio di terzietà del giudice venne statuita dalla Corte (Corte cost., 20/02/1995, n. 46) in attesa che il legislatore desse seguito all'annuncio della riforma.

⁴²⁵ Si veda, per tutte, Cass. civ., ss. uu., 28 gennaio 1994, n. 858, in *Giust. civ.*, 1994, 1, p. 1526, con nota di F. MARINELLI, *Giurisdizione d'ufficio del Commissario degli usi civici, una coraggiosa sentenza delle Sezioni unite*, ora in ID., *Gli usi civici*, Napoli, 2000, pp. 109 e ss. Sulla vicenda si veda inoltre F. G. SCOCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale* (nota a Corte cost., 21 novembre 1997, n. 345), in *Giur. cost.*, 1997, II, pp. 3402 e ss.

⁴²⁶ Cfr. Corte cost., 1 aprile 1993, n. 133.

⁴²⁷ Corte cost., 1 aprile 1995, n. 133.

Dall'analisi dei diversi statuti dei diritti collettivi originari nei due ordinamenti e alla luce degli interessi pubblici che - giustificandone il riconoscimento o la conservazione - ne orientano la funzione, si possono trarre le seguenti considerazioni.

La nascita di un'istituzione appropriativa collettiva, come fatto storico accertato giuridicamente, comporta il costituirsi di un diritto collettivo originario e perciò riconosciuto dall'ordinamento giuridico.

La funzione del diritto collettivo originario consiste nel garantire l'esercizio di diritti originari di uso e il controllo, locale e partecipato, delle attività esercitate sul patrimonio collettivo, sia esso titolato formalmente a soggetto pubblico o privato.

La funzione del diritto originario di uso consiste nel garantire un accesso a beni che, essendo ritenuti necessari all'esercizio di diritti fondamentali, sono sottratti alla libera circolazione nel mercato.

La funzione del patrimonio è determinata dal vincolo di destinazione all'esercizio di diritti individuali di uso da parte degli attuali e futuri "comunisti", garantito per mezzo di vincoli di natura pubblica, finalizzati alla conservazione non dell'identità collettiva o del paesaggio, ma alla promozione dell'interazione, secondo processi autonomi e non eteronomi, tra comunità locale e territorio.

Queste affermazioni sintetizzano, nell'opinione di chi scrive, la comune funzione dei diritti collettivi originari nei due sistemi costituzionali, capace di raccogliere il profondo significato storico delle istituzioni appropriative collettive.

5.2. I diritti collettivi originari di natura dominicale e il principio dello sviluppo sostenibile: per un'integrazione del modello proprietario collettivo nel sistema costituzionale delle proprietà

Alla luce delle considerazioni svolte si può affermare come i diritti originari collettivi siano riconosciuti o conservati, in entrambi gli ordinamenti, alla luce di specifici interessi pubblici, che non vengono assorbiti nella tutela di diritti

acquisiti⁴²⁸, seppur in virtù di una appropriazione anomala e *sui generis* come si presenta l'appropriazione istituzionale collettiva di un territorio. Nell'ordinamento italiano tali interessi consistono nella partecipazione decentrata e locale alla gestione dinamica di un patrimonio dichiarato rilevante ai fini di una tutela paesaggistico-territoriale. Nell'ordinamento brasiliano il perseguimento del medesimo interesse garantisce il controllo sui processi economici, politici e sociali in territori da cui dipende una riarticolazione autonoma e non eteronoma delle relazioni inter-etniche, o meglio dei conflitti sociali nei quali l'identità *indígena* e *quilombola* sia stata fattore di aggregazione collettiva.

Sia la partecipazione decentrata alla gestione del territorio, sia il controllo economico e sociale del territorio collettivo costituiscono applicazione di un principio nominato, nei rispettivi frangenti, di autodeterminazione (per minoranze etniche riconosciute e, quindi, per le popolazioni indigene) e di autonomia⁴²⁹ (per le comunità locali *tout court*).

Se i medesimi interessi giustificano la permanenza dei diritti collettivi originari nei rispettivi ordinamenti, rimane da definire in che misura sia possibile integrare il modello proprietario collettivo nei rispettivi sistemi costituzionali della proprietà. I limiti posti alle facoltà dispositive rispetto il patrimonio collettivo indicano un interesse alla conservazione del patrimonio in detrimento dell'autonomia privata delle collettività. Si è già detto come il suddetto limite di diritto pubblico possa essere interpretato come giuridicizzazione di un interesse delle generazioni future alla conservazione della consistenza del patrimonio. Il principio di solidarietà infra-generazionale, che presiede alla regolazione pubblica dei poteri collettivi discendenti dalla titolarità dei diritti collettivi originari di natura dominicale, costituisce un importante elemento dal quale desumere la relazione sussistente tra il modello proprietario collettivo, di cui gli istituti analizzati sono espressione, e il

⁴²⁸ In questo senso «affrontare oggi tali problemi in chiave di difesa della proprietà collettiva non significa solo tutelare elementari esigenze di certezza del diritto e di tutela della cosa pubblica, ma contribuire in modo determinante, data l'estensione dei diritti di godimento riservati alle popolazioni, al recupero del territorio del paesaggio, della salubrità dell'ambiente, delle risorse naturali, dello spazio vitale dei *cives* di oggi» (FEDERICO P., *Usi civici*, in *Appendice Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1987, p. 1029).

⁴²⁹ Nell'ordinamento italiano l'autonomia delle collettività organizzate trova specifica tutela nell'art. 2, CI. Cfr. A. GERMANÒ, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, p. 540; A. MORRONE, *Diritti collettivi, proprietà collettiva e costituzione*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2008, 1, pp. 35 e 50 e ss.

principio dello sviluppo sostenibile. Il principio di solidarietà infra e intra-generazionale fu, infatti, un elemento sul quale si concentrò l'attenzione della commissione di esperti indipendenti cui l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite affidò l'incarico di redigere un documento in preparazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo⁴³⁰. Il Rapporto che scaturì dai lavori della Commissione Brundtland costituì il punto di partenza per la definizione dell'agenda proposta nel *summit* mondiale tenutosi a Rio de Janeiro nel 1992. Il terzo principio della Dichiarazione con cui si concluse la Conferenza internazionale riconobbe come il diritto allo sviluppo potesse essere esercitato nei limiti in cui non risultasse pregiudizievole per le generazioni presenti e future⁴³¹. Il principio di responsabilità infra e intra-generazionale assunse un ruolo centrale nel definire il contenuto semantico del concetto di sviluppo sostenibile, divenuto, in seguito, un riferimento per la successiva evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente.

Se nella dottrina internazionalistica appare dubbia la qualificazione giuridica del principio - considerato a fronte di un'estrema indeterminatezza contenutistica⁴³² uno strumento di *soft law* privo di natura vincolante⁴³³, un obiettivo che la Comunità internazionale deve perseguire⁴³⁴, un concetto per procedere all'integrazione di differenti regimi del diritto internazionale⁴³⁵, nonché un principio generale del diritto internazionale⁴³⁶ - indubbia è l'influenza esercitata sugli ordinamenti nazionali⁴³⁷.

⁴³⁰ UNGA, Risoluzione 22 dicembre, n. 44/228.

⁴³¹ Sulle vicende che hanno preparato la Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo, si veda G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto ambientale, profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2008, pp. 10 e ss.

⁴³² Cfr. G. WINTER, *A fundament and two pillars, the concept of sustainable development 20 years after the Brundtland report*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, p. 40, il quale nega che il principio in questione possa essere qualificato un principio generale del diritto internazionale.

⁴³³ Cfr. M. POLITI, *Tutela dell'ambiente e "sviluppo sostenibile"*, in AA.VV., *Scritti degli allievi di Giovanni Barile*, Padova, 1995, pp. 558-559, per il quale «ci troviamo tuttora in presenza di un fenomeno in fase evolutiva, che non modifica il quadro delle regole di diritto generale già elaborate, ad esempio, in materia di "uso innocuo" del territorio statale».

⁴³⁴ Cfr. N. SCHRIJVER, *Development - the neglected dimension in the post-rio international law of sustainable development*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, p. 233.

⁴³⁵ P. SANDS, *International Courts and the application of the concept of "sustainable development"*, in *Max Plank UNYB*, 1999, 3, p. 404. In termini analoghi si esprime McGoldrick, il quale concepisce lo sviluppo sostenibile come concetto che integra il regime del diritto internazionale dell'ambiente (standard internazionali a protezione di ambiente *tout court*), il regime dei diritti umani e il regime del diritto economico internazionale (D. MCGOLDRICK, *Sustainable development and human rights: an integrated conception*, in *International and comparative law*, 1996, 4, p. 796-797).

⁴³⁶ Prudente l'opinione di Marchisio, il quale dubita si possa concludere per l'avvenuta formazione di una norma di diritto internazionale (cfr. S. MARCHISIO, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel*

Non pare scontato precisare come il principio dello sviluppo sostenibile presupponga l'esistenza di una autorità politica che governi i processi di sviluppo ed il bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica e l'interesse alla tutela dell'ambiente. Gli strumenti utilizzati possono essere alternativamente una pianificazione pubblica dell'economia, nelle proprie declinazione autoritativa o partecipativa, o una regolazione pubblica degli spazi di autonomia riconosciuti ai privati nell'ambito del mercato che possa al contempo veicolare interessi di natura generale.

Cercando poi di definire, in maniera giuridicamente concreta, i rarefatti contenuti del principio - superando la mera enunciazione della solidarietà intra e infra-generazionale utilizzata per sintetizzare genericamente il principio in esame⁴³⁸ -

diritto internazionale, in MARCHISIO, F. RASAPDORI, A. MANEGGI (a cura di), *Rio cinque anni dopo*, Milano, 1998, pp. 58-59). È collocato tra i principi consolidati del diritto internazionale dell'ambiente da N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2008, p. 30. Considera invece evidenti gli indizi da cui desumere l'emersione di un principio di diritto consuetudinario Cordonier Segger (M. C. CORDONIER SEGGER, *Sustainable development in international law*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, p. 128). Tale affermazione trae spunto anche dalla *separate opinion* formulata dal giudice C. G. Weeramantry, vicepresidente della Corte Internazionale di Giustizia nel famoso caso *Gabčíkovo*. Nell'opinione del giudice «*the principle of sustainable development is thus a part of modern international law by reasoning not only of its inescapable logical necessity, but also by reason of its wide and general acceptance by the global community*» (disponibile alla pagina <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7383.pdf>, p. 95, accesso il 20/01/2010).

⁴³⁷ Tra gli strumenti normativi che hanno formalizzato in termini generali il principio rileva, per l'ordinamento italiano, l'art. 3-*quater*, D.Lgs., 3 aprile 2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*, come modificato dal D.Lgs., 16 gennaio 2008, n. 4. Si veda N. LUGARESI, *Commento art. 3-*quater**, in N. LUGARESI, S. BERTAZZO (a cura di), *Nuovo codice dell'ambiente*, Rimini, 2009, pp. 75-79.

Con riferimento all'ordinamento brasiliano si deve menzionare l'art. 225. CRFB - che prescrive l'obbligo generale di conservare l'ambiente per le generazioni presenti e future - e la *Lei federal* 18 luglio 2000, n. 9985, che istituì il *Sistema Nacional das Unidades de Conservação* (SNUC).

⁴³⁸ Per l'ordinamento italiano bisogna menzionare l'art. 3-*quater*, n. 1, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il quale riconosce nello sviluppo sostenibile uno dei principio generali cui deve conformarsi l'azione umana «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». Tra gli strumenti contemplati per il raggiungimento dello sviluppo sostenibile acquisiscono una speciale importanza i procedimenti amministrativi di valutazione di impatto ambientale e di valutazione ambientale strategica, disciplinati dal II titolo del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152.

Con riferimento all'ordinamento brasiliano si deve menzionare l'art. 2, II, *Lei federal* 18 luglio 2000, n. 9985, promuove la «gestione dell'uso umano dell'ambiente, nella quale si ricomprendono la preservazione, la conservazione, l'utilizzo sostenibile, il ripristino e il recupero dell'ambiente naturale, di modo che possa produrre il maggior beneficio, su basi sostenibili, alle generazioni attuali, mantenendo la sua capacità di soddisfare le necessità e le aspirazioni delle generazioni future, garantendo la sopravvivenza degli esseri viventi in generale».

si può operare una distinzione tra un primo profilo procedurale e un secondo sostanziale⁴³⁹.

Nei propri contenuti procedurali il principio dello sviluppo sostenibile rende necessaria un'operazione di bilanciamento tra interessi economici - o meglio socio-economici - e ambientali⁴⁴⁰. In applicazione del principio di integrazione tra politiche ambientali e politiche di sviluppo⁴⁴¹, l'interesse alla tutela dell'ambiente deve essere necessariamente tenuto in debita considerazione nei processi deliberativi pubblici, pur rimanendo nella piena disponibilità dell'organo decidente la valutazione della sua prevalenza rispetto a ulteriori esigenze sociali o economiche.

Affinché ogni interesse possa accedere ai procedimenti deliberativi, l'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile ha ampliato gli ambiti di partecipazione del pubblico nei procedimenti deputati al controllo delle attività amministrative e private. In dottrina si è rilevata una certa similitudine tra l'aspetto procedurale che connota l'applicazione del principio e alcuni contenuti ascritti al principio di auto-determinazione statuito, a livello internazionale, rispetto a gruppi

⁴³⁹ Entrambi i profili vengono esposti nel Rapporto della *International Law Association* (ILA), divulgato in seguito alla Conferenza di Nuova Dehli (si veda ILA, *Legal aspects of sustainable development - Final conference report New Dehli 2002*, disponibile alla pagina <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/25>, accesso 20/01/2010).

⁴⁴⁰ Applicando il principio dello sviluppo sostenibile la *Permanent Court of Arbitration* ha statuito: «*environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it*» (la decisione, emessa il 24 maggio 2005, è disponibile alla pagina <http://www.pca-cpa.org/upload/files/BE-NL%20Award%20240505.pdf>; in dottrina si veda J. HARRISON, *Significant international environmental law cases*, in *Journal of environmental law*, 2006, 3, pp. 505 e ss.).

In dottrina si veda M. POLITI, *Tutela dell'ambiente e "sviluppo sostenibile"*, in AA.VV., *Scritti degli allievi di Giovanni Barile*, Padova, 1995, p. 503; M. C. CORDONIER SEGGER, *Sustainable development in international law*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, p. 141.

⁴⁴¹ Il principio di integrazione, sancito dall'art. 6, TCE (art. 11, Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea), costituisce la principale estrinsecazione, anche se non l'unica, del principio dello sviluppo sostenibile all'interno dell'ordinamento comunitario. Sul principio di integrazione degli interessi ambientali nelle politiche ambientali si veda Commissione delle Comunità europee, 25 febbraio 2004, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento e al Comitato economico e sociale europeo, *Integrazione degli aspetti ambientali nella normazione europea*, disponibile alla pagina <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0130:FIN:IT:PDF>, accesso 20 gennaio 2010, nella quale si definisce lo sviluppo sostenibile come «il processo che punta a realizzare un equilibrio tra considerazioni di ordine economico, sociale e ambientale»; si veda anche Commissione, Comunicazione 15 maggio 2001, *Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile*, disponibile alla pagina <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2001:0264:FIN:it:PDF>, accesso 20 gennaio 2010.

etnicamente e culturalmente minoritari⁴⁴². L'adozione della convenzione di Aarhus⁴⁴³ - relativa al diritto di accesso alle informazioni, di partecipazione del pubblico al processo decisionale e di accesso alla giustizia in materia ambientale - indica un progressivo rafforzamento internazionale della posizione delle comunità locali dinanzi alle autorità statali. Lo sviluppo sostenibile si presenta in questi termini come principio che permette la progressiva universalizzazione del principio di autodeterminazione.

Sotto il profilo sostanziale, invece, il principio dello sviluppo sostenibile viene declinato in due differenti aspetti: uno prettamente ambientale, un secondo di natura sociale.

Nel primo caso l'accesso dell'interesse ambientale ai processi deliberativi pubblici vincola gli esiti del bilanciamento, da operare nell'ambito di una discrezionalità politico-amministrativa limitata rigidamente dalla valutazione tecnica⁴⁴⁴ degli impatti ambientali dell'attività amministrativa o privata. Tale limite esterno che comprime la discrezionalità politico-amministrativa deve essere compiuta sulla base di criteri orientati ad un uso razionale delle risorse ambientali disponibili⁴⁴⁵. Peraltro dal grado di certezza o incertezza scientifica dipende - anche

⁴⁴² Cfr. D. MCGOLDRICK, *Sustainable development and human rights: an integrated conception*, in *International and comparative law*, 1996, 4, p. 805.

⁴⁴³ Il trattato è stato elaborato in seno alla Commissione Economica per l'Europa delle Nazioni Unite, aperto alle firme il 26 giugno 1998 ed è entrato in vigore il 30 ottobre 2001.

⁴⁴⁴ Questo è il significato di gestione sostenibile desumibile dalla Convenzione sulla diversità biologica, aperta alla firma durante il *summit* di Rio del 1992.

L'art. 2 della Convenzione definisce come sostenibile «l'uso delle risorse biologiche secondo modalità e ad un ritmo che non comportino una loro riduzione a lungo termine, e che nello stesso tempo salvaguardino la capacità di soddisfare le esigenze delle generazioni presenti e future». In questo senso si evidenzia un profilo tecnico-gestionale di tipo conservativo che limita esternamente, come parametro rigido, la discrezionalità politico-amministrativa che presiede alla regolazione delle attività economiche.

Presenta profili di interesse la definizione contenuta nella *Convention for cooperation in the protection and sustainable development of the marine and coastal environment of the northeast pacific*, (il testo della Convenzione è disponibile alla pagina <http://www.ecolex.org/server2.php/libcat/docs/multilateral/en/TRE001350.txt>, accesso 20/10/2010) che relativizza la neutralità di una valutazione tecnica alla luce della diversità culturale. L'art. 3(I)(a) della Convenzione definisce sviluppo sostenibile «*the process of progressive change in the quality of life of human beings, which places them as the centre and primary subjects of development, by means of economic growth with social equity and transformation of production methods and consumption patterns, sustained by the ecological balance and life support system of the region. This process implies respect for regional, national, and local ethnic and cultural diversity, and full public participation, peaceful coexistence in harmony with nature, without prejudice to and ensuring the quality of life of future generations*».

⁴⁴⁵ Cfr. S. WESTERLUND, *Theory of sustainable development*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, pp. 53 e ss.

si assumesse il principio dello sviluppo sostenibile come limite rigido alla discrezionalità politico-amministrativa - il restringersi o l'ampliarsi dei margini decisionali posseduti dalla autorità nazionali competenti⁴⁴⁶.

Sotto il profilo sociale, il principio dello sviluppo sostenibile implica invece la piena integrazione dei diritti umani nella regolazione dei processi di sviluppo⁴⁴⁷. Dallo stesso principio si può trarre la garanzia di un diritto di accesso - regolato alla luce di un principio di equità⁴⁴⁸ - alle risorse ambientali necessarie a soddisfare le necessità basiche delle popolazioni locali, alternativo o complementare a una redistribuzione locale delle utilità generate dal loro uso economico⁴⁴⁹.

Nell'opinione dell'autore il vincolo posto da una valutazione tecnica della capacità auto-rigenerativa delle risorse alla discrezionalità politico-amministrativa costituisce il nucleo di un rinnovato *environmental paradigm*.

⁴⁴⁶ L'esistenza di margini di incertezza scientifica, quale contesto nel quale trova applicazione il principio di precauzione, amplia i margini attribuiti all'autorità politica nella regolazione di attività di cui non è possibile predeterminare, a priori, l'impatto ambientale. L'esigenza di delimitare gli ambiti applicativi del principio, in un contesto regionale e internazionale sostanzialmente orientato a uniformare le condizioni che permettono l'accesso su base non discriminatorio al mercato interno da parte di operatori economici, ha indotto ad una interpretazione restrittiva del principio. Impedendo che esso potesse essere addotto in difesa di misure formalmente finalizzate a tutelare l'ambiente, ma nella sostanza utilizzate a fini protezionistici.

⁴⁴⁷ Cfr. M. C. CORDONIER SEGGER, *Sustainable development in international law*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, pp. 97 e ss.

⁴⁴⁸ Cfr. M. MANCARELLA, *Il principio dello sviluppo sostenibile: tra politiche mondiali, diritto internazionale e Costituzioni nazionali*, in *Enciclopedia di bioetica e scienza giuridica*, Napoli, 2009, disponibile alla pagina http://www.giuristiambientali.it/documenti/20061114_AM.pdf, accesso 20 gennaio 2009.

I meccanismi previsti dalla Convenzione sulla Diversità Biologica per regolare l'accesso alle risorse genetiche indicano chiaramente come una ripartizione equa dei benefici derivanti dal loro utilizzo sia essenziale per attuare una loro gestione sostenibile (si veda l'art. 15, n. 7, della Convenzione).

⁴⁴⁹ Sui profili sostanziali che superano una declinazione procedurale del principio si veda A. BOYLE, *Between process and substance, Sustainable development in the Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, p. 214. Nelle decisioni analizzate merita una menzione la Comunicazione 155/96 dell'*African Commission in Human and Peoples' Rights*, emessa il 27 maggio 2002. Nel permettere lo sfruttamento delle risorse petrolifere nelle terre del popolo *Ogoni* lo Stato nigeriano - non avendo raccolto l'opinione delle comunità locali prima di autorizzare una attività fortemente impattante sull'ambiente da cui esse dipendono, e non avendo previsto meccanismi di ripartizione dei benefici economici conseguenti allo sfruttamento - ha violato il diritto individuale alla salute, e il diritto di ogni popolo ad un ambiente favorevole al proprio sviluppo riconosciuti dagli artt. 16 e 24 della *African Charter on Human and Peoples' Rights*. Da rilevare inoltre come si sia riconosciuto un diritto al cibo, da cui l'obbligo in capo allo Stato nigeriano di proteggere e non contaminare le fonti naturali utilizzate per esercitare un suo contenuto minimo, quale è il diritto di auto-produzione (sul diritto di accesso ai beni necessari per l'autosufficienza alimentare si veda J. ZIEGLER, *Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, Report of the Special Rapporteur on the right to food*, A/HRC/7/5, par. 18, presentato al Human Rights Council il 10 gennaio 2008).

Indicativo è inoltre l'art. 4, n. 3, D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, *Norme in materia ambientale*, il quale, nel definire gli obiettivi della valutazione di impatto ambientale e della valutazione ambientale strategica quali strumenti per il raggiungimento dello sviluppo sostenibile, non si limita a menzionare

Sotto il profilo procedurale, quindi, il principio dello sviluppo sostenibile predica in primo luogo il diritto di partecipazione del pubblico - quale titolare di un interesse generale e diffuso alla tutela ambientale - ai procedimenti amministrativi deputati sia alla pianificazione pubblica del territorio, sia ai procedimenti amministrativi puntualmente adottati per autorizzare l'esercizio di attività privata.

Sotto il profilo sostanziale, il principio dello sviluppo sostenibile rende legittima una contestazione nel merito, e non meramente nella procedura, degli standard ambientali ritenuti politicamente opportuni; in secondo luogo rende legittima la rivendicazione da parte delle comunità locali di un accesso preferenziale alle risorse territoriali.

A fronte delle opinioni esposte pare corretto ritenere che l'assunzione di parametri tecnici nei procedimenti destinati a regolare le attività umane, seppur precondizione per un uso corretto della discrezionalità amministrativa, non ne assorba i contenuti. Così fosse si impedirebbe una valutazione, legittima e dovuta, delle conseguenze che una gestione tecnica delle risorse ambientali provoca sull'allocatione di oneri, esternalità, e non da ultimo sull'esercizio di diritti fondamentali⁴⁵⁰.

L'insieme dei suddetti profili dimostra una convergenza tra il principio dello sviluppo sostenibile e il modello proprietario collettivo che supera la giuridicizzazione dell'interesse delle generazioni future alla conservazione della consistenza quantitativa del patrimonio collettivo. Dall'assetto delle istituzioni appropriative collettive possiamo desumere infatti ulteriori elementi utili per valutare in che misura i diritti collettivi originari configurino, nell'ordinamento costituzionale attuale, uno statuto proprietario orientato a una gestione sostenibile delle risorse ambientali locali.

Da un punto di vista procedurale, la gestione dei beni collettivi viene attuata secondo formule gestionali ispirate ai principi di partecipazione democratica e di

un profilo di compatibilità rispetto alla «capacità rigenerativa degli ecosistemi e delle risorse, della salvaguardia della biodiversità», ma fa riferimento anche ad «un'equa distribuzione dei vantaggi connessi all'attività economica».

⁴⁵⁰ Concorde l'opinione di B. CARAVITA DI TORITTO, *Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, pp. 351-352.

decentramento decisionale⁴⁵¹. Da un punto di vista sostanziale, inoltre, i diritti collettivi originari veicolano un accesso preferenziale a risorse territoriali da parte della collettività locale e la redistribuzione, in termini indiretti, dalle utilità generate dal loro uso economico, sia esso promosso per mezzo di una attività direttamente esercitata dalla comunità organizzata o da terzi su base contrattuale. L'assetto organizzativo proprio delle istituzioni collettive appropriative veicola i contenuti procedurali e, in parte, quelli sostanziali adducibili al principio dello sviluppo sostenibile.

Al contrario la sussistenza di un diritto collettivo originario non garantisce di per sé il rispetto dei criteri tecnici che permettono una gestione conservativa e non dissipativa del bene collettivo, ma il sussistere di un interesse diffuso e locale alla conservazione delle capacità produttive del patrimonio certamente aumenta le probabilità che vengano adottate quelle misure statuite normativamente in tutela di un interesse non solo locale, ma generale, alla corretta gestione di un bene paesaggistico-ambientale⁴⁵².

Se l'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile non deve essere considerato limite rigido alle deliberazioni pubbliche, come a noi pare corretto, l'ampliamento dei margini decisionali deve essere bilanciato con un aggravio procedurale. Considerando quindi che il principio di sviluppo sostenibile assume una specifica pregnanza giuridica nel conformare i procedimenti amministrativi a loro volta deputati a regolare l'esercizio di poteri pubblici e privati - istituzionalizzando il conflitto tra differenti interessi imputati a loro volta a soggetti differenti - l'interazione tra l'istituzione appropriativa collettiva e gli organi locali e centrali della pubblica amministrazione contribuisce sostanzialmente ad un governo necessariamente politico delle risorse ambientali.

Alla luce delle considerazioni svolte si pensa di poter affermare come, a fianco agli interessi pubblici che giustificano il permanere di diritti collettivi originari nei due ordinamenti, l'interesse pubblico all'implementazione di una gestione sostenibile delle risorse ambientali permetta di proporre il modello collettivo come

⁴⁵¹ Questi sono gli aspetti valorizzati nella formula «territorialità positiva» (C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva*, Bologna, 2005, pp. 144 e ss.

⁴⁵² Cfr. C. BARBATI, G. ENDRICI, *Territorialità positiva*, Bologna, 2005, p. 195. La centralità che la responsabilizzazione delle popolazioni locali assume in una visione strategica della tutela dell'ambiente si inserisce in una dialettica concertativa tra i vari livelli decisionali.

possibile, se non opportuno, statuto proprietario complementare alle declinazioni individualiste della proprietà, sia essa pubblica o privata.

Si è avuto modo di rilevare come la restaurazione di limiti teorici e concreti ad una regolazione pubblica dei poteri privati, da cui il progressivo riespandersi della funzione della proprietà nel garantire il rispetto della dignità della persona, si ponga per certi versi in contrasto con il progetto sociale ed economico impresso nelle rispettive Costituzioni. Si è anche avanzata l'ipotesi nella quale si ritiene che un ordinamento costituzionale caratterizzato dalla rigidità possa riassorbire le pressioni esercitate sul sistema normativo dall'evoluzione delle condizioni socio-economiche, opponendosi ad una modificazione tacita della costituzione materiale. Tale reazione sistemica permette una riarticolazione degli istituti e della loro funzione finalizzata al raggiungimento di un nuovo equilibrio sistematico che al contempo asseconi il mutamento nei limiti in cui sia possibile evitare un conflitto identitario tra l'ordinamento e la forma di Stato costituzionalmente positivizzata.

Il fatto che il diritto di proprietà attualmente esprima, in entrambi gli ordinamenti, la tutela della dignità della persona umana può essere considerato compatibile con la natura democratica delle rispettive esperienze costituzionali nel momento in cui la tutela delle proprietà attuali venga bilanciata per mezzo di una garanzia di accesso alla proprietà, che non può essere declinata in forme alternative al modello individualistico. È oramai acquisita la consapevolezza di come la logica individualista si presenti anacronisticamente inadeguata dinnanzi all'esigenza di tutelare un interesse di natura collettiva. Nel contesto ora delineato, in cui il concetto della proprietà come diritto fondamentale entra in attrito con il progetto sociale e economico impresso nella forma di Stato, i diritti collettivi originari acquisiscono una rinnovata funzione sistemica nel garantire un accesso individuale a diritti di natura proprietaria, che superano allo stesso tempo la logica individualista.

A partire da queste considerazioni si può procedere ad una collocazione sistematica degli istituti nel sistema costituzionale della proprietà, operazione che a nostro avviso deve essere compiuta a partire dall'istituto della proprietà riservata⁴⁵³.

⁴⁵³ L'istituto della riserva discende dall'art. 42, co. I, CI (in dottrina si veda S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 52 e ss.). Nella regolazione dei modi di acquisto della proprietà, si pubblicizza una categoria di beni affinché ne sia garantita l'accessibilità su base universale. Il concetto di bene riservato è conosciuto anche nell'esperienza giuridica brasiliana. L'art. 20 CFRB contiene un

Riservati sono quei beni per i quali si dichiara, in virtù di deliberazione pubblica normativa, una «mancanza di legittimazione alla situazione giuridica»⁴⁵⁴ che li rende inappropriabili da parte dei privati.

A fronte di un rilevante interesse sociale, la scarsità di una risorsa - che in linea generale ne determina la natura economica e di conseguenza l'appropriabilità privata - può invece condurre ad una sua pubblicizzazione. La scarsità può derivare sia da fattori naturali, come il progressivo depauperamento della capacità auto-rigenerativa della risorsa, sia da fattori artificiali, come l'allocazione di poteri proprietari privati in un sistema che considera di natura ablatoria una conformazione pubblica che superi il loro contenuto minimo. I limiti posti alla regolazione pubblica dei poteri proprietari non deve essere considerata nei suoi profili teorici, ma concreti, coscienti di come i contingenti limiti di cassa possano costituire impedimento ad una conformazione pubblica del diritto di proprietà che ne violi il contenuto minimo.

Se l'utilità sociale di un determinato bene, rilevato per mezzo di provvedimento costitutivo, legittima il suo trasferimento per mezzo di strumenti ablatori da soggetto privato a soggetto pubblico, una deliberazione normativa che dichiari originariamente riservati una classe di beni li rende *ab-originem* inappropriabili, superando i limiti che un contenuto minimo della proprietà, come diritto fondamentale, pone ai poteri conformativi spettanti agli organi politico-amministrativi. Se nel primo caso si trasferisce costitutivamente il bene, nel secondo caso si sancisce la mancanza di una legittimazione individuale all'appropriazione, da cui il passaggio senza indennizzo del bene dalla sfera privata alla sfera pubblica. Ad un diritto di proprietà fondato su titolo privato, si sostituisce, in ipotesi di scarsità, un titolo pubblico che garantisce un accesso alla proprietà per mezzo di forme alternative al modello individualista⁴⁵⁵. La dichiarazione di riserva permette allo Stato una regolazione degli usi che si sarebbe rivelata illegittima, o eccessivamente

elenco dei beni originariamente riservati allo Stato, tra cui, e non a caso, compaiono le terre tradizionalmente occupate da popoli *indígenas*.

⁴⁵⁴ S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 55. La riserva originaria viene considerata dal Giannini «un fatto estintivo di ogni sorta di proprietà sui beni stessi che non sia la proprietà dell'ente pubblico». (M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, pp. 78-79).

⁴⁵⁵ In altre parole «si esclude, insomma, un tipo di proprietà per ammetterne un altro, con gli stessi soggetti in quanto singoli una volta, e in quanto componenti di una collettività un'altra» (S. CASSESE, *I beni pubblici*, Milano, 1969, p. 148).

costosa, se fosse attuata per mezzo di una conformazione lesiva del contenuto minimo del diritto⁴⁵⁶.

Nell'opinione di chi scrive il principio giuridico riposto nella proprietà riservata, per come è concepita nell'ordinamento italiano e brasiliano, deve essere considerato simile a quello che ha permesso l'attrazione dei beni necessari alla comunità territoriale nel patrimonio delle istituzioni appropriative collettive, prescindendo quindi dall'essere frutto di appropriazione primaria. I diritti collettivi vennero originariamente acquisiti come originaria è l'acquisizione a titolo di riserva di beni prima titolati in capo a privati, con la differenza che in un sistema nel quale la proprietà viene costituzionalmente garantita dalla riserva di legge, la pubblicizzazione della riserva originaria debba avvenire per mezzo di un provvedimento legislativo. Ma in entrambi i casi la qualità del bene - ossia la rilevanza che il bene ha assunto nel mondo dei fatti e da cui dipende la mancanza di una capacità privata all'acquisire - viene giuridicamente accertata e non costituita.

I diritti collettivi originari declinano, in entrambi gli ordinamenti, una speciale proprietà riservata⁴⁵⁷, che viene riarticolata alla luce del principio dello sviluppo sostenibile. Speciale perché la pubblicità dei beni deriva dalla propria rilevanza sociale, senza che tale rilevanza si traduca in titolazione a ente pubblico territoriale. Pubblico inoltre è il titolo da cui deriva il diritto originario di uso, rendendo giurisdizionabile l'accesso al bene collettivo; di natura pubblica sono infine gli interessi perseguiti dall'ente privato che organizza la collettività e per mezzo del quale il patrimonio collettivo viene amministrato.

Il modello proprietario collettivo si presenta dunque come un opportuno strumento per correggere, bilanciare o sostituire un'allocatione di beni essenziali e

⁴⁵⁶ La progressiva scarsità di beni fondamentali alla vita è stato assunto, nell'ordinamento italiano, come presupposto per una pubblicizzazione generale e senza indennizzo delle risorse idriche, avvenuta con L. 5 gennaio 1994, n. 36, nell'esercizio di un generale potere conformativo, ex art. 42, co. II, CI. La scelta operata dal legislatore venne ritenuta ragionevole dalla Corte costituzionale (Corte cost., 10-19 luglio 1996, n. 259) in quanto proporzionale rispetto all'esigenza di tutelare l'interesse delle generazioni presenti e future ad una corretta gestione tecnica e ad un uso orientato all'equità di una risorsa fondamentale.

⁴⁵⁷ Nell'ordinamento italiano è l'art. 43 CI ad indicarci chiaramente come i diritti riservati possano essere titolati a collettività differenti rispetto a enti pubblici. In dottrina la rilevanza dell'art. 43 CI nell'interpretazione attuale del modello proprietario collettivo viene evidenziata da F. ADORNATO, *Proprietà collettiva e profili ambientali*, in *Agricoltura - istituzioni - mercati*, 2007, 1, p. 59; L. FULCINITI, *I beni di uso civico*, Padova, 1990, p. 107 e p. 150; A. MORRONE, *Diritti collettivi, proprietà collettiva e costituzione*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2008, 1, p. 34.

scarsi, qualora l'accesso regolato dagli escludenti meccanismi del mercato o dall'inefficiente gestione di un ente pubblico si presenti incompatibile con i profili in cui si articolano i contenuti del principio dello sviluppo sostenibile. Il modello proprietario collettivo si presenta, a fronte dei fallimenti della proprietà individuale pubblica o privata, strumento per bilanciare l'esercizio garantito, sulla base di criteri politici, di diritti fondamentali rispetto all'esigenza di una gestione sostenibile della risorsa. I diritti collettivi originari permettono garantire nella sostanza (in termini di diritti incompressibili oltre un loro contenuto minimo⁴⁵⁸) e non meramente procedurali (in termini di interesse legittimo) il perseguimento della finalità presupposta alla pubblicizzazione di una determinata classe di beni: garantire sulla base di un titolo pubblico un accesso equo a beni essenziali. L'assetto relazionale inscritto nel modello proprietario collettivo rafforza, infine, gli strumenti di partecipazione nei procedimenti che debbono comunque orientare normativamente la gestione politico-amministrativa delle risorse pubblicizzate.

Nell'ordinamento brasiliano considerare i diritti collettivi originari come una forma di proprietà riservata, che rilevi dichiarativamente il valore essenzialmente sociale di beni funzionali all'esercizio di diritti fondamentali, permette di scalfire la garanzia costituzionale di quei diritti di proprietà, di natura privata, che tuttora impediscono la concretizzazione del progetto costituzionale fondato sulla tutela della dignità della persona umana. A tal fine appare rilevante il tentativo svolto in dottrina di qualificare, in termini tassonomici, i beni collettivamente appresi dalle comunità locali nel radicarsi in un territorio. La riduzione a categoria dei beni "socio-ambientali" - «quelli che divengono essenziali per la manutenzione della vita di tutte le specie (biodiversità) e di tutte le culture umane (socio-diversità)» - risponde

⁴⁵⁸ Si condivide l'opinione di chi pone limiti rigidi ad una comprimibilità dei diritti originari di uso, siano essi regolati da autorità pubblica o da ente gestore (cfr. A. CIASCHI, E. TOMASELLA, *La montagna e il diritto*, Bologna, 2007, p. 216). A fronte di un interesse alla conservazione ambientale, Moreno propende per la possibile eliminazione dei diritti collettivi originari (D. MORENO, *Storia delle risorse ambientali e forme di appropriazione*, in F. CARLETTI (a cura di), *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, 1993, p.80). A noi pare corretto pensare che se è legittima una limitazione e una sospensione dei diritti collettivi originari, gli stessi limiti o la sospensione potranno essere disposti per il tempo necessario affinché si ripristino le condizioni ambientali ottimali. Si fraintenderebbe la natura della tutela dell'interesse ambientale e paesaggistico se si rescindesse completamente l'interazione tra comunità locale e ambiente. Per le stesse ragioni si condivide l'opinione che ritiene maggiori i limiti posti all'autorità pubblica affinché la conformazione dei diritti collettivi originari e i diritti originari di uso possa superare un scrutinio di ragionevolezza (cfr. A. MORRONE, *Diritti collettivi, proprietà collettiva e costituzione*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2008, 1, p. 55).

all'esigenza di sostenere un'universalizzazione degli strumenti di intervento fondiario finora subordinati ad un riconoscimento casistico della diversità, che a loro volta esprimano non una conformazione puntuale, ma generale dei poteri proprietari rispetto alla funzione sociale attribuita ad un'intera classe di beni. Anche nella dottrina brasiliana si percepisce come la funzionalizzazione del diritto rispetto a intere categorie di beni possa aprire una breccia nel sistema di garanzia costituzionale della proprietà, che tuttora costituisce un impedimento ad una riforma agraria orientata ai principi di giustizia sociale ed ambientale.

Analogamente, nell'ordinamento italiano, concepire il patrimonio collettivo come l'insieme dei beni originariamente riservati a comunità locali organizzate per l'esercizio di diritti fondamentali, permette di valutare alla luce di principi ragionevoli sia un processo di dismissione dei beni che non presentino più un'utilità collettiva, sia la riappropriazione collettiva di quelli attualmente allocati nell'ambito del mercato. Sembra opportuno precisare come l'irrimediabile trasformazione del patrimonio che ne impedisca attualmente la destinazione agro-silvo-pastorale, non inibisca una sua destinazione differente, seppur vincolata al soddisfacimento di esigenze fondamentali.

Tali considerazioni rispondono all'esigenza di valutare in che misura l'affermazione del principio dello sviluppo sostenibile possa indicare dei parametri concreti rispetto ai quali discriminare tra i differenti statuti proprietari, indicando quello che possa meglio corrispondere ai profili di equità politica e alla partecipazione nei processi decisionali che si sono evidenziati⁴⁵⁹. Questa è la cornice in cui procedere ad un'integrazione del modello proprietario collettivo nel sistema costituzionale della proprietà, superando quel pregiudizio liberale che ha orientato per così lungo tempo la comprensione politica e giuridica dei diritti collettivi originari di natura dominicale.

⁴⁵⁹ Riportando le parole di Adornato, gli istituti che concretizzano nell'ordinamento italiano un modello proprietario collettivo debbono essere valorizzati per uno «sviluppo ecocompatibile diffuso, socialmente equo e culturalmente identitario» (F. ADORNATO, *Proprietà collettiva e profili ambientali*, in *Agricoltura - istituzioni - mercati*, 2007, 1, p. 62).

CONCLUSIONI

Pur a fronte di una presunta marginalizzazione della proprietà nel sistema economico e sociale contemporaneo, la regolazione giuridica del diritto di proprietà costituisce tuttora un importante strumento per determinare il concreto configurarsi sia delle relazioni inter-private, sia del rapporto tra individuo e autorità pubblica. La regolazione giuridica dell'appropriazione costituisce un tassello importante nel mosaico che raffigura la forma di Stato di un ordinamento costituzionale. Per mezzo di tale concetto si rilevano le finalità poste a fondamento dell'ordinamento giuridico, concepito come sistema organizzato sulla base di principi costituzionalmente formalizzati. Considerando come non vi è esercizio di diritto o di libertà che non comporti l'uso o l'accesso a determinati beni, la relazione tra la regolazione del diritto di proprietà e la forma di Stato si dimostra ancor più stretta laddove l'ordinamento costituzionale si presenti come rigido e sia ispirato al costituzionalismo democratico-sociale.

Si sono evidenziati per mezzo di una breve rassegna i principi fondamentali positivizzati nelle Costituzioni brasiliana e italiana, entrambe ascrivibili al costituzionalismo democratico-sociale e formulate in conclusione di un percorso di ri-democratizzazione delle istituzioni politiche in seguito a regimi dittatoriali. Questo contesto storico ha connotato fortemente le rispettive esperienze costituzionali, nelle quali assume un ruolo fondamentale un'ampia gamma di diritti politici, economici e sociali, riassunti e sintetizzati nel principio personalista e nella tutela della dignità umana. Tali principi individuano un nucleo immodificabile della Costituzione, come confermato nella giurisprudenza degli organi giurisdizionali preposti a garantire la preminenza della Costituzione sull'ordinamento giuridico.

Si possono individuare alcuni elementi che sono condivisi da entrambe le Costituzioni, seppur siano da comprendere all'interno di esperienze giuridiche differenti. In primo luogo comune è la centralità assunta dai diritti fondamentali, emanazione della persona umana (CI) e della sua dignità (CRFB). Seppur in

entrambi gli ordinamenti si rilevi una “socializzazione progressiva” dell’individuo finalizzata alla sua integrazione nella società, diverso è il peso che un paradigma individualista esercita culturalmente nel determinare le modalità in cui tale socializzazione viene concepita. Se, nell’ordinamento italiano, le formazioni sociali sono costitutivamente necessarie allo sviluppo della persona, esse costituiscono, nell’ordinamento brasiliano, strumenti per l’esercizio di diritti individuali che rendono compiuta, nella raccolta sfera individuale, la dignità del soggetto. In secondo luogo comune è il carattere interventista nelle due Costituzioni, cui corrisponde l’onere in capo allo Stato di promuovere una trasformazione costituzionalmente orientata degli assetti sociali esistenti. L’influenza esercitata dagli equilibri politici consolidatisi nella contingenza storica sull’attuazione del programma costituzionale non ha comunque mai oscurato la natura giuridica prescrittiva delle norme definite come programmatiche. Il dibattito sulla giuridicità di un programma costituzionale si presentò nelle due esperienze in termini simili, essendovi stata un’ampia circolazione in Brasile delle tesi che in Italia furono approntate per superare una distinzione tra la presunta politicità delle norme programmatiche e la prescrittività delle restanti disposizioni costituzionali. Sono differenti, in parte, i criteri che orientano l’interventismo statale, basati su di un generale principio di uguaglianza sostanziale nell’ordinamento italiano, su di un principio di non discriminazione nell’ordinamento brasiliano, seppur corretto in chiave derogatoria per promuovere casisticamente alcuni segmenti sociali costituzionalmente riconosciuti come vulnerabili.

I diritti fondamentali da un lato e, dall’altro lato, il valore giuridico del programma costituzionale da realizzare per mezzo di interventi positivi e diretti da parte degli organi pubblici costituiscono le premesse da cui dedurre l’incompatibilità, rispetto alla forma di Stato rilevabile nei due ordinamenti, di un’auto-regolamentazione delle relazioni inter-private attuate invece attraverso i meccanismi del mercato.

Il progetto sociale che è stato positivizzato nelle esperienze italiana e brasiliana non può essere ridotto a un profilo meramente procedurale. Vi sono dei contenuti sostanziali prescrittivi che, oltre ad essere necessari affinché il conflitto sociale che le Costituzioni hanno istituzionalizzato superi la soglia della visibilità

politica, influenzano e predeterminano i rapporti di forza dal cui evolversi dipende una trasformazione, costituzionalmente orientata, dell'organizzazione sociale.

La progressiva autonomia acquisita dal fatto economico rispetto al diritto ha modificato, a nostro avviso, la dialettica rivendicativa da cui dipende il compimento del progetto sociale, economico e politico inscritto nel costituzionalismo democratico-sociale. Nonostante non siano state messe in dubbio, in definitiva, l'artificialità dei meccanismi auto-regolativi del mercato e l'esigenza di sottoporre ad un governo pubblico i fenomeni economici, il mutato rapporto tra diritto ed economia ha depotenziato e marginalizzato la funzione svolta dalla rivendicazione di diritti fondamentali nel catalizzare l'evoluzione degli assetti su cui poggia l'organizzazione sociale. La percepita naturalità delle allocazioni di beni attuata nell'orbita del mercato, seppur regolato, consolida lo *status quo* in detrimento di una trasformazione sociale costituzionalmente orientata, neutralizzando non solo il ruolo che il conflitto sociale dovrebbe assumere nel concorrere ad una democratizzazione del sistema politico, sociale ed economico, ma anche la funzione che la Costituzione dovrebbe svolgere rendendo legittima, oltre che giurisdizionalmente tutelabile, la rivendicazione all'esercizio di diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti. Convinti del fatto che l'istituzionalizzazione del conflitto costituisca la premessa per approfondire un progetto democratico-sociale, è a partire dai diritti costituzionalmente garantiti, seppur concretamente negati, che si può riscoprire il senso e il significato attuale della Costituzione.

Partendo dal presupposto che le finalità e i principi che reggono un ordinamento costituzionale concorrono a determinare il concreto configurarsi dell'istituto proprietario, è a partire dalle forme di Stato degli ordinamenti italiano e brasiliano che si possono definire la funzione demandata al diritto di proprietà e i limiti posti dall'ordinamento ad una sua evoluzione. È indubbio che il sistema economico-sociale sottoponga a pressione il sistema normativo, concorrendo a definire quel "senso nucleare" sul quale riposa l'ordinamento nella propria unità e attorno al quale si raccolgono funzionalmente i singoli istituti. È altrettanto vero che l'ordinamento costituzionale, proprio in quanto sistema, risponda reattivamente alle pressioni esercitate dal mondo dei fatti al fine di evitare che la Costituzione materiale, consolidatasi in un determinato e contingente momento storico, entri in

conflitto con quanto formalmente statuito. Tali reazioni sistemiche possono tradursi nella mutata funzione che gli istituti svolgono nell'ordinamento giuridico o nell'evoluzione della scala di prevalenza in base alla quale i valori costituzionalmente riconosciuti vengono ordinati. La questione deve essere sottoposta all'attenzione del giurista nel momento in cui si analizza, a partire da una logica interna all'ordinamento giuridico, non tanto la funzione del diritto di proprietà nel sistema economico sociale, quanto i differenti equilibri che si consolidano nel sistema costituzionale.

Il diritto di proprietà può assumere in un sistema costituzionale una funzione politica o una funzione socio-economica. Nel primo caso il diritto di proprietà è concepito come strumento per delimitare lo spazio in cui si espande la personalità umana nell'esercizio della sua autonomia. Esso viene riconosciuto come diritto fondamentale, sottratto in tutto o in parte ai poteri conformativi esercitati dall'autorità pubblica, e tutelato in sé, in quanto, garantendo l'esistenza di spazi invalicabili per l'autorità pubblica, riequilibria il rapporto politico tra soggetto e Stato. Nel secondo caso il diritto di proprietà è stato concepito come strumento per il perseguimento di finalità economico-sociali. Esso viene costituito dall'ordinamento giuridico per il perseguimento, seppur nelle modalità previste dalla legge, di finalità pubbliche che sono esterne alla sua mera garanzia, in quanto la funzione garantista rispetto all'esercizio dell'autorità pubblica viene assunta da istituti e da diritti differenti. La molteplicità di interessi pubblici ai quali l'esercizio dei poteri privati proprietari viene assoggettato produce quella frammentazione del diritto in molteplici istituti, pensati per corrispondere alla naturale destinazione del bene, per come viene rilevata dichiarativamente in procedimenti deliberativi pubblici. La funzione sociale del diritto, positivizzata nelle due Costituzioni, diviene elemento strutturale interno all'istituto, per mezzo del quale rendere flessibile e conformabile il diritto rispetto alle finalità di volta in volta determinate legalmente rispetto a specifici interessi.

Il diritto di proprietà, per come si presenta nei due ordinamenti, assume una funzione ambigua. Da un lato si costituzionalizza il principio della funzione sociale, elemento da cui dedurre la conformabilità del diritto in vista del perseguimento di interessi costituzionali di natura meta-individuali. Dall'altro lato il diritto di proprietà viene annoverato - sulla base del tenore letterale della Costituzione o in base ad una

sua interpretazione conforme al sentire sociale - tra i diritti fondamentali, quindi da tutelare *per sé*. Tale ambiguità è stata tendenzialmente risolta nei rispettivi ordinamenti riaffermando la prevalenza di un concetto del diritto di proprietà che ne sancisce la natura di diritto fondamentale della persona, quindi strumento di garanzia nella configurazione delle relazioni politiche tra individuo e pubblica autorità.

Dinnanzi ad una prevalente funzione politica del diritto di proprietà vengono a modificarsi radicalmente gli strumenti per mezzo dei quali intervenire sui poteri dei privati e sugli assetti sociali che la proprietà concorre a determinare. Allo stesso tempo viene a modificarsi la rilevanza applicativa del principio della funzione sociale all'interno del sistema costituzionale.

Laddove il diritto di proprietà assuma una funzione economico-sociale, infatti, la conformazione dei poteri proprietari avviene in applicazione del principio generale della funzione sociale, prescindendo dalla necessità di acquisire la titolarità del bene: la conformazione quindi è strumento autonomo e complementare rispetto al trasferimento coattivo del titolo da soggetto privato a soggetto pubblico.

Laddove invece il diritto di proprietà assuma una funzione di garanzia della sfera inviolabile della persona e della sua dignità, la conformazione dei poteri proprietari può avvenire solo per mezzo del trasferimento della titolarità di alcune facoltà dal proprietario al soggetto pubblico. La conformazione dei poteri dei privati, quindi, qualora incida sul contenuto minimo del diritto, può essere effettuata non sulla base di un potere di *imperium* ma attraverso l'acquisizione, per mezzo dello strumento ablatorio, di un diritto di natura dominicale. Si modifica la relazione tra l'istituto dell'espropriazione e la funzione sociale del diritto di proprietà. La funzione sociale diviene una variabile nel calcolo dell'indennizzo da corrispondere al proprietario, il cui valore potrà discostarsi dal prezzo di mercato nella misura in cui l'intervento pubblico risponda a finalità sociali di ordine generale. Il principio della funzione sociale perde quindi la propria autonomia concettuale venendo attratto nell'orbita applicativa dell'istituto ablatorio. Seppur si possa obiettare che il potere privato teoricamente ceda sempre, in definitiva, alle esigenze pubbliche, la conformazione dei poteri dei privati risulta, di fatto, subordinata alle contingenti disponibilità di cassa a disposizione dell'ente pubblico.

La riaffermazione della proprietà come diritto fondamentale - oltre a produrre un progressivo scollamento tra il progetto politico-giuridico ispirato al costituzionalismo democratico-sociale e la sua contingente applicazione - restaura una logica proprietaria che la funzionalizzazione sociale della proprietà avrebbe potuto e dovuto superare. Il medesimo processo rende nuovamente attuale una vecchia questione proprietaria, la cui risoluzione in un ordinamento ispirato sia alla promozione dei diritti fondamentali, sia al perseguimento di interessi meta-individuali, dipende dal garantire un accesso universale al diritto di proprietà come diritto fondamentale, che al contempo superi la logica proprietaria individualista. In altre parole, in un sistema costituzionale nel quale il diritto di proprietà assume una prevalente funzione economico-sociale, l'interventismo pubblico si avvale dei poteri pubblici di *imperium* per conformare i poteri proprietari, mentre in un sistema costituzionale nel quale il diritto di proprietà è concepito come diritto fondamentale, l'intervento pubblico deve attuarsi nel promuovere e garantire un accesso, su base universale, al medesimo diritto. Inalterate permangono le finalità sottese alla forma di Stato, mentre differenti sono gli strumenti per mezzo dei quali esse vengono perseguite alla luce del modificato sistema economico e sociale. È oramai assodata in dottrina la consapevolezza dei limiti che un modello proprietario individualista pone al perseguimento di interessi meta-individuali. Se questi stessi limiti possono essere superati per mezzo degli strumenti pubblici conformativi, alla riaffermata inviolabilità di un contenuto minimo del diritto deve seguire una riarticolazione del sistema costituzionale della proprietà. Affinché non si consumi una rottura tra la Costituzione materiale consolidatasi nelle attuali contingenze storiche e la forma di Stato positivizzata nel testo formalizzato, la centralità assunta dalle tecniche proprietarie tradizionali deve cedere il passo a differenti concetti del diritto di proprietà.

Il modello proprietario collettivo, come declinazione fino ad oggi marginale e recessiva del diritto di proprietà, si presenta, nell'opinione di chi scrive, come il principale strumento per permettere un accesso universale - seppur garantito su base territoriale - al diritto di proprietà capace, al contempo, di internalizzare nella configurazione dell'istituto interessi di natura meta-individuali.

CONCLUSIONI

Negli ordinamenti considerati il modello proprietario collettivo, posto ai margini dell'ordinamento giuridico dal paradigma giuridico moderno, sopravvive in alcuni istituti, recepiti dalla tradizione giuridica pre-moderna come diritti storicamente acquisiti o introdotti per attuare una politica pubblica orientata alla promozione di segmenti sociali riconosciuti come etnicamente e culturalmente differenti.

Tali istituti sono stati predisposti per regolare giuridicamente le esperienze sociali che - sia in virtù dei conflitti sorti nella progressiva diffusione del modello proprietario individualista, sia per far fronte all'esigenza di regolare modernamente gli usi e l'accesso a risorse scarse - hanno saputo trasformare un'appropriazione collettiva di un territorio in un'istituzione appropriativa collettiva.

Anche se si concepisse la "proprietà collettiva" come frutto di un collettivismo pre-storico precedente all'originario atto di divisione da cui scaturì la proprietà individualista, non si potrebbe negare come l'istituzionalizzazione di un atto appropriativo originario abbia consolidato, in epoca moderna, un modello proprietario alternativo. L'analisi delle vicende storiche che hanno interessato le istituzioni appropriative collettive dimostra come le premesse da cui si è tratta una teoria "darwinisticamente" evolutiva degli istituti giuridici proprietari siano corollari di una mitologia della modernità, assunta acriticamente per avallare la tendenziale preferenza per il modello risultato poi egemonico nella tradizione civilista di derivazione romanistica.

Nelle istituzioni appropriative collettive si può evidenziare il sussistere su di un medesimo bene di differenti posizioni. Da un lato vi è una posizione collettiva, conseguente ad un'appropriazione originaria e da cui derivano i poteri regolativi sull'uso del patrimonio collettivo e il titolo ad un potenziale utilizzo delle utilità che sopravanzano all'uso diretto da parte dei singoli. Dall'altro lato vi sono tante posizioni individuali quanti sono i membri che appartengono all'aggregato collettivo. Non essendovi istituti codificati capaci di raccogliere la complessa configurazione delle relazioni tra "comunisti", collettività e bene collettivo, e non essendovi in dottrina un concetto che permetta di evidenziare il sovrapporsi delle posizioni individuali e collettive, si sono proposti due concetti analitico-descrittivi, nominati rispettivamente "diritto collettivo originario di natura dominicale" e "diritto

originario di uso di natura dominicale”. I medesimi concetti sono utili per rilevare e descrivere gli istituti che esprimono, nei rispettivi ordinamenti giuridici, un modello proprietario collettivo. Tali figure giuridiche sono, nell’ordinamento italiano, quelle tradizionalmente rubricate sotto il nome di diritto di uso civico e si promiscuo godimento; nell’ordinamento brasiliano invece gli istituti rilevati per mezzo dei concetti di diritto collettivo originario e diritto originario di uso sono il possesso *indígena* e la proprietà definitiva dei *remanescentes* delle comunità *quilombolas*.

L’interesse pubblico che attualmente permette di legittimare la conservazione dei diritti collettivi originari di natura dominicale consiste, nell’ordinamento italiano, nell’interesse paesaggistico. Nell’ordinamento brasiliano invece l’interesse pubblico sotteso al riconoscimento dei diritti collettivi *quilombola* e *indígenas* è individuato nella promozione e nella tutela di segmenti etnico-culturali riconosciuti come vulnerabili.

Nell’ordinamento italiano il diritto collettivo originario rafforza i diritti di partecipazione della comunità locale ai procedimenti amministrativi deputati alla valutazione degli impatti ambientali conseguenti ad attività pubblica e privata. Il fatto che tale partecipazione possa essere rafforzata da titoli dominicali costituisce certo una contraddizione rispetto all’originario progetto costituzionale, nel quale si sancì l’irrelevanza dello *status* di proprietario rispetto alla protezione, su base paritaria, della persona e della sua autonomia. Il medesimo progetto non deve considerarsi negato, però, qualora il titolo, che permette l’acquisizione dei diritti dominicali divenuti rilevanti ai fini di una tutela della persona, derivi dal diritto pubblico e, in quanto attribuito sulla base della residenza, sia riconosciuto su base paritetica ed universale. I diritti collettivi originari veicolano, inoltre, una gestione partecipata e decentrata del patrimonio collettivo, come bene paesaggistico, rafforzando la posizione della collettività rispetto al potere conformativo pubblico. Essi garantiscono un diritto di accesso al territorio, permettendo che si perpetui l’interazione tra uomo, comunità locale e ambiente di cui il paesaggio è esteriorizzazione. Infine, a fronte dei limiti posti ad un intervento pubblico conformativo sul diritto di proprietà, permettono il perseguimento di interessi pubblici - nell’ambito di un’autonoma deliberazione dei “comunisti” - per mezzo di

un patrimonio che se fosse privato, potrebbe essere oltremodo costoso distrarre dagli usi particolari.

Le posizioni dominicali imputate alla collettività, e ai singoli “comunisti”, dimostrano, in definitiva, come una specifica declinazione del diritto di proprietà possa rafforzare la tutela della persona rispetto all’esercizio di poteri pubblici o privati, introducendo una razionalità alternativa alla logica proprietaria individualista, in quanto non escludente e non lesiva di un principio di uguaglianza. La rinnovata funzione attribuita ai diritti collettivi originari esemplifica in che misura un istituto possa assumere funzioni differenti, pur rimanendo nei propri tratti inalterato, riflettendo le mutate condizioni storico-economiche. Al di fuori di tale contesto non si potrebbe comprendere appieno le parole della Corte costituzionale, che al fine di garantire la tutelabilità d’ufficio di diritti apparentemente privi di un’attuale funzione economico-sociale, ha ritenuto di poter giustificare la sospensione, seppur transitoria, del principio di terzietà del giudice.

Nel caso brasiliano la funzione tendenzialmente politica assunta nell’esperienza costituzionale dal diritto di proprietà rende naturale utilizzare quest’ultimo come strumento per promuovere la tutela della persona e delle comunità locali ritenute dalla Costituzione come vulnerabili, privilegiandolo rispetto a un decentramento politico-amministrativo in cui venga rafforzata la partecipazione locale ai procedimenti decisionali. I diritti collettivi originari permettono di tutelare quindi interessi che, tenuta in considerazione la fragilità delle posizioni individuali a fronte del potere pubblico e del potere privato, non accedrebbero ai processi deliberativi finalizzati alla conformazione dei poteri dei pubblici e privati.

La tutela dell’interesse paesaggistico e la protezione di minoranze etnico-culturali sono interessi pubblici che offrono una copertura costituzionale alla conservazione dei diritti storicamente acquisiti da parte delle istituzioni appropriative collettive e al loro riconoscimento. I medesimi interessi non esauriscono le ragioni che possono essere invece addotte a sostegno della tesi che ritiene necessario, alla luce delle considerazioni svolte sulla funzione attualmente svolta dal diritto di proprietà nei rispettivi ordinamenti, una riarticolazione del modello proprietario collettivo nel sistema costituzionale della proprietà.

Si può rilevare come l'accesso a beni fondamentali alla vita costituisca la *ratio* riposta nei diritti originari di uso riconosciuti nell'esperienza giuridica italiana e costituisca tuttora la *ratio* sottesa al riconoscimento dei diritti collettivi *indígenas* e *quilombolas* nell'ordinamento brasiliano.

Il medesimo principio è stato neutralizzato nel momento in cui, in Italia, nel passaggio alla modernità giuridica, si è riconosciuto non tanto il diritto di accesso a beni fondamentali alla vita, quanto i soli diritti storicamente acquisiti. L'originarietà dell'appropriazione, da leggere attraverso le lenti del diritto pubblico, è stata fraintesa nei termini di un'occupazione temporalmente primaria e quindi compresa attraverso le categorie del diritto civile.

Il medesimo principio viene neutralizzato, per altro verso, nell'ordinamento brasiliano, facendone dipendere l'applicazione dalla specialità soggettiva riconosciuta, in un'ottica compensatoria, in capo a specifici gruppi individuati sulla base di una differenza etnico-culturale. Medesimo è il fraintendimento per mezzo del quale si tenta di legittimare la specialità dei diritti territoriali *indígenas*, congeniti e originari, sulla base di un'occupazione temporalmente primaria, da cui discende, come corollario, la loro costitutiva diversità rispetto ai diritti dei *remanescentes*. Dalla specialità poi della vicenda *quilombola* si trae, a sua volta, un elemento discriminante tra il diritto alla proprietà dei *remanescentes* e il diritto di accesso alla terra che dovrebbe spettare alle comunità rurali che da esso dipendono per poter soddisfare, per mezzo di una produzione agricola tradizionale, tendenzialmente familiare e prevalentemente votata all'auto-consumo, le proprie necessità di vita. La rilevanza di una specialità soggettiva pare in questo senso capace di scindere il vincolo sistematico che dovrebbe porre in relazione i diritti territoriali riconosciuti a specifiche minoranze e il diritto di accesso alla terra come contenuto di un diritto fondamentale. Alla luce di queste considerazioni pare legittimo porsi la domanda se, in definitiva, una politica destinata a alcune minoranze casisticamente riconosciute - che peraltro sono quelle che per contingenti vicende storiche sono state in grado di superare la soglia della visibilità politica - costituisca veramente uno strumento finalizzato a garantire l'emancipazione individuale e collettiva, o sia piuttosto uno strumento utile per risolvere politicamente una conflittualità sociale che rischia di divenire anti-sistemica.

Raffrontando le differenti modalità operative per mezzo delle quali si è neutralizzato il principio giuridico riposto nell'acquisizione dei diritti originari collettivi riconosciuti dai rispettivi ordinamenti, è possibile criticare i paradigmi che ne orientano la comprensione sistematica.

Con riferimento all'ordinamento italiano vi è un primo profilo che deve essere criticato. È indubbio che l'applicazione in una società agricola, come era quella in cui i diritti collettivi originari vennero riconosciuti, di un principio che predica l'esistenza di un diritto naturale di accesso ai beni necessari alla vita abbia portato al riconoscimento di diritti di accesso a beni destinati all'esercizio di attività agro-silvo-pastorali. Ma tenendo presente il principio giuridico riposto nell'acquisizione dei diritti collettivi originari si pensa illegittimo precludere un utilizzo dei beni collettivi laddove sia funzionale a garantire, in un mutato contesto sociale come quello attuale, un diritto alla prima abitazione, purché tale mutamento di destinazione non comporti una privatizzazione del bene, ma una temporanea privatizzazione del suo utilizzo - cosa compatibile con il concetto di bene collettivo - e sia orientato ai principi di solidarietà che trasformano un aggregato di persone in corpo sociale. L'avvenuta modificazione della conformazione del patrimonio collettivo che ne abbia compromesso la destinazione agro-silvo-pastorale non implica, infatti, che esso risulti inadeguato rispetto all'esigenza di garantire ulteriori diritti fondamentali. La tendenziale privatizzazione - attuata per mezzo di sclassificazione o alienazioni - dei patrimoni collettivi interessati da una pressante urbanizzazione costituisce una distorsione e una negazione del principio che ha permesso il riconoscimento dei diritti collettivi originari e che ne dovrebbe tuttora legittimare la conservazione. Quello che si critica è il passaggio logico che ha portato all'ipostatizzazione, nell'ordinamento giuridico moderno, del principio giuridico nella sua applicazione storicamente contingente.

Con riferimento all'ordinamento brasiliano invece, si deve sottoporre a critica l'approccio casistico che circoscrive l'ambito applicativo del principio giuridico che presiede all'acquisizione di diritti collettivi originari. Il loro riconoscimento permette, infatti, il perseguimento di interessi pubblici sottesi ai principi di giustizia sociale, che dovrebbero orientare non solo una politica specificamente destinata alla protezione di minoranze casisticamente riconosciute, ma l'intero ordine economico.

Se è indubbio che la questione *indígena* o *quilombola* non possa essere ridotta semplicisticamente ai termini di un conflitto fondiario, è evidente come attraverso il riconoscimento dei diritti collettivi originari si stia attuando, in termini selettivi, un intervento simile nei propri esiti ad una riforma agraria. Il riconoscimento dei diritti collettivi originari veicola non solo l'esercizio collettivo di diritti culturali, ma anche un diritto all'abitazione, un diritto all'alimentazione, un diritto all'accesso alla terra, ossia diritti fondamentali.

Rispetto ad entrambi gli ordinamenti deve essere criticata inoltre la tesi che considera estraneo all'ordinamento giuridico moderno il principio giuridico che ha permesso, in epoca pre-moderna, la collettivizzazione di beni e l'apposizione di un vincolo di destinazione che li rese funzionali all'esercizio di diritti fondamentali. Si è già avanzata la tesi che ravvede nell'istituto della riserva originaria il medesimo principio cui deve essere ricondotta l'acquisizione dei diritti collettivi originari. Medesima è la natura dichiarativa delle deliberazioni per mezzo delle quali si riconosce la collettivizzazione del bene, ritenendo che gli atti (il modificarsi nella coscienza sociale della percezione valoriale della funzione di determinati beni) prima che i fatti (la cui supposta natura oggettiva esteriorizza sempre un atto di giudizio) abbiano un valore giuridico capace di imporsi nell'ordinamento. Alla luce di tale principio pare legittimo pensare che i limiti territoriali che circoscrivono attualmente i patrimoni collettivi siano mobili, e rispondano alle contingenti pressioni sociali. L'opportunità di adottare un modello proprietario individualista o collettivista per procedere all'allocazione di una risorsa in un ordinamento ispirato ai principi del costituzionalismo democratico-sociale dipende da alcune variabili, tra le quali assumono particolare rilevanza l'entità delle sperequazioni sociali rilevabile tra classe di cittadini, ossia tra classi di consumatori, nonché la scarsità e la rilevanza sociale della risorsa. In un ordinamento ispirato al costituzionalismo democratico-sociale è indubbio che la scarsità di una risorsa di rilevante valore sociale, in un contesto in cui la sperequazione sociale si presenta marcata, induca tendenzialmente ad una sua collettivizzazione affinché una gestione, seppur economicamente razionale, non contraddica di fatto quei principi democratici e egualitari che sono tuttora posti a fondamento degli ordinamenti italiano e brasiliano.

CONCLUSIONI

Alla decostruzione delle argomentazioni che oggi sostengono la conservazione statica dei diritti collettivi originari, deve seguire quindi una loro integrazione nel sistema costituzionale della proprietà alla luce di principi generali. In un momento in cui il modello della proprietà pubblica pare destinato ad un progressivo oblio, il modello proprietario collettivo offre un'alternativa all'attrazione di beni socialmente rilevanti nell'orbita governata dalla logica proprietaria individualista, permettendo una gestione compartecipata della risorsa, superando un profilo meramente tecnico - e tendenzialmente tecnico-economico - nel quale riduttivamente la sostenibilità può essere assorbita.

Il principio generale che, attualmente, permette di integrare il modello proprietario collettivo è stato individuato nel principio dello sviluppo sostenibile. Articolando la relazione che sussiste tra questo principio e lo statuto proprietario collettivo si pensa corretta la tesi che concepisce i diritti collettivi originari come una specifica declinazione della proprietà riservata, che permette una gestione decentrata delle risorse di rilevante interesse sociale che vengono dichiarate, per mezzo di procedimenti pubblici, scarse e per queste ragioni allocate in circuiti esteri al mercato. L'inalienabilità, l'imprescrittibilità, l'iusucapibilità dei beni così collettivizzati risponde all'esigenza di garantire un accesso universale, seppur esercitabile in ambiti territoriali predeterminati, nei casi in cui le tradizionali tecniche proprietarie e i meccanismi, pur pubblicamente regolati, del mercato vengano reputati inadeguati per perseguire un progetto costituzionale democratico e egualitario.

TAVOLA ACRONIMI

| | |
|--------------|---------------------------------------------------------|
| ABA..... | <i>Associação Brasileira de Antropologia</i> |
| AC..... | <i>Apelação Civil</i> |
| ACO..... | <i>Ação Cível Originária</i> |
| ACO-AGR..... | <i>Agravo de Regimento em Ação Cível Originária</i> |
| ACO-QO..... | <i>Questão de Ordem em Ação Cível Originária</i> |
| ADCT..... | <i>Ato das Disposições Constitucionais Transitórias</i> |
| ADECON..... | <i>Ação de Declaração de Constitucionalidade</i> |
| ADI..... | <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade</i> |
| ADIO..... | <i>Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão</i> |
| ADPF..... | <i>Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental</i> |
| AGR..... | <i>Agravo de Regime</i> |
| AGR..... | <i>Agravo de Regimento</i> |
| AI..... | <i>Agravo de Instrumento</i> |
| AI-AGR..... | <i>Agravo Regimental no Agravo de Instrumento</i> |
| AM..... | <i>Estado do Amazonas</i> |
| AMS..... | <i>Apelação em Mandado de Segurança</i> |
| AMS..... | <i>Apelação Em Mandado De Segurança</i> |
| BA..... | <i>Estado do Bahia</i> |
| BDJUR..... | <i>Biblioteca Digital Jurídica</i> |
| BO..... | <i>Bolivia</i> |
| C.C..... | <i>Codice Civile</i> |
| CI..... | <i>Costituzione della Repubblica Italiana</i> |
| CRFB..... | <i>Constituição da República Federativa do Brasil</i> |
| DF..... | <i>Distrito Federal</i> |
| DP..... | <i>Decreto Precidencial</i> |
| EDD..... | <i>Estado Democrático De Direito</i> |
| EI..... | <i>Estatuto do índio</i> |
| EM..... | <i>Emenda Constitucional</i> |
| ES..... | <i>Estado do Espirito Santo</i> |

TAVOLA ACRONIMI

| | |
|------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| EXT | <i>Extradição</i> |
| FCP | <i>Fundação Cultural Palmares</i> |
| FUNAI..... | <i>Fundação Nacional do Índio</i> |
| IBAMA..... | <i>Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis</i> |
| ICCP | <i>International Convent on Civil and Political Rights</i> |
| ILO | <i>International Labour Organization</i> |
| IN | <i>Instrução Normativa</i> |
| INCRA..... | <i>Instituto de Colonização e Reforma Agrária</i> |
| INQ..... | <i>Inquérito</i> |
| IPHAN..... | <i>Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional</i> |
| ISA..... | <i>Instituto socio-ambiental</i> |
| MA..... | <i>Estado do Maranhão</i> |
| MC..... | <i>Medida Cautelar</i> |
| MG..... | <i>Estado do Minas Gerais</i> |
| MI..... | <i>Mandado de Injunção</i> |
| MS | <i>Mandando de Segurança</i> |
| MS[1]..... | <i>Estado do Mato Grosso do Sul</i> |
| NUER | <i>Núcleo de Estudo sobre Identidade e Relações Interétnicas</i> |
| PA..... | <i>Estado do Pará</i> |
| PEM..... | <i>Proposta de Emenda Constitucional</i> |
| PET..... | <i>Petição</i> |
| PL | <i>Projecto de Lei</i> |
| PR | <i>Estado do Paraná</i> |
| QO | <i>Questão de Ordem</i> |
| RCL | <i>Reclamo</i> |
| RE..... | <i>Recurso Extraordinário</i> |
| REO | <i>Recurso Ordinário</i> |
| RO..... | <i>Estado do Roraima</i> |
| RS | <i>Estado do Rio grande do Sul</i> |
| RTID..... | <i>Relatório Técnico de Identificação e Delimitação</i> |

TAVOLA ACRONIMI

| | |
|-----------|-----------------------------------------------------|
| SAJ..... | <i>Subchefia dos Assuntos Jurídicos</i> |
| SC..... | <i>Estado de Santa Catarina</i> |
| SNUC..... | <i>Sistema Nacional das Unidades de Conservação</i> |
| SP..... | <i>Estado de São Paulo</i> |
| STF..... | <i>Supremo Tribunal Federal</i> |
| STJ..... | <i>Superior Tribunal de Justiça</i> |
| TRF1..... | <i>Tribunal Regional Federal da Primeira Região</i> |
| TRF2..... | <i>Tribunal Regional Federal da Segunda Região</i> |
| TRF3..... | <i>Tribunal Regional Federal da Terceira Região</i> |
| TRF4..... | <i>Tribunal Regional Federal da Quarta Região</i> |
| TRF5..... | <i>Tribunal Regional Federal da Quinta Região</i> |

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La Magnifica Comunità di Fiemme dal Mille al Duemila*, Trento, 1991
- AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996
- AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007
- ACCIARI Maria Luisa, *Autorizzazione a vendere beni civici*, in *Giurisprudenza agraria italiana*, 1987, 1, pp. 54-55
- ACROSSO Luigi, RIZZI Giuseppe (a cura di), *Codice degli usi civici*, Roma, 1956
- ADORNATO Francesco, *Nullità di vendite di beni civici prima della loro assegnazione a categoria* (nota a Cass. civ., ss.uu., 10 novembre 1980, n. 6017), in *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, 1, pp. 1621-1628
- ADORNATO Francesco, *Proprietà collettiva e profili ambientali*, in *Agricoltura - istituzioni - mercati*, 2007, 1, pp. 53-64
- AINIS Michele, *La Costituzione e i suoi destinatari: i concetti di «applicazione», «attuazione», «esecuzione» ed «osservanza» delle norme costituzionali*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica italiana: giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996*, Milano, 1997, pp. 157-173
- ALBERT Bruce, *O ouro canibal e a queda do céu: uma crítica xamânica da economia política da natureza*, in *Série antropológica*, 1995, 174, pp. 1-33, disponibile alla pagina www.unb.br/ics/dan/Serie174empdf.pdf, accesso 15 dicembre 2009
- ALFONSIN Jacques Távora, *O aceso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia*, Porto Alegre, 2003
- ALGOSTINO Alessandra, *Democrazia sociale e libero mercato? Costituzione italiana versus "Costituzione europea"?*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2007, pp. 98-128
- ALMEIDA Alfredo Wagner Berno de, *Os quilombos e as novas étnias*, in S. LEITÃO (org.), *Direitos territoriais das Comunidades Negras Rurais, documento ISA n. 5*, São Paulo, 1999, pp 11-18

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA Alfredo Wagner Berno de, *Terras de Preto, terras de santo, terras de índio – uso e conflito*, in E. M. R. de CASTRO, J. HEBETTE, *Na trilha dos grandes projetos*, Belém, 1989, pp. 163-196
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de, *Terras tradicionalmente ocupadas*, Manaus, 2006
- ALPA Guido, *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1988
- ALPA Guido, BESSONE Mario, *Potere dei privati e statuto proprietario*, Padova, 1980
- ALVISI Chiara, *Usi civici*, in *Contratto e impresa*, 2005, 2, pp. 825-873
- AMATO Giuliano, BARBERA Augusto (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997
- ANDRADE Lucia, TRECCANI Girolamo Domenico, *Terras de Quilombo*, in R. LARANJEIRA (coord.), *Direito agrário brasileiro*, São Paulo, 2000, pp. 593-656
- ANDRADE Tania (org.), *Quilombos em São Paulo, Tradições, direitos, lutas*, São Paulo, 1997
- ANDRADE Ledio Rosa de, *Introdução ao direito alternativo brasileiro*, Porto Alegre, 1996
- ANGELINI Vittorio, *Costituente e costituito*, Padova, 1995
- ANTUNES Paulo de Bessa, *A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91*, in *Revista da Procuradoria-Geral da República*, 1996, 8, pp. 110-120
- ARAÚJO Luiz Alberto David, VIDAL JUNIOR Serrano Nunes, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 2003
- ARAÚJO Telga de, *Função social da propriedade*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 39, São Paulo, 1979, pp. 1-16
- ARONNE Ricardo, *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*, Rio de Janeiro, 1999
- ARRUDA JUNIOR Edmundo Lima de, *Introdução á sociologia jurídica alternativa*, São Paulo, 1993
- ARRUTI José Maurício, *Mocambo, antropologia e história do processo de formação quilombola*, Bauru (SP), 2006
- ASCARELLI Tullio, *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*, Milano, 1952

BIBLIOGRAFIA

- AURAS Marli, *Guerra do contestado: a organização da irmandade cabocla*, Florianópolis, 1984
- BALDASSARRE Antonio, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 639-658
- BALDASSARRE Antonio, *Il significato originario della Costituzione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica italiana: giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996*, Milano, 1997, pp. 117-130
- BALDI César Augusto, *Territorialidade étnica e proteção jurídica: as comunidades quilombolas e a desapropriação*, in E. FERNANDES, B. ALFONSIN (orgs.), *Revisitando o instituto da desapropriação em áreas urbanas*, Belo Horizonte, 2009, disponibile alla pagina <http://www.cpis.org.br/acoes/upload/arquivos/Cesar%20Baldi.pdf>, accesso 15 dicembre 2009
- BAPTISTA Fernando Mathias, *A gestão dos recursos naturais pelos povos indígenas e o direito ambiental*, in A. LIMA (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002, pp. 169-187
- BARASSI Ludovico, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951
- BARBATI Carla, ENDRICI Giovanna, *Territorialità positiva*, Bologna, 2005
- BARBERA Augusto, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, I, pp. 50-122
- BARCELLONA Mario, *L'«idea del sociale» nella teoria del diritto privato: il caso italiano (ma non solo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 717-733
- BARCELLONA Pietro, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Digesto delle scienze privatistiche, sezione civile*, XV, Torino, 1997, pp. 456-468
- BARILE Paolo, *Libertà, giustizia, Costituzione*, Padova, 1993
- BARROSO Roberto Luís, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, 2008
- BARTH Frederick, *Los grupos étnicos e sus fronteras: la organización de las diferencias culturales*, Cidade do México, 1976
- BARTOLE Sergio, *Principi generali del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 1992, pp. 494-533
- BASILE Silvio, *Valori superiori, principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, III, pp. 2201-2258
- BASTOS Celso Ribeiro, *Commentario á Constituição do Brasil*, São Paulo, 1997

BIBLIOGRAFIA

- BASTOS Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 1998
- BAUMAN Zygmunt, *Modernità e olocausto*, Bologna, 1992
- BENATTI José Heder, *Direito de propriedade e proteção ambiental no Brasil: apropriação e o uso dos recursos naturais no imóvel rural*, Tesi presentata come requisito parziale per il conseguimento del titolo di *Doutor em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido*, Núcleo de Altos Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Orientador: Dr. David Gibbs McGrath, Belém, 2003, ined.
- BENATTI José Heder, *Manejo florestal e o uso alternativo do solo na Amazônia*, in A. LIMA (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002, pp. 237-273
- BENATTI José Heder, *Posse agroecológica e manejo florestal*, Curitiba, 2003
- BENJAMIN Antônio Herman (coord.), *Direito ambiental das áreas protegidas*, Rio de Janeiro, 2001
- BENJAMIN Antônio Herman, *Desapropriação, reserva florestal legal e áreas de preservação permanente*, in *Advocacia pública & sociedade*, 1998, n. 3, p. 693-79, disponibile alla pagina <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8691>, accesso 10 ottobre 2009.
- BENSAÏD Daniel, *Gli spossessati, proprietà, diritto dei poveri e beni comuni*, Verona, 2009
- BERTI Giorgio, *Recenti scritti di giuspubblicisti intorno alla proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, II, pp. 991-1008
- BEVILACQUA Giorgio, *Usi civici e Turismo (Marmolada)* (nota a Comm. Usi civici Veneto, 30 novembre 1991, n. 88), in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1993, 6, pp. 1091-1093
- BIANCA Massimo, *Diritto Civile*, Milano, 1999
- BIANCO Giovanni, *Repubblica*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, pp. 160-183
- BIN Roberto, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, 1, pp. 11-52
- BIXIO Alessandro, *Proprietà e appropriazione, individuo e sovranità nella dinamica dei rapporti sociali*, Milano, 1988
- BLACK Cyril E., *La dinamica della modernizzazione*, Milano, 1971

BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO Norberto, MATTEUCCI Nicola, PASQUINO Giovanni (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, pp. 664-672
- BOETTKE Peter J., *Austrian School of Economics*, in D. R. HENDERSON (ed.), *The Concise Encyclopedia of Economics*, disponibile alla pagina <http://www.econlib.org/library/Enc/AustrianSchoolofEconomics.html>, accesso 12 novembre 2009
- BONAVIDES Paulo, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 1998
- BORGES Paulo Taormina, *Institutos básicos de direito agrário*, São Paulo, 1998
- BOSCOLO Emanuele, *Appunti sulla nozione giuridica di paesaggio identitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 7, pp. 797-801
- BOYLE Alan, *Between process and substance, Sustainable development in the Jurisprudence of International Courts and Tribunals*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, 201-219
- BRANCA Giuseppe (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975
- BUGGE Hans Christian, VOIGT Christina (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008
- CALAMANDREI Piero, *La costituzione e le leggi per attuarla*, Milano, 2000
- CAMMARANO Guido, *Saggio sulla pubblicità dei beni pubblici*, Padova, 1972
- CANOTILHO J. J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, 2003
- CAPOBIANCO João Paulo (orgs.), *Biodiversidade na Amazônia brasileira: avaliação e ações prioritárias para a conservação, uso sustentável e repartição de benefícios*, São Paulo, 2001
- CAPOGRASSI Giuseppe, *Opere*, V, Milano, 1959
- CAPOGRASSI Giuseppe, *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932
- CAPUTI JAMBERGHI Vincenzo, *Tutela dell'ambiente e beni pubblici*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, pp. 311-341
- CARAVITA DI TORITTO Beniamino, *Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Milano, 1996, pp. 343-359

BIBLIOGRAFIA

- CARLASSARE Lorenza, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 1995, 1, pp. 35-36.
- CARLETTI Franco (a cura di), *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, 1993
- CARLETTI Franco, *Attualità del regime demaniale e prospettive di riforma*, in F. CARLETTI (a cura di), *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, 1993, pp. 31-60
- CARNEIRO Edson, *O Quilombo dos Palmares*, Rio de Janeiro, 1988
- CARNEIRO Rommel Madeiro de Macedo, *Fundamentos jurídicos e pedagógicos do Estado democrático-participativo e da globalização política*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 2009, 3, p. 38-52
- CARTEI Gian Franco (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007
- CARTEI Gian Franco, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2006, 1, pp. 19-32
- CASAMASSIMA Emanuele, *La Corte costituzionale ripristina la tutela giuridica demaniale ed ambientale* (nota a Corte cost., 20 febbraio 1995, n. 46), in *Giustizia civile*, 1995, II, pp. 869-870
- CASSESE Sabino, *I beni pubblici*, Milano, 1969
- CASTRO Carlos Roberto Siqueira, *Dignidade da pessoa humana: o princípio dos princípios constitucionais*, in *Revista latino-americana de estudos constitucionais*, 2005, 5, pp. 249-285.
- CASTRO Edna Maria Rosa de, HEBETTE Jean (orgs.), *Na trilha dos grandes projetos*, Belém, 1989
- CATALANI Pietro Maria, *Riflessione intorno alla cosiddetta demanialità dei beni soggetti ad usi civico*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2007, 1, pp. 13-26
- CAVEDON Fernanda de Salles, *Função social e ambiental da propriedade*, Florianópolis, 2003
- CERULLI IRELLI Vincenzo, *Proprietà collettive e usi civici nel sistema vigente, tra diritto comune e disciplina speciale delle comunità dell'arco alpino (con particolare riferimento alla Comunità di Fiemme)*, in AA.VV., *La Magnifica Comunità di Fiemme dal Mille al duemila*, Trento, 1991, pp. 49-65
- CERULLI IRELLI Vincenzo, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983

BIBLIOGRAFIA

- CERVATI Guido, *Appunti circa la legittimazione delle terre d'uso civico*, in *Rivista di diritto agrario*, 1963, I, pp. 294-316
- CERVATI Guido, *Gli usi civici nella giurisprudenza della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, pp. 519-531
- CHAGAS Donizete Silvio (org.), *Lições de Direito Alternativo*, São Paulo, 1994
- CHELI Enzo, *Il fondamento storico della Costituzione*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Cinquantenario della Repubblica italiana: giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996*, Milano, 1997, pp. 41-54.
- CHIMENTI Ricardo Cunha, CAPEZ Fernando, ROSA Márcio Fernando Elias, SANTOS Marisa Ferreira dos, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 2007
- CIASCHI Antonio, TOMASELLA Elisa, *La montagna e il diritto*, Bologna, 2007
- COCO Giovanni Silvio, *Crisi ed evoluzione nel diritto di proprietà*, Milano, 1965
- COMPARATO Fábio Konder, *A nova cidadanania*, in *Lua Nova - revista de Cultura e Política*, 1993, 28/29, pp. 85-106.
- COMPARATO Fábio Konder, *Direitos e deveres fundamentais em materia de propriedade*, in J. STROZAKE (org.), *Questão agrária e a justiça*, São Paulo, 2000, pp. 130-147
- COMPARATO Fabio Konder, *Função social dos bens de produção*, in *Revista de direito mercantil, industrial, econômico, financeiro*, 1992, 63, pp. 71-79
- CONTI Roberto, *Il diritto di proprietà è un diritto umano? ricadute in tema di danno morale (rectius non patrimoniale)*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 3, pp. 237-243
- CORDINI Giovanni, FOIS Paolo, MARCHISIO Sergio, *Diritto ambientale, profili internazionali, europei e comparati*, Torino, 2008
- CORDONIER SEGGER Marie Claire, *Sustainable development in international law*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, pp. 85-199
- CORTESE Ennio, *Domini collettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, pp. 913-927
- COSTA Pietro, *Il progetto giuridico: ricerca sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974
- COSTA, Moacir da Lobo, *A propriedade na doutrina de Duguit*, in *Revista forense*, 1954, 153, pp. 33-39

BIBLIOGRAFIA

- COSTANTINO Michele, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967
- COSTANTINO Michele, *La proprietà nel sistema dei diritti reali e nella legislazione speciale successiva alla Costituzione*, in A. PIZZORUSSO, V. VARANO (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985, pp. 15-26.
- COSTATO Luigi, *L'evoluzione del diritto agrario dal codice civile del 1942 a oggi*, in *Rivista di diritto agrario*, 2001, I, pp. 3-17
- CRETELLA JUNIOR José, *Comentários á Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro, 1993, IX. P. 4988
- CRISAFULLI Vezio, *Efficacia delle norme costituzionali programmatiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1951, pp. 357-389
- CRISAFULLI Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952
- CUNHA Fernando Whitaker da, *Direito Civil Constitucional*, in *Revista brasileira de direito comparado*, 1999, 17, pp. 44-55
- CUNHA Manuel Carneiro da, ALMEIDA, Mauro W. B., *Populações tradicionais e conservação ambiental*, in J. P. CAPOBIANCO (orgs.), *Biodiversidade na Amazônia brasileira: avaliação e ações prioritárias para a conservação, uso sustentável e repartição de benefícios*, São Paulo, 2001, pp. 184-193
- D'ALFONSO Giovanna, *La tutela dell'ambiente quale «valore primario» prima e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in F. LUCARELLI (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, pp. 3-69
- D'AMELIO Mariano, *Abuso del diritto*, in *Novissimo digesto italiano*, I, Torino, 1957, pp. 95-96
- DALLA TORRE Giuseppe, *Stato e società civile, una prospettiva storico-giuridica*, in *Diritto ecclesiastico*, 2000, 2, pp. 417-434
- DALLARI Dalmo de Abreu, CUNHA Manuela Carneiro da, VIDAL Lux (org.), *A Questão da terra indígena*, São Paulo, 1981
- DALLARI Dalmo de Abreu, *Direitos sobre terras indígenas*, in D. DE A. DALLARI, M. C. DA CUNHA, L. VIDAL (org.), *A Questão da terra indígena*, São Paulo, 1981, pp. 45-47

BIBLIOGRAFIA

- DE LUCIA Luca, *Usi civici*, in *Digesto delle scienze pubblicistiche*, XV, Torino, 1999, pp. 584-601
- DE MARTIN Gian Candido, *La riscoperta e la attuale rilevanza delle comunità di villaggio*, in G. C. DE MARTIN, *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990, pp. 1-26
- DE SANCTIS Francesco, *Proprietà privata e società moderna: Hegel e Stein*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, pp. 105-163
- DE TOMMASO Giacomo, *Usi civici e demani collettivi, il quadro normativo*, in *Nuovo diritto agrario*, 1983, 3-4, pp. 391-400
- DE VERGOTTINI Giuseppe, *Diritto Costituzionale comparato*, Padova, 2007
- DEL PAPA Gianluca, *Terre civiche e usi civici in senso stretto: l'onere della dichiarazione ex art. 3 legge 1766/1927*, in *Diritto e giurisprudenza agraria e dell'ambiente*, 2002, 2, pp. 115-117
- DEMSETZ Harold, *Toward a Theory of Property Rights*, in *The American Economic Review*, 1967, 2, pp. 347-359
- DICIOTTI Enrico, *Limiti ragionevoli delle libertà: un quadro concettuale*, in *Ragion pratica*, 2003, 20, pp. 111-148
- DINIZ Maria Helena, *Norma Constitucional e seus efeitos*, São Paulo, 1989
- DIURNI Giovanni, *Analisi storica degli istituti giuridici comunitari*, in AA.VV., *La Magnifica Comunità di Fiemme dal mille al duemila*, 1988, pp. 31-48
- DRUMMOND José Augusto, FRANCO José Luiz de Andrade, *Terras de Quilombolas e Unidades de Conservação: uma discussão conceitual e política, com ênfase nos prejuízos para a conservação da natureza*, in GRUPO IGUAÇU, *Terras de Quilombolas e Unidades de Conservação: uma discussão conceitual e política, com ênfase nos prejuízos para a conservação da natureza*, 2009, pp. 8-38, disponibile alla pagina <http://www.grupoiguacu.net>, accesso 16 ottobre 2009
- EISENSTADT Shauel Noah, *Modernização: protesto e mudança*, Rio de Janeiro, 1969
- ESPOSITO Carlo, *La Corte come giudice della «non arbitrarietà» delle leggi*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1962, pp. 78-82

BIBLIOGRAFIA

- EVANS Nick, MORRIS Carol, WINTER Michael, *Conceptualizing agriculture: a critique of post-productivism as the new orthodoxy*, in *Progress in Human Geography*, 2002, 3, pp. 313-332
- FACHIN Luiz Edson, *A função social da posse e a propriedade contemporânea*, Porto Alegre, 1988
- FACHIN Luiz Edson, *Da função social da terra à causa justificativa do direito de propriedade imobiliária (uma perspectiva da justiça e da cidadania contemporâneas)*, in *Revista brasileira de direito comparado*, 1999, pp. 96-104
- FACHIN Luiz Edson, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro, 2006
- FACHIN Luiz Edson, *Teoria crítica do direito civil*, Rio de Janeiro, 2000
- FARIA Anacleto de Oliveira, *Propriedade – II*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 62, São Paulo, 1979, pp. 154-174
- FEDERICO Claudia, GONZÁLEZ Alfredo José Martínez, *Profili storico-giuridici della proprietà collettiva in Italia ed in Spagna*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2008, 1, pp. 201-231
- FEDERICO Pietro, *Usi civici*, in *Appendice Novissimo digesto italiano*, Torino, 1987, pp. 1025-1035
- FERES JUNIOR João, ZONINSEIN Jonas (orgs.), *Ação afirmativas e universidades, experiências nacionais comparadas*, Brasília, 2006
- FERRAJOLI Luigi, *Derechos y garantías – La ley del más débil*, Madrid, 2001
- FERRAZ JUNIOR Tércio Sampaio, *A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional*, in *Revista brasileira de direito constitucional*, 2004, 3, pp. 689-699
- FERREIRA FILHO Gonçalves, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, 2002
- FERREIRA FILHO Gonçalves, *Regime político*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 64, São Paulo, 1979, pp. 242-244
- FERREIRA Pinto, *Propriedade – I*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 62, São Paulo, 1979, pp. 145-154
- FIORAVANTI Maurizio, *Stato e costituzione*, Torino, 1993
- FOUCAULT Michel, *Nascita della Biopolitica, corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005

BIBLIOGRAFIA

- FRAGA Simone de O., *O princípio da dignidade da pessoa humana, construção do direito positivo constitucional brasileiro e uma conquista da sociedade*, in *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe*, 2003, 4, pp. 213-224
- FRANÇA R. Limongi, *Propriedade*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 62, São Paulo, 1979, pp. 174-180
- FREDERICO Sérgio Augusto, *Cidadania: elemento fundamental para o acesso à justiça*, in *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, 2000, 28, p. 331-343
- FREYRE Gilberto, *Casa grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*, Rio de Janeiro, 1933
- FULCINITI Luciana, *I beni di uso civico*, Padova, 1990
- FURUBOTN Eric, PEJOVICH Svetozar, *Property rights and economic theory: a survey of recent literature*, in *Journal of Economic Literature*, 1972, 4, pp. 1137-1162
- GAIGER Julio, *Direitos indígenas na Constituição brasileira de 1988 e outros ensaios*, Brasília, 1989
- GALGANO Francesco, *Art. 43*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, II, pp. 193-210
- GALGANO Francesco, *Proprietà e controllo della ricchezza: storia di un problema*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, II, pp. 681-701
- GALGANO Francesco, *Sulla natura giuridica delle partecipanze agrarie emiliane*, in *Rivista di diritto agrario*, 1993, I, pp. 179-195
- GALLONI Giovanni, *Nuovi confini del diritto agrario fra il diritto comunitario ed il diritto ambientale*, in *Rivista di diritto agrario*, 2000, 3, pp. 381 – 411
- GERARDI Rosaria A.M.G., *Politica economica ed istituzioni*, in *Rivista di politica economica*, 2006, 4, pp. 319-340
- GERMANI Gino, *Sociologia della modernizzazione: l'esperienza dell'America Latina*, Bari, 1971
- GERMANÒ Alberto, *Carneade, chi era costui? Ovvero degli usi civici*, in *Rivista di diritto agrario*, 1994, I, pp. 209-213
- GERMANÒ Alberto, *Usi civici*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, XIX, Torino, 1999, pp. 535-561

BIBLIOGRAFIA

- GERSEM DOS SANTOS L., *O Índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje*, Brasília, 2006
- GIANNINI Massimo Severo, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1971, pp. 443-501
- GIANNINI Massimo Severo, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995
- GIANNINI Massimo Severo, *I beni pubblici*, Roma, 1963
- GODOY Luciano de Souza, *Os pressupostos jurídicos para regularização das áreas remanescentes de Quilombos*, in T. ANDREADE (org.), *Quilombos em São Paulo, Tradições, direitos, lutas*, São Paulo, 1997, pp. 63-68
- GODOY Luciano de Suoza, *Direito agrário constitucional – o regime da propriedade*, São Paulo, 1998
- GORDILHO Pedro, *Brasil: Estado Democrático de Direito*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, 2007, 2, pp. 53-54
- GRAU Roberto Eros, *Função social da propriedade (direito econômico)*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 39, São Paulo, 1979, pp. 16-27
- GRECO FILHO Vicente, *Tutela constitucional das liberdades*, São Paulo, 1989
- GROSSI Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998
- GROSSI Paolo, *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statale*, in P. NERVI (a cura di), *I demani civici e le proprietà collettive*, Padova, 1998, pp. 13-29
- GROSSI Paolo, *Il dominio e le cose: percezioni medioevali e moderne dei diritti reali*, Milano, 1992
- GROSSI Paolo, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 2008
- GROSSI Paolo, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, I, pp. 201-338
- GROSSI Paolo, *Un altro modo di possedere, l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, Milano, 1997
- GRUPO IGUAÇU, *Terras de Quilombolas e Unidades de Conservação: uma discussão conceitual e política, com ênfase nos prejuízos para a conservação da natureza*, 2009, disponibile alla pagina <http://www.grupoiguacu.net>, accesso 16 ottobre 2009
- GUICCIARDI Enrico, *Il demanio*, Padova, 1934

BIBLIOGRAFIA

- GUIDETTI Massimo, STAHL Paul H. (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977
- GUIMARÃES António Sérgio Alfredo, *Democrazia racial*, in *Cadernos PENESB*, 2002, 4, pp. 33-60
- HARDIN Garrett, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 1968, 162, pp. 1243-1248
- HARRISON James, *Significant international environmental law cases*, in *Journal of environmental law*, 2006, 3, pp. 505-516
- HAYEK Friedrich August von, *O Caminho da Servidão*, Rio de Janeiro, 1990
- HEAL Geoffry, *Markets and sustainability*, in R. L. REVESZ, P. SANDS, R. B. STEWART (eds.), *Environmental law, the economy and sustainable development*, Cambridge, 2000, pp. 410-427
- HENDERSON David R. (ed.), *The Concise Encyclopedia of Economics*, disponibile alla pagina <http://www.econlib.org/library/Enc/AustrianSchoolofEconomics.html>, accesso 12 novembre 2009
- HORWITZ Morton J., *The Transformation in the Conception of Property in American Law, 1780-1860*, in *The University of Chicago Law Review*, 1973, 2, pp. 248-290
- INGROSSO Gustavo, *Demanio (diritto moderno)*, in *Novissimo digesto italiano*, V, Torino, 1957, pp. 427-438
- IRTI Natalino, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 2004
- JACINTHO Jussara Maria Moreno, *Dignidade humana: princípio constitucional*, Curitiba, 2006
- JANNARELLI Antonio, *Il dibattito sulla proprietà privata negli anni Trenta del Novecento*, in *Agricoltura – Istituzioni – Mercati*, 2007, 1, pp. 21-52
- JANNITI PIROMALLO Francesco, *Natura giuridica dei canoni demaniali* (nota a App. Roma, sez. Usi civici, 12 dicembre 1950), in *Giurisprudenza completa della Cassazione civile*, 1951, I, pp. 804-809
- KELSEN Hans, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966
- LA TORRE Antonio, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale: dalla proprietà quiritaria alla funzione sociale*, in *Giustizia civile*, 2007, II, p. 479-485
- LABRIOLA Silvano (a cura di), *Cinquantesimo della Repubblica italiana: giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996*, Milano, 1997
- LARANJEIRA Raymundo (coord.), *Direito agrário brasileiro*, São Paulo, 2000

BIBLIOGRAFIA

- LARANJEIRA Raymundo, *A ocupação das terras indígenas pelos posseiros de boa fé e o direito a indenização por benfeitorias*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 81-143
- LAVAGNA Carlo, *Diritto costituzionale*, Milano, 1957
- LAVAGNA Carlo, *Problemi giuridici delle istituzioni*, Milano, 1984
- LEAL Rogerio, *Breves considerações críticas à ermeneutica jurídica e aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito no Brasil*, in *Sequencia: revista de pós-graduação em direito da Universidade federal de Santa Catarina*, 1998, 37, pp. 75-94
- LEITÃO, Sergio (org.), *Direitos territoriais das Comunidades Negras Rurais*, documento ISA n. 5, São Paulo, 1999
- LEITE Ilka Boaventura (org.), *Negros no sul do Brasil: invisibilidade e territorialidade*, Florianópolis, 1996
- LEITE Ilka Boaventura, *As classificações étnicas e as terras de negros no sul do Brasil*, disponibile alla pagina <http://www.nuer.ufsc.br/artigos/classificacoes.html>, accesso 15 dicembre 2009
- LEITE Ilka Boaventura, FERNANDES Ricardo Cid, MOMBELLI Raquel (orgs.), *Quilombos no sul do Brasil - Boletim informativo do NUER n. 3*, Florianópolis, 2006
- LEITE Ilka Boaventura, *Os Quilombos no Brasil: questões conceituais e normativas*, in *Etnográfica*, 2000, IV, II, pp. 333-354, disponibile alla pagina <http://www.nuer.ufsc.br/artigos/osquilombos.htm>, accesso 15 dicembre 2009
- LIMA André (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002
- LIMA Antonio Carlos de Sousa, *A identificação como categoria histórica*, in A. C. DE S. LIMA, H. T. BARRETTO FILHO (orgs.), *Antropologia e identificação*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 29-73
- LIMA Antonio Carlos de Sousa, BARRETTO FILHO Henyo Trindade (orgs.), *Antropologia e identificação*, Rio de Janeiro, 2005
- LIMA Antonio Carlos de Sousa, *Os relatórios antropológicos de identificação das terras indígenas da Fundação Nacional do Índio: notas para estudo da relação entre antropologia e indigenismo no Brasil, 1965-1985*, in A. C. DE S. LIMA, H. T. BARRETTO FILHO (orgs.), *Antropologia e identificação*, Rio de Janeiro, 2005, pp. 75-117

BIBLIOGRAFIA

- LIMA Getulio Targino, *A posse agrária sobre bem imóvel*, São Paulo, 1992
- LIMA Maria Rosynete Oliveira, *Devido processo legal*, Porto Alegre, 1999
- LITTLE Paul, *Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*, Brasília, 2002
- LÔBO Paulo Luiz Netto, *Constitucionalização do direito civil*, in *Revista de informação legislativa*, 1999, 1, pp. 99-109
- LORIZIO Maria Athena, *Usi civici*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXII, Roma, 1994, pp. 1.13
- LUCARELLI Francesco (a cura di), *Ambiente, territorio e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006
- LUCARELLI Francesco, *La proprietà pianificata*, Napoli, 1974
- LUCIANI Massimo, *Corte costituzionale e proprietà privata*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1977, I, pp. 1345-1400
- LUCIANI Massimo, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, II, pp. 1643-1668
- LUGARESI Nicola, BERTAZZO Silvia (a cura di), *Nuovo codice dell'ambiente*, Rimini, 2009
- MACPHERSON Crawford B., *A teoria política do individualismo possessivo: de Hobbes a Locke*, Rio de Janeiro, 1979
- MADDALENA Paolo, *La costituzione della Repubblica italiana sessant'anni dopo la sua entrata in vigore*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 4, pp. 717-738
- MAGNO Pietro, *Sul diritto agrario modernizzato*, in *Riv. Dir. Agr.*, 2006, I, pag. 76-115
- MAINE H. Sumner, *The western village community*, in M. GUIDETTI, P. H. STAHL (a cura di), *Il sangue e la terra, Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800*, Milano, 1977
- MANCARELLA Marco, *Il principio dello sviluppo sostenibile: tra politiche mondiali, diritto internazionale e Costituzioni nazionali*, in *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, Napoli, 2009, disponibile alla pagina http://www.giuristiambientali.it/documenti/20061114_AM.pdf, accesso
- MANCINI Giuseppe F., *Art. 4*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, I, pp. 199-276

BIBLIOGRAFIA

- MANGANARO Francesco, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 2, pp. 379-435
- MANSO Eduardo Vieira, *A função social da propriedade do solo rural*, in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário, empresarial*, 1989, 52, pp. 109-112
- MARCHISIO Sergio, *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale*, in S. MARCHISIO, F. RASAPADORI, A. MANEGGIA (a cura di), *Rio cinque anni dopo*, Milano, 1998, pp. 57-71
- MARÉS Carlos Frederico, *Introdução ao direito socioambiental*, in A. LIMA (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002, pp. 21-48
- MARÉS DE SOUSA FILHO Carlos Frederico, *O renascer dos povos indígenas para o direito*, Curitiba, 2006
- MARINELLI Fabrizio, *Gli usi civici*, Napoli, 2000
- MARQUES José Frederico, *Devido processo legal*, in *Enclopédia Saraiva do direito*, 24, São Paulo, 1979, pp. 471-472
- MARTINELLI Alessandro, *La modernizzazione*, Bari, 2004
- MARTINEZ COBO Jose R., *Study on the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, UN Document No.E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.1
- MARTINS Ives Gandra, BASTOS Celso Ribeiro, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, 2002
- MARTINS José de Souza, *Expropriação e violência, a questão política no campo*, São Paulo, 1991
- MARTINS Pedro (org.), *Sertão do Azulà, a Comunidade Cafusa em perspectiva*, Florianópolis, 2001
- MARTINS Pedro, *Deslocamento e itinerários: uma caracterização da Comunidade Cafusa*, in P. MARTINS (org.), *Sertão do Azulà, a Comunidade Cafusa em perspectiva*, Florianópolis, 2001, pp. 19-37
- MARTINS-COSTA Judith, *Diretrizes teóricas do Novo Código civil brasileiro*, São Paulo, 2002
- MATHER Alexander S., HILL Gary, NIJNIK Maria, *Post-productivism and rural land use: cul de sac or challenge for theorization?*, in *Journal of rural studies*, 2006, 22, pp. 441-455

BIBLIOGRAFIA

- MATTEI Ugo, *Proprietà*, in *Digesto delle scienze privatistiche, sezione civile*, XV, Torino, 1997, pp. 423-456
- MATTOS NETO Antonio Josè de, *Função social da propriedade agrária: uma revisão crítica*, in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário, empresarial*, 1995, 76, pp. 72-76
- MAZZA Marcello, *In tema di sclassificazione di terre civiche* (nota a Corte cost., 26 gennaio 1990, n. 31.), in *Giurisprudenza agraria italiana*, 1991, II, p. 25-26
- MAZZÙ Carlo, *Proprietà e società pluralista*, Milano, 1983
- MCGOLDRICK Dominic, *Canadian Indians, cultural rights and the Human Rights Committee*, in *The international and comparative law quarterly*, 1991, 3, pp. 658-669
- MCGOLDRICK Dominic, *Sustainable development and human rights: an integrated conception*, in *International and Comparative Law*, 1996, 4, pp. 796-818
- MEIRELLES Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*, São Paulo, 1998
- MEIRELLES Hely Lopez, *Mandado de segurança, Ação popular, Ação civil pública, Mandado de injunção e Habeas data*, São Paulo, 1997
- MELLO Celso Antonio Bandeira de, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo, 1993
- MENDOÇA Martha Halfeld Furtado de, *Uso e posse da terra: aspectos sociais e jurídicos*, in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário, empresarial*, 1993, 60, pp. 40-65
- MENEZES Olindo, *Anotações sobre a indenização da cobertura florestal na desapropriação agrária*, in AA.VV., *Desapropriação: doutrina & jurisprudência*, Brasília, 2005, pp. 26-46
- MENGER Carl, *Princípios de economia política*, São Paulo, 1987
- MERCADANTE Mauricio, *Uma década de debate e negociação: a história da elaboração da Lei do SNUC*, in A. H. BENJAMIN (coord.), *Direito ambiental das áreas protegidas*, Rio de Janeiro, 2001, pp. 190-231
- MEZZETTI Luca, *Teoria e prassi delle transizioni costituzionali e del consolidamento democratico*, Padova, 2000
- MINNITI Giuseppe, *La circolazione giuridica dei beni gravati da uso civico*, in AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, pp. 25-43

BIBLIOGRAFIA

- MIRANDA Pontes de, *Comentários à Constituição federal de 10 de novembro de 1937*, III, Rio de Janeiro, 1938
- MISES Ludwig von, *Human action: a treatise on economics*, Irvington-on-Hudson (NY), 1996, disponibile alla pagina <http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Dolan/dlnFMA1.html>, accesso 12 novembre 2009
- MOCCIA Luigi, *Riflessioni sull'idea di proprietà*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2008, 1, p. 21-60
- MOLESTI Romano, *La proprietà collettiva nella storia del pensiero economico*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2004, 2, pp. 1-17
- MOLINA Mônica Castagna, SOUSA JR José Geraldo de, TOURINHO NETO Fernando da Costa (orgs.), *Introdução crítica ao direito agrário*, São Paulo – Brasília, 2002
- MOMBELLI Raquel, BENTO José, *Invernada dos Negros*, in I. B. LEITE, R. C. FERNANDES, R. MOMBELLI (orgs.), *Boletim informativo do NUER n. 3 - Quilombos no sul do Brasil*, Florianópolis, 2006, pp. 19-130
- MONTEIRO Washington de Barros, *Curso de direito civil*, III, São Paulo, 2000
- MORAES Alexandre, *Direito Constitucional*, São Paulo, 1999
- MOREIRA Eduardo Ribeiro, *O novo aproveitamento do mandado de injunção*, in *Revista de direito constitucional e internacional*, 2007, 60, pp. 82-93
- MORENO, Diego, *Storia delle risorse ambientali e forme di appropriazione*, in F. CARLETTI (a cura di), *Demani civici e risorse ambientali*, Napoli, 1993, pp. 63-76
- MORRONE Andrea, *Diritti collettivi, proprietà collettiva e costituzione*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2008, 1, pp. 29-58
- MORTATI Costantino, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, I, pp. 1-50
- MORTATI Costantino, *Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XI, Milano, 1992, pp. 139-233
- MORTATI Costantino, *Il diritto al lavoro nella Costituzione della Repubblica*, Milano 1972
- MORTATI Costantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, (edizione rielaborata e aggiornata a cura di F. MODUGNO, A. BALDASSARRE, C. MEZZANOTTE), Padova, 1991
- MORTATI Costantino, *Le forme di Governo*, Padova, 1973

BIBLIOGRAFIA

- MOSCARINI Anna, *Proprietà privata e Costituzione dopo le sentenze della Consulta nn. 348 e 349 del 2007*, in *Diritto e società*, 2008, 4, pp. 669-687
- MOSCARINI Anna, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006
- MOTTA Maria Clara Mello, *Conceito constitucional de propriedade*, Rio de Janeiro, 1997
- MUNANGA Kabengele, *Origem e histórico do quilombo na África*, in *Revista USP*, 1995, 28, pp. 56-64
- NERVI Pietro (a cura di), *I demani civici e le proprietà collettive*, Padova, 1998
- O'DWYER Eliane Cantarino (org.), *Terra de Quilombos*, Rio de Janeiro, 1995
- O'DWYER Eliane Cantarino, "Remanescentes de Quilombos" na fronteira Amazonica: a etnicidade como instrumento de luta pela terra, in E. C. O'Dwyer (org.), *Terra de Quilombos*, Rio de Janeiro, 1995
- O'DWYER Eliane Cantarino, *Projecto quilombo*, in *Boletim ABA*, 1998, 30, pp. 45-52.
- OSTROM Elinor, DIETZ Thomas, DOLŠAK Nives, STERN Paul C., STONICH Susan, WEBER Elke U. (eds.), *The drama of the commons*, Washington DC, 2003
- PACE ALESSANDRO, *La «naturale» rigidità delle Costituzioni scritte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1994, pp. 4085 ss.
- PALAZZO Antonio, *Comunione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, III, Torino, 1988, pp. 158-192
- PALERMO Antonio, *Enfiteusi – superficie – oneri reali – usi civici*, Torino, 1965
- PALERMO Francesco, *La forma di stato dell'Unione europea*, Padova, 2005
- PALERMO Francesco, WOELK Jens, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008
- PALERMO Gianfranco, *I beni civici, la loro natura e la loro disciplina*, in AA.VV., *Usi civici ieri e oggi*, Padova, 2007, pp. 45-77
- PANKARARU Paulo Cleso de Oliveira, *Do manejo florestal em terra indígena*, in A. LIMA (org.), *O direito para o Brasil socioambiental*, Porto Alegre, 2002, pp. 135-143
- PAOLONI Lorenza, *Diritti degli agricoltori e tutela della biodiversità*, Torino, 2005
- PAPAFAVA Novello, *Proprietari di sé e della natura – Un'introduzione all'ecologia liberale*, Macerata, 2004
- PARISI Marco, *Promozione della persona umana e pluralismo partecipativo: riflessioni sulla legislazione negoziata con le confessioni religiose nella strategia*

BIBLIOGRAFIA

- costituzionale di integrazione delle differenze*, in *Diritto ecclesiastico*, 2004, 2, pp. 389-423
- PASQUINO Giovanni, *Modernizzazione*, in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, 1983, pp. 664-672
- PASTORE Andrea, *Estinzione degli usi civici per sclassificazione* (nota a Corte cost., 30 dicembre 1991, n. 511), in *Rivista del notariato*, 1992, pp. 966-969
- PATRUNO Luciano, *La caduta del «principio lavorista». Note a margine di Laval e Viking: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 1, 524-536
- PAULSEN Leandro (org.), *Desapropriação e reforma agrária*, Porto Alegre, 1997
- PEPINO Livio, *Appunti per una storia di Magistratura Democratica*, in *Questione giustizia*, 2002, 1, pp. 111-145
- PERLINGIERI Pietro, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984
- PERLINGIERI Pietro, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli, 1970
- PERLINGIERI Pietro, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972
- PERLINGIERI Pietro, *Perfis do direito civil, introdução ao direito civil constitucional*, Rio de Janeiro, 1997
- PETTINARI Cristiano, *Note a margine dei concetti di "armonia con la costituzione" e di "spirito della costituzione"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 3, pp. 1891-1912
- PIRONTI Fulvio, *Aspetti privatistici e pubblicistici nelle partecipanze agrarie emiliane*, in *Giustizia civile*, 2005, II, pp. 151-159
- PIZZETTI Franco, *L'ordinamento costituzionale per valori*, in *Diritto ecclesiastico*, 1995, 1, pp. 66-109
- PIZZORUSSO Alessandro, VARANO Vincenzo (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Milano, 1985
- PIZZORUSSO Alessandro, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967
- POLITI Mauro, *Tutela dell'ambiente e "sviluppo sostenibile"*, in AA.VV., *Scritti degli allievi di Giovanni Barile*, Padova, 1995, pp. 447-580
- PORRU Paola, *Analisi storico giuridica della proprietà fondiaria in Brasile*, Milano, 1983
- POTOTSCHNIG Umberto, *Le regole della magnifica comunità cadorina*, Milano, 1953

BIBLIOGRAFIA

- PRINCIPATO Luigi, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2001, I, pp. 873-901
- PUGLIATTI Salvatore, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954
- RAFFAGLIO Giovanni, *Diritti promiscui, demani comunali, usi civici*, Milano, 1939
- RAMELLI DI CELLE Luigi, *Legittima e reintegra di terre civiche e competenze di commissari e regioni dopo il d.P.R. n. 616 del 1977* (nota a Commiss. usi civici Roma, 27 gennaio 1981), in *Giustizia civile*, 1982, I, pp. 1111-1114
- RAMELLI DI CELLE Luigi, *Terre civiche e terre collettive in recenti sentenze* (nota a Commiss. usi civici Roma, 24 maggio 1982, n. 3), in *Rivista di diritto agrario*, 1984, II, pp. 47-98
- RESCIGNO Giuseppe U., *Forme di stato e forme di governo*, in *Enciclopedia giuridica*, XIV, Roma, 1994, pp. 1-26
- RESCIGNO Pietro, *Disciplina dei beni e situazioni della persona*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, II, pp. 861-879
- RESCIGNO Pietro, *Per uno studio della proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, 1972, I, pp. 1-67
- REVESZ Richard, SANDS Philippe, STEWART Richard (eds.), *Environmental law, the economy and sustainable development*, Cambridge, 2000
- REVIGLIO Edoardo, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici: le proposte della Commissione Rodotà*, in *Politica del diritto*, 2008, 3, pp. 531-536
- RIBEIRO Darcy, *Il processo civilizzatore, tappe dell'evoluzione socioculturale*, Milano, 1973
- RIBEIRO Darcy, *O Povo brasileiro – a formação e o sentido do Brasil*, São Paulo, 1995
- RIBEIRO Darcy, *Os índios e a civilização*, Rio de Janeiro, 1970
- RIMOLI Francesco, *Pluralismo*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIII, Roma, 1994, pp. 1-16
- RIOS Roger Raupp, *A função social da propriedade e desapropriação para fins de reforma agrária*, in L. PAULSEN (org.), *Desapropriação e reforma agrária*, Porto Alegre, 1997, pp. 11-27
- RISTUCCIA, *Il modello istituzionalista come paradigma per una corretta gestione della proprietà collettiva*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2007, pp. 31-50

BIBLIOGRAFIA

- RODOTÀ Stefano, *Art. 42*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, II, pp. 69-192
- RODOTÀ Stefano, *Il terribile diritto, studi sulla proprietà*, Bologna, 1981
- RODOTÀ Stefano, *La logica proprietaria tra schemi ricostruttivi e interessi reali*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1976-77, 5-6, pp. 882-917
- RODOTÀ Stefano, *Proprietà (diritto vigente)*, in *Novissimo digesto italiano*, XIV, Torino, 1957, pp. 124-146
- ROMAGNOLI Emilio, *Le comunioni familiari montane: natura privata e interesse pubblico*, in G. C. DE MARTIN (a cura di), *Comunità di villaggio e proprietà collettive in Italia e in Europa*, Padova, 1990
- ROMAGNOLI Emilio, *Regole dell'arco alpino*, in *Appendice Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1980, pp. 604-614
- ROMAGNOLI Umberto, *La costituzione delegittimata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, II, pp. 829-864
- ROSSI Giovanni, *Le radici storiche di demani civici e proprietà collettive: una riflessione tra passato e presente*, in *Archivio Scialoja Bolla*, 2004, 2, pp. 77-102
- ROSTOW, Walt. W., *Gli stadi dello sviluppo economico*, Torino, 1962
- ROTA Alessandro, *I beni demaniali dopo le riforme. Proprietà del bene e titolarità della funzione*, Padova, 2007
- ROTHBARD Murray N., *Free Market*, in D. R. HENDERSON (ed.), *The Concise Encyclopedia of Economics*, disponibile alla pagina <http://www.econlib.org/library/Enc/AustrianSchoolofEconomics.html>, accesso 12 novembre 2009
- ROTHBARD Murray, *Praxeology: the methodology of Austrian economics*, in E. DOLAN (ed.), *The foundation of modern Austrian economics*, Mission Kans, 1976, pp. 19-39
- ROTHENBURG Walter Claudius, *Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos)*, in D. SARMENTO, D. IKAWA, F. PIOVESAN (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008, pp. 446-471

BIBLIOGRAFIA

- RUGGERI Antonio, SPADARO Antonio, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, 3, pp. 343-377
- RUINI Meuccio, *Come si è formata la Costituzione*, Milano, 1961
- SACCO Rodolfo, *Antropologia giuridica - contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007
- SACCO Rodolfo, *La proprietà, sommario delle lezioni di diritto civile tenute all'Università di Pavia nell'anno accademico 1967-1968*, Torino, 1968
- SALDANHA Nelson, *Formas de estado*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 38, São Paulo, 1979, pp. 201-203
- SANDS Philippe, *Environmental protection in the twenty-first century: sustainable development and international law*, in R. L. REVESZ, P. SANDS, R. B. STEWART (eds.), *Environmental law, the economy and sustainable development*, Cambridge, 2000, pp. 369-409
- SANDS Philippe, *International Courts and the application of the concept of "sustainable development"*, in *Max Plank UNYB*, 1999, 3, pp. 389-404
- SANDS Philippe, *Principles of International Environmental law*, Cambridge, 2003
- SANDULLI Aldo, *Dominio eminente*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, pp. 928-930
- SANDULLI Aldo, *I limiti alla proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1971, pp. 962-972
- SANDULLI Aldo, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. di dir. proc. civ.*, 1972, pp. 465-490
- SANTILLI Giuliana (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993
- SANTILLI Giuliana, *Aspectos jurídicos da mineração e do garimpo em terras indígenas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993
- SANTILLI Giuliana, *Socioambientalismo e novos direitos*, São Paulo, 2005
- SANTORO-PASSARELLI Francesco (a cura di), *Proprietà privata e funzione sociale*, Padova, 1976
- SANTOS Roberto A. O., *A parceria rural em terras indígenas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 161-200

BIBLIOGRAFIA

- SARMENTO Daniel, *A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação*, 2006, disponibile in http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-epublicacoes/docs_artigos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf, accesso 20 ottobre 2009
- SARMENTO Daniel, IKAWA Daniela, PIOVESAN Flávia (coords.), *Igualdade, diferença e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 2008
- SCHRIJVER Nico, *Development – the neglected dimension in the post-rio international law of sustainable development*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, pag. 221-248
- SCOCA Franco Gaetano, *Usi civici e irragionevolezza regionale* (nota a Corte cost. 21 novembre 1997, n. 345), in *Giurisprudenza costituzionale*, 1997, II, pp. 3400-3411
- SCOZZAFAVA Oberdan Tommaso, *Comunione*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, pp. 1-10
- SHIRAIISHI NETO Joaquim (org.), *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil*, Manaus, 2007
- SHIRAIISHI NETO Joaquim, *A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais face às declarações internacionais*, in J. SHIRAIISHI NETO (org.), *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil*, Manaus, 2007, pp. 25-52
- SHIRAIISHI NETO Joaquim, *Reflexão do direito das “comunidades tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais*, in *Hiléia, revista de direito ambiental da Amazônia*, 2004, 3, pp. 177-198
- SILVA Cláudio Texeira da, *O usucapião singular disciplinado no art. 68 do Ato das Disposições transitórias*, in *Revista de direito privado*, São Paulo, 2002, 11, pp. 84-97, disponibile alla pagina http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_28/artigos/Art_Claudio.htm, accesso 20 gennaio 2010
- SILVA Dimas S. da (org.), *Regulamentação de terras de Negros no Brasil - Boletim Informativo do NUER n. 1*, Florianópolis, 1997
- SILVA Dimas Salustiano da, *Apontamento para compreender a origem e propostas de regulamentação do artigo 68 do ato das disposições constitucionais transitórias de 1988*, in D. S. DA SILVA (org.), *Boletim Informativo do NUER n. 1 - Regulamentação de terras de Negros no Brasil*, Florianópolis, 1997, pp. 11-27

BIBLIOGRAFIA

- SILVA José Alfonso da, *Aplicabilidade das norma constitucionais*, São Paulo, 2003
- SILVA Jose Alfonso da, *Auto-Aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal*, in *Revista trimestral de Jurisprudência dos Estados*, 1983, 25, pp. 1-11
- SILVA Josè Alfonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, 2004
- SILVA Josè Alfonso da, *Direito urbanístico brasileiro*, São Paulo, 2008
- SILVA José Alfonso da, *Terras tradicionalmente ocupadas pelos Índios*, in G. SANTILLI Giuliana (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 45-50
- SILVA NETO Jorge Manoel, *Curso básico de direito constitucional*, Rio de Janeiro, 2005
- SOLARI Gioele, *Individualismo e diritto privato*, I, Torino, 1959
- SOUSA Ageu Cordeiro de, CAMPOS Alinaldo Guedes, DUARTE André Luís Negrão, *Controle de constitucionalidade: STF vs. Senado Federal: a quem cabe a última palavra? Um estudo crítico do art. 52, X da Constituição de 1988*, in *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região*, 2004, 12, pp. 181-195
- STEFANINI Lima, *Propriedade agrícola*, in *Enciclopédia Saraiva do direito*, 62, São Paulo, 1979, pp. 181-183
- STELLA RICHTER Paolo, *Proprietà collettive, usi civici e interesse pubblico*, in *Diritto amministrativo*, 2003, 1, pp. 183-193
- STROZAKE Juvelino (org.), *Questão agrária e a justiça*, São Paulo, 2000
- STROZAKE Juvelino (org.), *Questões agrárias, julgados, comentados e pareceres*, São Paulo, 2002
- SUNDFELD Carlos Ari (org.), *Comunidades quilombolas: direito á terra*, Brasília, 2002
- TEPEDINO Gustavo, *Contornos constitucionais da propriedade privada*, in G. TEPEDINO (org.), *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, 1999, pp. 267-292
- TEPEDINO Gustavo, SCHREIBER Anderson, *A garantia da propriedade no direito brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, 2005, 6, pp. 101-119
- TEPEDINO Maria Celina B. M., *A caminho de um direito civil constitucional*, in *Revista de direito civil, imobiliário, agrário, empresarial*, 1993, 65, pp. 21-38.
- TORRENTE Andrea, *Emulazione (diritto civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, VI, Torino, 1957, pp. 521-526

BIBLIOGRAFIA

- TOURINHO NETO Fernando da Costa, *Os direitos originários dos Índios sobre as Terras que ocupam e suas consequências jurídicas*, in G. SANTILLI (coord.), *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, 1993, pp. 9-44
- TOURINHO NETO Fernando, *Indenização no processo expropriatório*, in *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, 2003, 6, pp. 19-31
- TRECCANI Girolamo Domenico, *Terras de Quilombo*, Belém, 2006
- ULFSTEIN Geir, *Indigenous peoples' right to land*, in *Max Planck UNYB*, 2004, 8, pp. 1-47
- VARELLA Marcelo Dias, *Introdução ao direito da Reforma Agrária – o direito face aos novos conflitos sociais*, São Paulo, 1998
- WALD Arnold, *Direito das coisas*, São Paulo, 2009
- WALLERSTEIN Immanuel M., *Geopolítica e geocultura*, Trieste, 1999
- WALLERSTEIN Immanuel M., *World-systems analysis: an introduction*, London, 2004
- WEHLER Hans-Ulrich *Teoria della modernizzazione e storia*, Milano, 1991
- WESTERLUND Staffan, *Theory of sustainable development*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, pp. 47-66
- WILSON Geoff A., *From 'weak' to 'strong' multifunctionality: conceptualising farm-level multifunctional transitional pathways*, in *Journal of rural studies*, 2008, 24, pp. 367–383
- WILSON Geoff A., *From productivism to post-productivism... and back again? Exploring the (un)changed natural and mental landscapes of European agriculture*, in *Transactions of the Institute of British Geographers*, 2001, 1, pp. 77-102
- WINTER Gerd, *A fundament and two pillars, the concept of sustainable development 20 years after the Brundtland report*, in H. C. BUGGE, C. VOIGT (eds.), *Sustainable development in international and national law*, Groningen, 2008, pp. 25-45
- WOLKMER Antonio Carlos, *Ideologia, estado e direito*, São Paulo, 1989
- ZACCAGNINI Mario, PALATIELLO Antonio, *Gli usi civici*, Napoli, 1984
- ZAGREBELSKY Gustavo, *Società - stato - costituzione, lezioni di dottrina dello stato degli anni acc. 1986 -1987 e 1987 – 1988*, Torino, 1988
- ZORZI GIUSTINIANI Antonio, *Forme di democrazia e il dibattito costituzionale oggi*, in *Giurisprudenza italiana*, 1996, pp. 244-258

BIBLIOGRAFIA

ZORZI GIUSTINIANI Antonio, *Regime transattivo, democrazia sociale, socialismo nel pensiero di Carlo Lavagna*, in *Giurisprudenza italiana*, 1995, IV, pp. 280-289